

FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

JOSÉ HENRIQUE DE OLIVEIRA COUTO

**DO CONTRATO LIBERAL AO CONTRATO ELETRÔNICO EXISTENCIAL E A
TUTELA DA PESSOA HUMANA: ANÁLISE À LUZ DA CLICKWRAP**

UBERLÂNDIA – MG

2022

JOSÉ HENRIQUE DE OLIVEIRA COUTO

**DO CONTRATO LIBERAL AO CONTRATO ELETRÔNICO EXISTENCIAL E A
TUTELA DA PESSOA HUMANA: ANÁLISE À LUZ DA CLICKWRAP**

Projeto de Pesquisa apresentado como requisito para
obtenção do bacharelado em Direito, pela
Universidade Federal de Uberlândia-MG.

Orientadora: Keila Pacheco Ferreira

Uberlândia - MG

2022

ABREVIATURAS

ANPD - Agência Nacional de Proteção de Dados

Art. - Artigo

CDC - Código de Defesa do Consumidor

C.F. - Constituição Federal

CVM - Comissão de Valores Mobiliários

CC - Código Civil

HIV - Vírus da imunodeficiência humana

IA – Inteligência Artificial

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

LLE - Lei da Liberdade Econômica

PEC - Proposta de Emenda à Constituição

RGPD - Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados

TIC'S - Tecnologias da informação e comunicação

AGRADECIMENTOS

Agradeço demais minha família pelo apoio fornecido ao longo da graduação. Foram anos tormentosos com tantas atribuições e tarefas. Ainda assim, com o apoio da minha família consegui superar todas estas barreiras. Então, concretizo meu eterno agradecimento ao pilar do meu desenvolvimento, minha família.

Deixo um agradecimento especial para a minha mãe, Ione Batista de Oliveira. Se fosse escrever sobre a senhora, gastaria “RIOS DE TINTAS” com tantas qualidades. Esforçada, dedicada, intensa, guerreira, batalhadora. Enfim, mãe, a senhora realmente é uma mulher única e muito especial. Muito obrigado por cuidar tão bem da minha pessoa!

Agradeço demais a minha namorada (Rafaela Machado) por todo o apoio que me forneceu nesses anos de graduação. Entre alegrias e tristezas, compartilhamos do mais nobre sentimento para enfrentar estas barreiras: o amor. Contigo minha jornada acadêmica é muito melhor. Espero sempre poder te ajudar. Isso não é só pelo companheirismo. Também é pela minha vontade de te ver sempre bem. É pelo nosso amor. Obrigado por todos os conselhos e dicas, meu anjo.

Não menos importante, registro meus cordiais agradecimentos para os diversos orientadores que me auxiliaram nesta jornada. O compartilhamento de conhecimento é um dom. É uma virtude. Fazer o outro entender uma matéria ou um processo é um nobre gesto, digno de aplausos. Por isso, gostaria de deixar concretizado que tenho muito a agradecer por cada orientador que se dispôs a me auxiliar a ser um pesquisador melhor, com destaque para o Arthur Basan, sujeito que colocou uma lanterna na escuridão do meu mundo acadêmico.

Reitero meu cordial agradecimento para a minha orientadora, Dra. Keila Pacheco Ferreira. Existem docentes e docentes, mas você é única e muito especial. Sempre atenciosa e com conselhos que levarei para a vida. Escrevo sem receio que você é uma orientadora incrível. Agradeço também ao Fernando Rodrigues Martins e ao Luiz Carlos Goiabeira, grandes intelectuais e que, de certa forma, muito me ajudaram nessa jornada acadêmica.

Concretizo minha honra por ser graduando em Direito na Universidade Federal de Uberlândia. Está acabando minha jornada na UFU, porém nunca me esquecerei por onde estudei. Se depender de minha pessoa, contribuirei até a morte para que a UFU seja um lugar de conhecimento.

Afinal, como dizia Kant: “O ser humano é aquilo que a educação faz dele”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO:	12
Capítulo I: Notas introdutórias sobre o contrato eletrônico existencial: ponderações à luz da Teoria estrutural do fato jurídico	18
1 Fato jurídico lato sensu	18
2 Fato jurídico stricto sensu	21
3 Ato fato jurídico	24
4 Ato jurídico em sentido estrito	25
5 Negócio jurídico: Aspectos históricos e conceituais	26
5.1 Planos do negócio jurídico	35
5.1.1 Plano de existência	35
5.1.2 Plano de validade	36
5.1.3 Plano de eficácia	38
6 Contrato eletrônico existencial: Breves notas	41
6.1 Formação do contrato eletrônico existencial: Aspectos existenciais e patrimoniais ..	49
6.2 O contrato eletrônico existencial e a coleta de informações pessoais: Reflexões a partir da clickwrap	57
Capítulo II: Do contrato liberal ao contrato existencial: Reflexões à luz do direito civil contemporâneo	60
1 Contrato liberal e influências do liberalismo econômico e estatal	60
2 Declínio do liberalismo, ascensão do Estado social e impactos nos contratos	72
2.2.1 Valoração da pessoa humana: Do começo de tudo (big bang) ao fim de tudo	80
2.2.2 Solidificação da boa-fé	93
2.2.3 Função social contratual	110
3 Contrato existencial de dupla dimensão e a tutela da pessoa humana	114
Capítulo III: Aspectos jurídicos e sociológicos dos dados pessoais: Diálogos entre o Direito Brasileiro e o Direito Alienígena	123
1 Da privacidade à proteção de dados pessoais: Entre um pedaço de papel e uma ampliação na tutela da informação personalíssima no corpo eletrônico	123
1.1 Definição de dado pessoal: Reflexões a partir da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, do Código Civil Chinês e da Lei de Proteção de Informações Pessoais da República Popular da China	140
1.2 Os dados pessoais enquanto direitos fundamentais: Da Proposta de Emenda à Constituição 17/2019 à Emenda Constitucional 115/2022	152

1.3 A virada kantiana e a questão da legalidade de tratamento de dados pessoais: Limites de aceitabilidade para despersonalizar a personalidade	163
---	-----

Capítulo IV: Contrato eletrônico existencial e proteção da pessoa: análise à luz da clickwrap..... 188

1 Contrato eletrônico existencial	188
1.1 O dado pessoal enquanto objeto negocial versus a regulação da clickwrap para tutela da pessoa	188
1.1.1 Contrato eletrônico existencial de três cliques e a questão da exigibilidade do consentimento para concretização do pacto: Céleres reflexões entre o principal e o acessório	213
1.2 Tratamento de dados pessoais e danos em integridades psíquicas: Da (Des) necessidade do contrato eletrônico existencial.....	222
1.3 Contrato eletrônico existencial: Da clickwrap à efetividade da tutela humana	231
2 A Lei da Liberdade Econômica e a validade do contrato eletrônico existencial: Os artigos 113 e 421 do Código Realense, o processo de horizontalização do direito privado e os efeitos ao indivíduo.....	234

CONSIDERAÇÕES FINAIS: 241

REFERÊNCIAS: 244

RESUMO: No design atual de contratação eletrônica existencial há uma única clickwrap que representa o consentimento presumido com todos os termos. Com um click o indivíduo consegue adquirir um produto ou um serviço, porém também acaba virando um meio, afinal seus dados pessoais são alvos de tratamentos de dados pessoais. Daí se percebe que o contrato eletrônico existencial tem como objeto essencial o rol de dados pessoais. É neste contexto que emerge a necessidade de o direito fundamental à proteção de dados pessoais ser protegido contra investidas indevidas. Então, deve-se alterar o design da contratação eletrônica existencial, tendo que conter, no mínimo, três cliques, sendo um para adquirir um produto ou serviço, outro para a coleta e outras operações internas e o último para o empresário digital poder compartilhar os dados, incluindo com finalidades econômicas. Assim, utilizando o método de abordagem dedutivo, se alcança a conclusão de que o contrato eletrônico existencial com tríade de cliques é essencial não apenas para a tutela do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, como também da própria personalidade humana, que reclama uma tutela contra investidas abusivas ou ilícitas de terceiros. Isto porque, o contrato eletrônico existencial com tríade de cliques, justamente por permitir um efetivo exercício da autodeterminação informativa, possibilita o indivíduo controlar o que, quando, como e em qual medida suas informações pessoais poderão ser tratadas pelo empresário digital. Ademais, para chegar em tais resultados, foram utilizados referenciais teóricos doutrinários, especialmente os advindos da Alemanha e dos países com língua inglesa, como Canadá e Estados Unidos, legislações e artigos científicos, com destaque para os materiais de origem europeia e da China.

Palavras-chave: Contrato eletrônico existencial; Clickwrap agreements; proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental; autodeterminação informativa; personalidade e tutela da pisque.

ABSTRACT: In the current design of existential electronic contracting there is a single clickwrap that represents presumed consent to all terms. With one click, the individual can acquire a product or a service, but it also ends up becoming a means, after all, their personal data are targets of personal data processing. Hence, it is clear that the existential electronic contract has as its essential object the list of personal data. It is in this context that the need for the fundamental right to the protection of personal data to be protected against undue advances emerges. So, the existential electronic contracting design must be changed, having to contain at least three clicks, one for purchasing a product or service, another for collecting and other internal operations and the last one for the digital entrepreneur to be able to share the data, including for economic purposes. Thus, using the hypothetical deductive method of approach, the conclusion is reached that the existential electronic contract with a triad of clicks is essential not only for the protection of the fundamental right to the protection of personal data, but also of the human personality itself, which demands a protection against abusive or unlawful advances by third parties. This is because the existential electronic contract with a triad of clicks, precisely because it allows an effective exercise of informational self-determination, allows the individual to control what, when, how and to what extent their personal information can be processed by the digital entrepreneur. In addition, to arrive at such results, doctrinal theoretical references were used, especially those from Germany and English-speaking countries, such as Canada and the United States, legislation and scientific articles, with emphasis on materials of European and Chinese origin.

Keywords: Existential electronic contract; Clickwrap agreements; protection of personal data as a fundamental right; informative self-determination; personality and guardianship of *prisque*.

RESUMEN: En el diseño actual de contratación electrónica existencial existe un único clickwrap que representa el consentimiento presunto a todos los términos. Con un clic, el individuo puede adquirir un producto o un servicio, pero también termina convirtiéndose en un medio, después de todo, sus datos personales son objeto de procesamiento de datos personales. De ahí que quede claro que el contrato electrónico existencial tiene como objeto esencial la relación de datos personales. Es en este contexto que surge la necesidad de que el derecho fundamental a la protección de datos personales sea protegido contra avances indebidos. Por lo que se debe cambiar el diseño de contratación electrónica existencial, debiendo contener al menos tres clics, uno para la compra de un producto o servicio, otro para el cobro y otras operaciones internas y el último para que el emprendedor digital pueda compartir los datos, incluso con fines económicos. Así, utilizando el método hipotético deductivo de aproximación, se llega a la conclusión de que el contrato electrónico existencial con triada de clics es fundamental no solo para la protección del derecho fundamental a la protección de datos personales, sino también de la propia personalidad humana, que exige una protección contra avances abusivos o ilícitos por parte de terceros. Esto porque el contrato electrónico existencial con triada de clics, precisamente porque permite un ejercicio efectivo de autodeterminación informativa, permite al individuo controlar qué, cuándo, cómo y en qué medida su información personal puede ser tratada por el emprendedor digital. Además, para llegar a tales resultados, se utilizaron referencias teórico-doctrinales, especialmente de Alemania y de países de habla inglesa, como Canadá y Estados Unidos, legislación y artículos científicos, con énfasis en materiales de origen europeo y chino.

Palabras clave: Contrato electrónico existencial; Acuerdos de envoltura de clics; protección de datos personales como derecho fundamental; autodeterminación informativa; personalidad y tutela de pisque;

INTRODUÇÃO:

Durante séculos, o contrato foi tido como um instrumento para envolver duas pessoas em uma cadeia global de direitos e obrigações. Em Roma, por exemplo, o contrato era um instrumento bem ligado a *pacta sunt servanda*. Ainda assim, em Roma, foram desenvolvidos mecanismos para começar a garantir um funcionalismo contratual, como a boa-fé.

O contrato, em Roma, foi fortemente ligado com o elemento volitivo, afinal sequer havia o desenvolvimento de uma estrutura de negócio jurídico. Daí porque se comenta que os romanos, “até a época da República (27 a.C), foram bastante formalistas, na observação de rígidos esquemas e rituais para as contratações, sob pena de nulidade”.¹

Na idade média, o contrato também permaneceu com fortes traços de vinculatividade, bastando, para tanto, o proponente e o aceitante fornecerem suas assinaturas. O elemento volitivo na idade média foi vinculado com o dizer, mais relevante do que o real. Ou seja, o contrato, na idade média, foi influenciado pelo formalismo, e era relevante o que o contratante disse, mais do que o que teve mesmo.²

Com o desenvolvimento da ideologia liberal, contrária a estrutura de castas e ausência de liberdade, o instituto do contrato teve uma ossificação nos seguintes eixos: i) elemento volitivo era responsável por gerar o contrato, de tal modo que, por fornecerem o consentimento, os contratantes deveriam cumprir suas promessas; ii) a liberdade garantia ao indivíduo a possibilidade, ou não, de contratar.

Liberdade e responsabilidade são inseparáveis, em que pese, na realidade, não ter aplicação deste binômio. De todo modo, a liberdade e a responsabilidade foram pilares do contrato liberal. Isto porque, quando há liberdade contratual, no Estado liberal, o sujeito deverá ser responsável com suas escolhas e os efeitos dela.

“Estão aí, portanto, os pilares de sustentação da teoria geral dos contratos no Estado Liberal do século XIX: autonomia da vontade quase absoluta e a força obrigatória dos contratos, resumida na conhecida máxima romana *pacta sunt servanda*”.³ De fato, no cenário de liberalismo o contrato é concretizado com o desejado pelos contratantes, e é exercendo a

¹ SILVA, Ariadna Fernandes; ROCHA, Maria Vital da. A noção de contrato do Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v. 3, n. 2, 2017, p. 04. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/2517/pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

² BARBI, Humberto Agricola. A vontade nos contratos. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 18, 1977.

³ SOUZA, Sylvio Capanema de. Dos contratos no Novo Código Civil. Revista da EMERJ, v. 5, n. 20, 2022, p. 92. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_91.pdf. Acesso em: 28 mar. 2022.

livre iniciativa que os efeitos serão projetados, de tal modo que, quase com nível de absolutividade, deve-se atingir o adimplemento.

Ascende, posteriormente, o Estado Social, alterando as bases dos contratos. Surge, neste contexto, o contrato existencial, caracterizado por dar mais solidez ao aspecto humano, afinal o objeto é essencial para o existencialismo individual, de tal modo que o Direito deve se ater a tal fenômeno, com buscas a tutelar a pessoa, em sua dimensão interna e externa.

Porém, chega-se em uma etapa do mundo onde existe um corpo eletrônico. É a revolução do compartilhamento, inserida na sociedade em rede, nos moldes de Castells. Neste sentido, estamos inseridos em um contexto onde o compartilhamento é o núcleo de qualquer infraestrutura organizacional, especialmente pelas pessoas jurídicas.

É neste contexto de compartilhamento que o indivíduo fica em risco, afinal, pelo simples fato de estabelecer um contrato eletrônico existencial, tem seu rol de dados pessoais coletados. Não só isso, como também os dados são compartilhados, principalmente para fomento de marketing e publicidade e criação de tendências no ambiente do mercado.

Claudia Lima Marques e Guilherme Mucelin defendem que, nesta sociedade do compartilhamento, o mercado de dados pessoais marca presença com seu funcionamento baseado “na coleta, tratamento e análise” da personalidade humana ou de sua projeção na realidade.⁴

O indivíduo passa de um consumidor para ser um produto, afinal seus dados pessoais são tratados onerosamente. Com isto, se tem uma inversão nos valores kantianos, afinal a pessoa passa a ser um meio, não um fim. Ou seja, há uma despersonalização da personalidade da pessoa, que, agora, tem aspectos informativos com naturezas econômicas. Nos dizeres de Nelson Rosenvald, há “expropriação da personalidade” que “rompe com um dos muros de contenção das situações existenciais”.⁵

Em termos concretos, ao estabelecer um contrato eletrônico existencial, que tem como objeto essencial o dado pessoal, o indivíduo torna-se refém do fenômeno de despersonalização da personalidade, tendo em vista que, nos moldes atuais de design de contratação, o simples click é responsável pelo consentimento presumido, não livre, inequívoco e informado, com todas as regras e princípios de tal arranjo contratual, incluindo com aquelas relativas ao fenômeno de tratamento de dados.

⁴ MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Novo mercado de consumo 'simbiótico' e a necessidade de proteção de dados dos consumidores. SALES SARLET, Gabrielle Bezerra; NEUBARTH TRINDADE, Manoel Gustavo; MELGARÉ, Plínio (Coord.). Proteção de dados: Temas controvertidos. São Paulo: Editora Foco, 2021.

⁵ ROSENVALD, Nelson. A LGPD e a despersonalização da personalidade. Migalhas, 20 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/350374/a-lgpd-e-a-despersonalizacao-da-personalidade>. Acesso em: 29 mar. 2022.

Neste sentido, passa-se de virada kantiana para um kantianismo relativo, afinal há possibilidade de tratar o ser como um meio, tal como usando seus dados para fomento de marketing. Entretanto, isto não significa deixar o ser humano apenas como um objeto, sem um valor de dignidade ou personalidade. Em realidade, concretizando o contrato eletrônico existencial e tendo o ser humano se assumido como um meio, não um fim, a personalidade ainda gozará de proteções.

Com efeito, conforme se verificará no capítulo III, o ser humano poderá ser tratado como um meio quando: i) temporariedade de colocar o ser como um meio, não um fim; ii) universalidade da personalidade individual, ainda que um ou mais indivíduos estejam sendo tratados como fins; iii) Direito como mecanismo para dar solidificação à sociedade; iv) a despersonalização não ser distante do que o corpo coletivo julga como possível.

Pelo simples fato da pessoa, de carne e osso, pertencer ao “Homo” (gênero) “sapiens” (espécie), sua esfera de personalidade, para ser próspera na realidade ontológica, reclamará uma tutela nas faculdades físicas, mentais e psíquicas. O indivíduo goza de uma personalidade que deve ficar sobre o recanto do desenvolvimento, com fulcro na observância de uma existência digna e saudável.

É possível conciliar a tutela na personalidade humana com o tratamento do ser humano como um meio, quando da celebração do contrato eletrônico existencial. Para tanto, necessário é observar os requisitos expostos acima.

Por todo o exposto, surge a necessidade de um contrato eletrônico existencial, que é caracterizado por ser um contrato com o objeto dado pessoal. Além desta característica, podemos apontar que o contrato eletrônico existencial é formado por um click, click este que permite, por um lado, celeridade na contratação, e, por outro, permite o indivíduo assumir a posição de ser meio, não um fim, afinal é pela clickwrap que o mesmo tem seus dados pessoais tratados.

Deve-se buscar um contrato eletrônico existencial com, no mínimo, três cliques, sendo um relativo ao objeto patrimonial (objeto ou serviço), um para o empresário digital coletar e realizar operações internas, e o último para ter compartilhamento com terceiros, inclusive para finalidades econômicas.

Então, abandona-se um design contratual eletrônico existencial pautado apenas em um click, devendo-se inaugurar uma era onde há, ao mínimo, três cliques. Trata-se de evolução necessária para a projeção da personalidade humana e de sua aptidão para exercer a

autodeterminação informativa, consistente no poder de controlar o que, como, quando e em que medida os dados pessoais poderão ser tratados.

O ser humano tem necessidades. Para saciá-las, necessário é estabelecer contratos, logo há que se fornecer o elemento volitivo. No contrato eletrônico existencial com três cliques também se precisa de exalar o consentimento. Uma coisa é o consentimento para adquirir um produto ou um serviço, outro é a vontade para permitir o empresário digital fazer a coleta ou/e o compartilhamento do rol de dados pessoais. Para ambas as situações são necessárias vontades livres, inequívocas e informadas, em respeito ao indivíduo enquanto ente com razão, dotado de autonomia.

Daí porque o contrato eletrônico existencial com tríade de cliques é um design eficiente para sacramentar que a pessoa humana tem uma autonomia de vontade, que deve ser levada em consideração quando da celebração de tal arranjo contratual. Indo além, o indivíduo tem uma personalidade que pode ser dissecada através de dados pessoais, motivo pelo qual deve consentir para a mesma ser alvo de tratamentos de dados.

Inclusive, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) destaca que o consentimento inequívoco, livre e informado é necessário para um tratamento de dados pessoais. Existem outros tratamentos, mas neste citado é necessário o elemento volitivo, respeitando-se os planos de existência, validade e eficácia.

Em suma, o contrato eletrônico existencial com três cliques é um modo de proteção ao indivíduo, afinal terá que consentir para adquirir um objeto patrimonial (bem ou serviço), bem como, se quiser, consentir para o empresário digital coletar ou/e compartilhar aspectos informativos de sua personalidade.

Portanto, o problema do presente projeto de pesquisa pode ser desdenhado na seguinte pergunta: de que maneira o indivíduo, em um cenário de sociedade do compartilhamento, pode ter seu rol de dados pessoais e sua personalidade tutelados ao estabelecer um contrato eletrônico existencial no corpo eletrônico?.

Já o objetivo geral é demonstrar que o contrato eletrônico existencial com três cliques é um modo novo de negócio jurídico, possibilitando uma maior proteção na pessoa humana e nas suas informações personalíssimas.

Para alcançar a meta geral, neste projeto são apresentados os seguintes objetivos específicos: a) Elucidar a relevância da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na regulação do rol de dados pessoais frente às omissões do Código Civil, para, em seguida, demonstrar o que são dados pessoais e a ineficiência da distinção entre sensíveis ou não, principalmente

usando a teoria de Stefano Rodotà; b) Conceituar o contrato eletrônico existencial e revelar a diferença de como é celebrado se comparado ao contrato físico, com a finalidade de apresentar que uma única clickwrap é uma ferramenta que mantém distância do respeito à autodeterminação informativa, afinal simboliza, por força de lei, que o ser está consentindo sem embaraço para ter as informações personalíssimas tratadas pelos empresários digitais; c) Revelar o contexto histórico de modelos de contratos, indo desde o liberal, existencial até o contrato eletrônico existencial, com fulcro no esclarecimento de que é necessário tal inovação, em prol do indivíduo.

Para a construção de um projeto de pesquisa otimizado e compromissado com a ciência social do Direito, usar-se-á o método de abordagem dedutivo, partindo de micro sistemas para se alcançar uma conclusão.

Por isso, há um desenvolvimento da teoria do fato jurídico, inclusive tendo aspectos de relação entre este instituto e o contrato eletrônico existencial. Posteriormente, se trabalha com a dogmática dos grandes modelos contratuais: liberal, lucro, existencial e, por fim, eletrônico existencial. No capítulo III, por sua vez, se aborda a questão da privacidade, especificamente traçando toda uma construção até chegar na proteção de dados pessoais como um direito fundamental.

Estas três vertentes são relevantes para a construção do capítulo IV, que trata sobre o contrato eletrônico existencial e relevância para a promoção da pessoa humana na sociedade do compartilhamento e do risco.

Capítulo I: Notas introdutórias sobre o contrato eletrônico existencial: ponderações à luz da Teoria estrutural do fato jurídico

“A existência é um contrato de riscos”. (Augusto Cury)

“Um contrato verbal não vale a tinta que é assinado”. (Samuel Goldwyn)

1 Fato jurídico lato sensu

O direito, em que pese ser um fenômeno ontológico sujeito a uma pluralidade de variações ao decorrer da história, sempre se preocupou com os acontecimentos. Em Roma, por exemplo, um acontecimento relevante era o fato de existirem “pedras talhadas que traziam gravadas na parte inferior os nomes de seus fornecedores”, demonstrando que o fato jurídico de proteção ao nome comercial já era relevante.⁶

Ainda que a teoria estrutural do fato jurídico não seja de uma época remota, como a de Roma antiga, fato é que seu direito se preocupava com os acontecimentos, assim como diversificadas nações.⁷ Em melhores termos, o fato jurídico em lato sensu, da forma como conhecemos hodiernamente, é fundamental para existência de uma realidade jurídica efetiva, e quase sempre fora, em que pese não existirem tantos esclarecimentos positivos no que toca a tal assunto.⁸

Mas, afinal, o que seria um fato jurídico lato sensu?.

Cleyson de Moraes, com robusta precisão, dispara o entendimento do que são fatos jurídicos: “São acontecimentos que produzem efeitos no mundo jurídico, causando o nascimento, a modificação ou a extinção da relação jurídica”.⁹

⁶ LEONARDOS, Thomas. Origem, evolução, natureza e tutela do nome comercial. Rio de Janeiro: Leuzinger, 1934, p. 6-17. Apud. TEIXEIRA, Tarcisio. Nome Empresarial. R. da Fac. de Dir. da Universidade de São Paulo, v. 108, p. 271-299, 2013, p. 273. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67986>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁷ Relevante, assim, citar o posicionamento doutrinário de Marcos Bernardes de Mello: “O direito romano não conheceu, em plano doutrinário, a teoria do fato jurídico. Aliás, nem de fato jurídico, especificamente, cuidaram os juristas romanos, por isso que não há uma expressão latina própria para mencionar a espécie. Em seu pluralismo empírico, os romanos usavam expressões diversas, como actus, actum, causa, gestum, negotium, factum, entre outras com sentido mais específico [...] para se referirem às circunstâncias que influíam nas situações jurídicas”. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 105.

⁸ GONÇALVES, Edvaldo Sapia. Fato jurídico. Revista CESUMAR, v. 4, 2001, p. 21. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revcesumar/article/download/180/939/>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁹ MELLO, Cleyson de Moraes. Direito Civil: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017, p. 447.

Razão tem o autor, afinal, para um fato ser jurídico, deve ter relevância para o direito. É neste momento, por ora, que fica evidente que o direito de um rol de nações, incluindo Estados, se preocupou com a tutela de um acontecimento relevante, em que pese não ter positivação eficiente sobre uma estrutura para relacionar um ocorrido com a ciência do direito.

O fato jurídico *lato sensu* (sentido amplo), portanto, diz respeito a qualquer acontecimento que seja relevante para a esfera jurídica, afinal possui aptidão não apenas para criar ou extinguir relações entre pessoas cujo objeto interessa ao direito, como também para gerar modificações. Daí porque Medina defende que o “fato jurídico é justamente qualquer acontecimento que tenha amparo no ordenamento jurídico, ou seja, tudo aquilo que ocorre e que de certo modo se encaixa em uma hipótese prevista em abstrato no ordenamento”.¹⁰

Portanto, podemos, sem receio, afirmar que fato jurídico é qualquer ocorrido que interesse o mundo jurídico, tendo em vista que inaugurou, extinguiu ou modificou uma relação jurídica, conquanto um fato não jurídico é um acontecimento realístico que não interesse a ciência do direito civil, afinal não modificou o tecido duma relação estabelecida entre sujeitos.

Acompanhando tal linha de raciocínio, Francisco Amaral¹¹ defende que fatos jurídicos são “acontecimentos que produzem efeitos jurídicos, causando o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas e seus direitos”. Desta disposição se extrai, conforme já exposto, que fatos jurídicos interessam ao direito, em suas mais variadas facetas. Assim, conforme Tepedino, “segundo lição clássica, fatos jurídicos são os eventos mediante o quais as relações jurídicas nascem, se modificam e se extinguem”.¹²

No que tange aos fatos jurídicos em sentido amplo, a doutrina se divide. Por um lado, alguns apontam que são fatos jurídicos apenas os que interessam ao direito, e, do outro lado da moeda, cientistas sociais argumentam que todo fato interessa ao direito.

Há exemplo daquela corrente, temos o José Abreu Filho, que defende que um fato material é aquele que não interessa ao direito, conquanto um fato jurídico tem relevância para tal ciência.¹³ Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona ponderam que “fora da noção do fato jurídico,

¹⁰ MEDINA, Cleber Pereira. Fatos Jurídicos: Um enfoque sobre o ato-fato jurídico. Revista de Direito, v. 13, n. 18, 2010, p. 121. Disponível em: <https://revista.pgskroton.com/index.php/rdire/article/view/1861/1767>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹¹ AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 333.

¹² TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. Revista Brasileira De Direito Civil, v. 1, 2014, p. 12. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129>. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹³ FILHO, José Abreu. O negócio jurídico e sua teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 4.

pouca coisa existe ou importa para o direito”, deixando, de certo modo, sublime que um fato é jurídico quando interessa ao direito.¹⁴

Há exemplo da segunda corrente (a de que todo fato interessa ao direito), vejamos o posicionamento de Tepedino:

[...] Em primeiro lugar, se é verdade que o dado social – como elemento da realidade fática – não se confunde com o dado normativo – a norma jurídica –, parece arbitrário considerar alguns fatos simplesmente alheios ao direito, ou despidos de relevância ou pressupostos de eficácia, já que a experiência normativa alcança integralmente a vida social, mesmo os espaços de liberdade que o direito, valorando-os, preserva deliberadamente contra qualquer tipo de regulamentação. Diante de tal circunstância, afirma-se que todo fato social interessa ao direito, já que potencialmente interfere na convivência social e, portanto, ingressa no espectro de incidência do ordenamento jurídico.¹⁵

Portanto, esta corrente, que é defendida por um rol de juristas de elevado quilate, sustenta que todo fato interessa ao direito.

Não se pretende esgotar tal discussão no presente estudo, motivo o qual se passa para mais algumas eventuais considerações a respeito do fato jurídico em sentido amplo. De toda forma, no presente trabalho se adotará a corrente que prioriza que o fato jurídico lato sensu é aquele que interessa ao direito.

Sobre tal gênero de fato jurídico, Zeno Veloso firma o entendimento de que fatos jurídicos “são acontecimentos naturais ou ações humanas que produzem consequências jurídicas. [...] O fato, para ser qualificado como fato jurídico, tem de repercutir no mundo do direito, apresentar significação jurídica, produzir efeitos jurídicos”.¹⁶

De fato, em uma sociedade marcada pela extensa globalização, onde, em todos os instantes, milhares de ações existem em micro locais e macro locais, fatos jurídicos em sentido amplo devem abarcar os acontecimentos derivados de ações humanas. Mas não é só, afinal, em um mundo onde cada vez mais tem a presença da força da natureza e, também, de uma força involuntária, incontrolável e imprevisível pela esfera do sujeito, deve o fato jurídico englobar os acontecimentos naturais e humanos inesperados.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, RODOLFO. Manual de Direito civil: Volume único. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 143.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. Revista Brasileira De Direito Civil, v. 1, 2014, p. 12. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129>. Acesso em: 30 nov. 2021

¹⁶ VELOSO, Zeno. Fato jurídico - Ato jurídico - Negócio jurídico. Brasília, v. 32, n. 125, 1995, p. 87. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176311/000495714.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2021.

Daí porque a boa doutrina sacramenta que os “fatos jurídicos podem ser classificados em fatos naturais (simples manifestação da natureza) e fatos humanos ou voluntários”.¹⁷

Partindo daí, torna-se cristalino que eventos naturais interessam ao direito, tais como o nascimento, afinal uma nova pessoa, no mundo, tem direitos disponíveis e indisponíveis; e a morte, afinal com a morte se extingue, por exemplo, uma obrigação personalíssima. Enfim, é evidente que os fatos naturais também são relevantes para o mundo do direito, logo sendo constituídos como fatos jurídicos em sentido amplo.

Se um sujeito embriagado colide no veículo doutra pessoa, estamos diante de um fato jurídico lato sensu. É que, conforme já visto, este gênero de fato jurídico interessa ao direito. Neste caso hipotético, mas frequente na realidade, tal colisão interessa o direito, repercutindo efeitos nas esferas cíveis, administrativas e até mesmo penais, dependendo do caso.

Do mesmo modo, se um raio, um fato da natureza que é incontável pela força do humano, é responsável por causar um curto circuito em uma televisão que está emprestada a um sujeito que exerce posse de má-fé no objeto, tem-se um fato jurídico, afinal este terá que se responsabilizar pelo dano, exceto se provar que, mesmo estando na posse o que titulariza a boa-fé e tem o direito de posse ou propriedade, tal tropeço causaria o curto circuito.¹⁸

Portanto, assiste razão Cleyson Mello quando entende que os fatos jurídicos são naturais ou humanos. Não é atoa que Pamplona e Gagliano defendem que fato jurídico é “qualquer acontecimento, natural ou humano, que determina a ocorrência de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos e obrigações, na órbita do direito, denomina-se fato jurídico”.¹⁹

Exposto isto, passamos à análise do fato jurídico em sentido estrito.

2 Fato jurídico stricto sensu

Eventos humanos são relevantes para o direito. Em verdade, isto se deve ao fato de ações humanas, não raramente, moldarem toda uma cadeia de relações jurídicas. Entretanto,

¹⁷ MELLO, Cleyson de Moraes. Direito Civil: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017, p. 447.

¹⁸ Tal regra se fundamenta no artigo 1.218 do Código Civil, que deixa claro: “O possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante”. BRASIL. Lei nº 10.406, De 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#direitoempresa. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, RODOLFO. Manual de Direito civil: Volume único. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 143.

eventos naturais também são importantes. Neste sentido, figura-se o fato jurídico stricto sensu como um importante mecanismo jurídico para tratar da relação de fenômenos naturais.

Sobre o fato jurídico stricto sensu, Rosenvald e Cristiano Chaves ensinam: [...] “é o acontecimento em cujo suporte fático (tipicidade) estão presentes apenas fatos da natureza, independentes de atividade humana como dado essencial à sua formalização”.²⁰

Desta disposição doutrinária se extrai que o fato jurídico stricto sensu é um acontecimento natural, próprio da natureza. Neste sentido, Kümmel aponta que este fenômeno (fato jurídico em sentido estrito) engloba “os fatos da natureza”.²¹

Exemplos clássicos desta espécie de fato jurídico são o nascimento, a morte e o decorrer do tempo. É que tais eventos, assim como vários outros existentes, são próprios do mundo, incontrolláveis pela força humana, até então.

Não é atoa que, hodiernamente, interessantes correntes jurídicas surgem para equalizar o fato jurídico em sentido estrito com a proteção do direito do ser. Exponente disso é o desenvolvimento da tese de que o tempo, um bem escasso, deve ser respeitado por parte da sociedade empresária frente a tentativa de resolução de um conflito, por exemplo, sobre a pena de existir um dano moral pela pessoa tê-lo “perdido”.

Pois bem, a tábua axiomática privada, inclusive no tocante a espécie de fato jurídico que está sendo abordada aqui, está se direcionando, cada vez com mais velocidade, para trazer um evento da natureza, próprio da existência do universo, como passível de tutela jurídica. Veja-se, neste sentido, que o artigo 2º, do código civil, enfatiza que a “personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.²² Ou seja, neste caso, o nascer é interessante para o direito, bem como é tutelável.

Trata-se, em nítida síntese, de uma tentativa de tutelar os eventos naturais, também chamados de indomáveis pelos humanos, por ora.

Sebastião Neto, Marcelo Jesus e Maria Izabel Melo defendem que: “São fatos jurídicos em sentido estrito ou naturais aqueles capazes de gerar efeitos jurídicos como criar,

²⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 600.

²¹ KÜMMEL, Marcelo Barroso. A classificação dos fatos jurídicos. Direito em Debate, v. 12, n. 18, 2003, p. 192. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/758>. Acesso em: 01 dez. 2021.

²² BRASIL. Lei nº 10.406, De 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#direitoempresa. Acesso em: 01 dez. 2021.

modificar, resguardar, transferir ou extinguir direitos sem o concurso da ação humana”.²³ Portanto, para os referidos juristas, tais fatos jurídicos modificam, resguardam, transferem ou extinguem direitos, de tal modo que não há concurso da ação humana.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Stolze e Gagliano argumentam que no fato jurídico *stricto sensu* não há intervenção humana.²⁴ Ou seja, para esta corrente jurídica, não existe o concurso da ação humana.

Entretanto, é relevante frisar que, a depender do caso concreto, o fato jurídico *stricto sensu* pode ter a participação do humano. Não se está afirmando que o principal elemento desta espécie de fato jurídico é a ação humana, porém se está cotejando o fato de que pode, a depender do caso, existir um rastro do humano, mais precisamente uma ação sua.

Trocando em miúdos, o fato jurídico *stricto sensu* é qualificado por um evento da natureza, em que pese poder existir, a depender do caso, um traço de ação humana. Assim, basta pensar no exemplo do nascimento, que é um evento próprio da natureza, porém existente porque houverá participação de ação humana.

Com precisão, a doutrina dispara o entendimento de que o reconhecimento do fato jurídico *stricto sensu* repousa num fato natural, “sendo desnecessária a atuação humana - ainda que, eventualmente, esteja presente”.²⁵ De fato, não se pode afastar completamente a ação humana do fato jurídico em sentido estrito, sobre pena de se entrar em contradição argumentativa; e, como exemplo, tem-se o nascimento, afinal se não há participação da ação humana, sequer se pode cogitar dum fato jurídico *stricto sensu*, o nascer.

Portanto, em se tratando de fato jurídico *stricto sensu*, o elemento principal e fundamental é o natural, conquanto o secundário, que ocorre em certas ocasiões, é o ato do ser. Tal descrição é relevante, na medida em que separa a relevância da mera existência.

Prosseguindo, tal espécie de fato jurídico se divide em: i) ordinária; ii) extraordinária.²⁶

Sobre o primeiro, ele consiste em um próprio evento da natureza, de ocorrência comum.²⁷ Neste sentido, são fatos jurídicos *stricto sensu* ordinários: o nascimento, a morte, a maioridade e a menoridade.

²³ NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. Manual de Direito Civil: Volume único. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 289.

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, RODOLFO. Manual de Direito civil: Volume único. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 144.

²⁵ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 601.

²⁶ Interessante notar que a doutrina se divide quando o assunto é fato jurídico *stricto sensu* ordinário e extraordinário, afinal cada jurista elenca uma qualidade para que seja aquele ou este instituto. De todo modo, quase que incontroverso é a noção de que são fatos inesperados, ou melhor, imprevistos.

O segundo, por sua vez, consiste em um evento extraordinário, qualificado pela inevitabilidade e pela não esperança de ocorrer.²⁸ Há exemplo, portanto, tem-se uma onda de radiação solar.

Partindo de todo o exposto, torna-se cristalina a noção de fato jurídico stricto sensu, que é um evento natural, seja na faceta ordinária ou extraordinária.

3 Ato fato jurídico

Ato fato jurídico é um instituto do direito civil que não está regido por normas, motivo o qual, não raramente, passa despercebido pela comunidade acadêmica. Ainda assim, doutrinas se empenham para identificá-lo, postulando suas características.

Carlos Roberto Gonçalves, assim, destaca que o ato fato jurídico é um instituto jurídico onde, independente de ter, ou não, o elemento volitivo (consciência para a realização de uma ação), existe uma consequência com a ocorrência de um fato.²⁹ Nos dizeres do mesmo: “É que há certas ações humanas que a lei encara como fatos, sem levar em consideração a vontade, a intenção ou a consciência do agente, demandando apenas o ato material predeterminado”.³⁰

Portanto, ocorrendo um fato na realidade, ainda que praticado involuntariamente, logo sem elemento volitivo, existe a aplicação do instituto do ato fato jurídico. Nesta linha de interpretação, Rosenvald e Cristiano Chaves defendem: “o ato-fato jurídico é aquele em que a hipótese de incidência pressupõe um ato humano, porém os seus efeitos decorrem por conta da norma, pouco interessando se houve, ou não, vontade em sua prática”.³¹

Logo, no ato fato jurídico existem dois elementos cruciais, quais sejam: a) conduta, ainda que seja involuntária; b) existência de efeitos porque houve a conduta na realidade, logo se tem um fato.

Um exemplo, para finalidades didáticas, se encontra no artigo 1.233 do código civil, que postula: “Quem quer que ache coisa alheia perdida há de restituí-la ao dono ou legítimo

²⁷ SILVA, Luiz Eduardo Vasconcelos da. A teoria do fato jurídico sob a ótica civil-constitucional: Análise da figura do ato-fato jurídico. Monografia (Graduação em direito), Universidade Federal de Pernambuco, 2020, p. 32. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/39545/1/LUIZ%20EDUARDO%20VASCONCELOS%20DA%20SILVA.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

²⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 145.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado: volume I. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 268.

³⁰ Ibidem, p. 268.

³¹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 601.

possuidor”. Aqui, o sujeito encontra um objeto e tem o dever de entregar ao proprietário ou legítimo possuidor. Existe uma conduta, ainda que involuntária, que é a de achar um bem, e uma consequência jurídica por causa de tal fato, que é o de devolvê-la para quem é devido, no caso o proprietário ou legítimo possuidor. Dispensa-se, como se percebe, o elemento volitivo, sendo este irrelevante para a produção de efeitos.

4 Ato jurídico em sentido estrito

“No ato jurídico *stricto sensu*, como se conclui, a vontade não tem escolha da categoria jurídica, razão pela qual a sua manifestação apenas produz efeitos necessários, ou seja, preestabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, e invariáveis”, de acordo com a doutrina.³²

Desta disposição, se conclui o seguinte do ato jurídico *stricto sensu*:

- a) A vontade existe para a realização de um ato, entretanto os efeitos da conduta não podem ser negociados pelo que realizou uma conduta;
- b) Existem efeitos necessários, sendo tais em decorrência da realização de uma conduta, balizada, primordialmente, pela boa-fé;
- c) O efeito pode, ou não, estar regulado por uma norma jurídica. É que, conforme a teoria estrutural do direito civil, não são apenas leis positivadas que criam deveres, obrigações, ônus e sujeições, mas também outras fontes, como um costume. Neste sentido, por exemplo, pode ser que uma consequência necessária esteja disciplinada por uma Jurisprudência consolidada por um tribunal, ou por uma Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Ora, fato é que se deve ter um efeito necessário porque terá um agir.

O ato jurídico *stricto sensu*, em verdade, diz respeito a existência de uma produção de efeitos, tendo em vista que existiu um direcionamento de conduta do sujeito. Nesta trilha, o jurista acima descreve:

o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da

³² MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 162.

categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas.³³

Como se percebe, o efeito jurídico é anterior a conduta, o que, enquanto efeito dominó, faz esta se amoldar às consequências daquela. Barroso até firma o entendimento que o ato jurídico stricto sensu é exteriorizado em uma vontade, seja ela declarada ou manifestada, de tal forma que os efeitos jurídicos estão prefixados no âmbito das fontes de direito, principalmente da lei.³⁴

Assiste razão o autor, uma vez que as consequências jurídicas são prefixadas ao ato humano, seja ele por manifestação (exteriorização de comportamentos, de tal forma que a vontade está implícita) ou por declaração (vontade é exteriorizada, sendo explícita).

5 Negócio jurídico: Aspectos históricos e conceituais

Notáveis são os pensamentos herdados, em pleno século XXI, dos romanos. Porém, em se tratando de negócio jurídico, os romanos não desenvolveram uma teoria complexa, eficiente e minuciosa.³⁵ Em verdade, os romanos, assim como diversas organizações pré societárias, concentravam seus esforços para deixarem um contrato, um instrumento advindo do negócio jurídico, banhado pela ideologia da rigorosidade.³⁶

O negócio jurídico, para o momento de Roma antiga, era uma teoria distante da que conhecemos hoje, é isso.³⁷ Justamente por isto, Jan Peter Schmidt esclarece que o rol de

³³ Ibidem, p. 162-163.

³⁴ KÜMMEL, Marcelo Barroso. A classificação dos fatos jurídicos. *Direito em Debate*, v. 12, n. 18, 2003, p. 193. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/758>. Acesso em: 02 dez. 2021.

³⁵ BONIZZONI, Mirian de Lourdes; ALVES, Kátia Cilene P.G.; BITTENCOURT, Marlene A. S. O “negócio jurídico” no Código Civil e o direito romano. *Revista do Curso de Direito*, v. 3, n. 3, 2006, p. 144. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/509>. Acesso em: 02 dez. 2021.

³⁶ Ibidem, p. 145.

³⁷ Inclusive, satisfatórias são as palavras de Alejandro Brito: “Los términos *actus* y *negotium* pertenecieron al vocabulario de los juristas romanos. El examen de las fuentes los muestra ahí con dos características bien definidas. Por un lado, atendida su generalidad, tales términos carecieron de un preciso sentido técnico, salvo en ámbitos muy acotados. La palabra *actus* significa simplemente “la actuación” (“lo actuado”, “el acto”), en un momento preciso o en un dilatado arco de tiempo, tenga propósito jurídico específico o no lo tenga. Por cierto, también, se aplica a las actuaciones creadoras de obligaciones, como un contrato consensual o una estipulación, o a las actuaciones productoras de efectos adquisitivos, como la *in iure cessio*, o de otros efectos, como la manumisión de esclavos⁶. Según Ulpiano, Labeón decía que *actum* es palabra general (*verbum generale*), que se usa para indicar que algo “sea actuado” (*agatur*), ora mediante declaración de palabras (*verbis*), como en la estipulación, ora mediante realización efectiva de algo (*re*), como en la entrega de dinero. El término *negotium*, por su parte, frecuentemente en plural (*negotia*), significa el conjunto de asuntos patrimoniales que interesa a alguien, indistintamente referidos a actuaciones jurídicas o puramente materiales (*negotia pupilli*, *furiosi*, *absentis*, *negotia gerere* o *administrare*). También puede designar actos jurídicos, singular o colectivamente: tanto, por ejemplo, la compraventa, como la estipulación, o los contratos consensuales en general, como la

“fontes romanas eram notoriamente confusas no tema defeitos do negócio jurídico (os romanos sequer conheciam este último conceito)”.³⁸

Outras organizações para convívio, ainda na idade antiga, também se alinhavam a omissão romana. Trocando em miúdos, inexistiam teorias precisas explicando sobre a teoria do negócio jurídico. Alejandra Arévalo, inclusive, pondera que, em que pese o negócio jurídico sofrer uma robusta alteração conceitual ao decorrer da história, na antiguidade os esforços intelectuais se localizavam para o instituto do contrato, não do negócio jurídico.³⁹ Por este motivo, pode-se ponderar que, na idade antiga, a teoria do negócio jurídico ficará obsoleta.

Na idade média, por sua vez, o direito civil, especificamente na parte de negócio jurídico, também ficará estagnado. Neste momento, onde o jusnaturalismo perpetuava as estranhas do direito, os juristas medievais não conseguiram, com precisão, sistematizar uma satisfatória teoria geral do negócio jurídico, de acordo com Schmidt.⁴⁰

Já no século XIX, um movimento importante surgiu na Alemanha. Fora conhecido como o pandectismo alemão. Ele pretendeu, com base em normas antigas de Roma, estender, para a Alemanha, uma aplicação efetiva do direito romano, seja através de uma lei postulada pelo próprio Estado, seja por influência de outra forma, como a doutrina, um instrumento intelectual que serve para resolução de casos não disciplinados em textos normativos.^{41,42}

universalidad de los actos. Pero el vocablo reconoce unas limitaciones: nunca se aplica a las donaciones, y de hecho suelen contraponerse *negotia gerere* y *donatio*; además, no se usa para designar los actos de estructura unilateral, ni, por ende, a los del derecho sucesorio, que casi siempre ofrecen tal estructura, aparte la gratuidad, como en las donaciones. El vocablo *negotium*, en consecuencia, recibe aplicación solo en el ámbito del tráfico bilateral y oneroso. Por otro lado, estos términos no sirvieron a los juristas para la construcción de ningún sistema general de la negociabilidad, pese al carácter general que ofrecen, que hubiera permitido incluir a una gran variedad de actuaciones jurídicas en categorías sistemáticas amplias, denominables precisamente con uno u otro vocablo, o con ambos. Ciertamente es que, como bien se sabe, los juristas romanos fueron más bien renuentes a construir sistemas generales de conceptos; pero no dejó de haber algunos intentos en esta materia, aunque no de alcance universal”. GUZMAN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del contrato, IV: Los orígenes históricos de la noción general de Acto o Negocio Jurídico. Revista de estudios histórico-jurídicos, n. 26, 2004, p. 187-188. Disponível em: <http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/viewArticle/310>. Acesso em: 03 dez. 2021.

³⁸ SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – Com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. Revista Fórum de Direito Civil, v. 3, n. 5, 2014.

³⁹ PEREIRA, Alejandra Arévalo. El negocio jurídico y su evolución en el tiempo. Revista Estrado, v. 4, n. 6, p. 38-43, 2017, p. 39. Disponível em: <https://repository.unab.edu.co/handle/20.500.12749/11791>. Acesso em: 03 dez. 2021.

⁴⁰ SCHMIDT, op. cit.

⁴¹ SONTAG, Kenny. Tendências teórico-jurídicas decorrentes da escola história do direito: Pandectística, germanística e história do direito na ciência do direito positivo alemã do século XIX. Rev. Fac. Direito UFGM, n. 66, 2015, p. 425-426. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1711/1625>. Acesso em: 03 dez. 2021.

⁴² MARTINS, Ricardo Evandro Santos. História da tradição da civil law e a questão do direito processual brasileiro: um breve ensaio sobre a nossa proximidade com a *commom law*. Revista Acadêmica Escola Superior

É no contexto deste movimento alemão, o pandectismo, que surgirá uma teoria do negócio jurídico, ainda que com influência de “doses intelectuais” romanas.⁴³ Neste sentido, Orlando Gomes sacramenta:

O gosto por essas seqüências conceituais desenvolveu-se no começo do século passado na Alemanha, proveniente da aceitação, generalizada entre os juristas da época, da idéia do sistema, herdada da doutrina do direito natural ou radicada na filosofia alemã do idealismo. Traduziu-se, segundo Larenz, na redução, a uma unidade, de uma pluralidade que é reconhecida na sua coerência lógica e traduzida num conceito geral e abstrato, induzido pelo particular. O conceito de negócio jurídico entra nesse sistema lógico. Na pirâmide conceitual, está acima do contrato e abaixo do ato jurídico lato sensu. Abstraído.⁴⁴

Exposto este contexto histórico, cumprirá, em breve, traçar as características do negócio jurídico, instituto que, a depender do momento histórico, têm umbilicais ligações com o subjetivismo ou humanismo.

Quer dizer, se por um lado, o negócio jurídico pode ser fortemente banhado pelos ideais do individualismo (subjetivismo), por outro, também pode ser banhado por valores essenciais humanistas, decorrentes da existência do ser (humanismo).

Não se está, de forma nenhuma, querendo afirmar que o negócio jurídico deve ser compreendido apenas no enfoque do existencialismo humano, mas sim de que, ao lado desta característica de cunho humanista, tem uma vontade.

De toda forma, verídica é a informação de que o negócio jurídico tem sua espinha dorsal moldada no tempo, tempo este que engloba costumes e hábitos, que, por sua vez, acabam o moldando, lançando jatos de efeitos em seus modos de operações e, logo, de produções de efeitos.

No século XIX, por exemplo, um negócio jurídico era fortemente banhado pelos ideais de liberdade, subjetividade e negatividade do Estado.^{45,46,47} Exemplo maior disto se encontra

do Ministério Público do Ceará, v. 11, n. 1, 2019, p. 199-202. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-10.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2021.

⁴³ SILVESTRE, Gilberto Fachetti; NEVES, Guilherme Valli de Moraes. Negócio jurídico: um conceito histórico revitalizado pelo novo Código de Processo Civil. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, n. 3, 2016, p. 5. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6152350.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2021.

⁴⁴ GOMES, Orlando. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 79.

⁴⁵ PEREIRA, William Eufrásio Nunes. Do Estado liberal ao neoliberal. Interface, v. 1, n. 1, 2004, p. 16. Disponível em: <https://ojs.ccsa.ufrn.br/index.php/interface/article/view/10/0>. Acesso em: 03 dez. 2021.

⁴⁶ OLIVEIRA, Nilton Marques de; STRASSBURG, Udo; SILVA, Nivaldo Aparecido da. De Smith ao neoliberalismo: um ensaio sobre o papel do estado na economia capitalista. Ciências sociais aplicadas em revista, v. 12, n. 23, 2012, p. 91. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/8829/7339>. Acesso em: 03 dez. 2021.

no Código Francês de 1804, que expressamente postulava que o contrato, instrumento derivado do negócio jurídico, tem força de lei.

Aliás, não se poderia deixar de mencionar que, ao que tudo indica, esta disposição coloca o contrato acima até mesmo do negócio jurídico. Daí já se extrai uma diferença do negócio jurídico da França do século XIX com o negócio jurídico da Alemanha, na época do pandectismo.

Por sua vez, na contemporaneidade, o negócio jurídico tem influência da fonte de qualquer tipo de norma, o ser humano. Pois bem, hodiernamente, um negócio jurídico não deve ser observado com distância da existência da pessoa humana, devendo, em verdade, ser analisado sobre os pilares da personalidade do ser.⁴⁸

Ou seja, hodiernamente, em um contexto onde a tábua axiomática privada é voltada para o humano, é do humano, um negócio jurídico, enquanto instrumento próprio de um mundo capitalizado, ter-se-á suas “artérias” percorridas pelos valores inerentes da personalidade.⁴⁹

De acordo com a doutrina, no “viés contemporâneo, sobretudo, pode-se dizer que o sujeito deixa de ser analisado em abstrato e passa a ser analisado de forma concreta”.⁵⁰ Tal noção é importante para o âmbito do negócio jurídico, porquanto, nesta senda de contemporaneidade, lhe força a se submeter aos valores intrínsecos ao do ser humano.

Destas constatações, logo, podem ser extraídas as seguintes conclusões: i) O negócio jurídico, na atualidade, está para a autonomia da vontade, entretanto, enquanto reserva de natureza acessória, aquele está estruturado nos valores decorrentes do humano. Rompe-se o oitocentismo do negócio jurídico, onde basta um consentimento, e inaugura-se uma teoria negocial onde o humano, incluindo seu rol de valores, principalmente os relacionados a personalidade, é o centro de gravitação; ii) O negócio jurídico é uma teoria, logo está sujeita a

⁴⁷ SOARES, Marcos Antônio Striquer; PASSI, Renata Capriolli Zocatelli Queiroz. A superação do paradigma clássico do negócio jurídico: liberalismo e republicanismo. *Scientia Iuris*, v. 21, n. 1, 2017, p. 248-249. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/28118>. Acesso em: 03 dez. 2021.

⁴⁸ COSTA, Izabella Affonso; NAGASHIMA, Rafael Kenji Freiburger; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Negócios jurídicos existenciais frente à nova lei da liberdade econômica. FIUZA, César A. de C.; CORRÊA, Cláudia F.; LISBOA, Roberto Senie (coord). *Direito Civil Contemporâneo I*, CONPEDI, p. 200-203. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/3ka7b8yo/tCXoS3fsN6OmyQ5j.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2021.

⁴⁹ LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. *Civilistica*, v. 6, n. 1, 2017, p. 19. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/285/235>. Acesso em: 04 dez. 2021.

⁵⁰ LIMA, Caroline Melchades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. *Civilistica.com*, v. 7, n. 3, 2018, p. 12. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/373/313>. Acesso em: 04 dez. 2021.

diversas mudanças com o decorrer do tempo, e, principalmente, com a alteração, em tal intermédio, de hábitos, padrões sociais e valores coletivos e até mesmo individuais.

Sintetizando tais questões, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal sacramentam:

Todavia, é preciso aqui registrar, reiterando posição antes evidenciada à exaustão, que o elemento volitivo, fruto da autonomia da vontade e da autonomia privado, marca registrada do negócio jurídico, não mais assume caráter absoluto, sofrendo, sempre, as limitações decorrentes da ingerência de normas de ordem pública, notadamente constitucionais, por força da proteção destinada à pessoa humana, realçando sua necessária dignidade (CF/88, art. 1º, III). [...] É que a personalidade humana deve estar, sempre, sublinhada como valor jurídico insusceptível de redução a situações-tipo, sendo mister sua proteção eficaz e efetiva, nas múltiplas e renovadas circunstâncias em que se encontre.⁵¹

O código civil de 2002 é estruturado, principalmente, em três pilares: eticidade, sociabilidade e operabilidade.⁵² Miguel Reale, com elevada lucidez, descreve que a operabilidade é para que o código civil não tenha aplicação somente no âmbito do “dever ser”, devendo se instaurar na realidade, no lado do “ser”; ou seja, o direito é para ser executado.⁵³ É esta uma breve classificação do princípio da operabilidade.

Entretanto, em muitos momentos, se percebe que o código civil não se banha com o princípio da operabilidade, deixando margem, à doutrina e ao poder judiciário, para o desenvolvimento de determinados institutos jurídicos. Neste sentido, o código civil não descreveu o que é negócio jurídico, em verdade se limitou, de maneira rasa, a descrever o plano de validade e o plano de eficácia. Isto é, coube a doutrina, principalmente, desenvolver a teoria do negócio jurídico e seu plano de existência.⁵⁴

Portanto, no tocante a tal negócio jurídico, o código civil fora desanexado do princípio da operabilidade.

Assim, sobre tal instituto do direito civil, Antônio Junqueira de Azevedo descreve o negócio jurídico como o “fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos”, devendo ser observados

⁵¹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 608-610.

⁵² ESCANE, Fernanda Garcia. Os princípios norteadores do Código Civil de 2002. Revista eletrônica Direito, Justiça e Cidadania, v. 4, n. 1, 2013, p. 15-16. Disponível em: http://docs.uninove.br/artefac/publicacoes/pdf/v4-n1-2013/Fernanda_Escane2.pdf. Acesso em: 04 dez. 2021.

⁵³ REALE, Miguel. Visão geral do projeto do código civil. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20C%C3%B3digo%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf. Acesso em: 04 dez. 2021.

⁵⁴ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A repercussão da causa na teoria do negócio jurídico: um paralelo com a função social dos contratos. Revista da Faculdade de Direito UFPR, n. 58, p. 147-171, 2013, p. 148. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/34869/21637>. Acesso em: 04 dez. 2021.

“os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”.⁵⁵

Tem razão o jurista de quilate, afinal um negócio jurídico é um acordo entre partes, para a produção de efeitos desejados, possíveis e lícitos ou não abusivos. Em termos concretos, o negócio jurídico corresponde a concordância volitiva de dois ou mais sujeitos, com o objetivo de obterem interesses próprios diretos ou indiretos, tendo em vista que um relacionamento de cunho negocial pode ser para si ou para outrem.

Sistematizando tais alegações, Tartuce dispara o entendimento que o negócio jurídico é um ato “em que há uma composição de interesses das partes com uma finalidade específica”.⁵⁶ Complementando, esta finalidade específica terá que ser lícita, afinal um objeto ilícito é vedado; e isto não anula a hipótese da finalidade específica, um bem ou um serviço, não estar regulada em lei, porém estar em concordância com o tecido social normativo.

Nesta trilha, Maria Helena Diniz defende que um negócio jurídico representa um acordo entre partes, com a finalidade de obterem alguma modificação, criação ou extinção de direito em um objeto tutelável pelo direito (principalmente de cunho econômico), de tal forma que, para tanto, não basta apenas o elemento advindo do consentimento, precisando também que o objeto não seja vedado pelo ordenamento jurídico.⁵⁷

Karl Larenz argumenta: “el negocio jurídico es un acto o una pluralidad de actos entre sí relacionados, de los cuales al menos un acto es una declaración de voluntad o actuación de voluntad dirigida a la producción de un determinado efecto jurídico”.⁵⁸ De fato, em se tratando de negócio jurídico, para atingir interesses próprios ou de terceiros, os sujeitos fornecem a vontade, a qual ter-se-á que ser livre de vícios ou desembaraços quaisquer. Mas não é só, afinal, conforme já exposto, o objeto ter-se-á que ser permitido pela lei, seja indireta ou diretamente.

Ainda tratando sobre tal instituto do direito civil, Caio Mário da Silva Pereira ensina:

O fator genético de todo negócio jurídico é a vontade do agente. Não uma vontade qualquer, como observa OERTMANN, porém uma vontade que se subordina ao ordenamento legal. A vontade que se insubordina contra ordenamento legal não conduz ao ato lícito, porém ao ilícito, que não tem o efeito de criar direitos para o

⁵⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 16.

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 154.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 476-477.

⁵⁸ LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*. Traducción Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, p. 528.

agente, porém contra ele carrega obrigações. [...] Demais disso, deve colimar a realização de objeto condizente com a lei, isto é, objeto lícito, mas também possível. Se o objeto contravir à ordem jurídica não produz efeitos jurídicos, pois que se não compreende que o direito reconheça validade e eficácia a uma declaração volitiva que se insubordina contra o próprio direito. [...] O terceiro elemento estrutural do negócio jurídico é a forma, por via da qual o agente manifesta a sua vontade. Diversamente do Direito Romano que era fundamentalmente formalista, o direito moderno prima pela concepção consensualista [...].⁵⁹

O negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*), portanto, têm peculiares características, quais sejam: i) é fruto de um acordo entre as partes, de tal modo que tal vontade deve estar livre de qualquer vício ou embargo; é que, em um contexto de tábua axiomática com operabilidade, o consentimento ter-se-á que exprimir a realidade; ii) tem como finalidade o atingimento de interesses pelas partes, tendo em vista que é o instituto de maior autonomia na cadeia de fato jurídico lato sensu; iii) o objeto deve ser lícito e possível, sobre pena de ser ilícito.

Sobre o primeiro elemento, Robert Dickens descreve que, para que um negócio jurídico exista, necessário se faz ter o elemento da vontade.⁶⁰ O elemento psíquico do ser, a vontade, deve ser emanada para a realidade e, ao mesmo tempo, deve corresponder a sua verdadeira intenção, isto é, a vontade exprimida terá que ser umbilicalmente ligada a intenção no sistema da psique.

Um negócio jurídico não é apenas uma ligação contratual e obrigacional, em verdade é uma ligação com o condão de alterar, criar ou extinguir direitos sobre bens tuteláveis pela ordem jurídica. Assim, trata-se o negócio jurídico de um instituto relevante para o ser, porquanto lhe impacta em um rol de esferas, tais como econômica, social, moral e individual. Neste sentido, é fundamental que a vontade, elemento estrutural da teoria do negócio jurídico, esteja sem vícios ou defeitos, devendo corresponder com o ânimo do psíquico do ser.

Paulo Bonini defende: “podemos definir como características genéricas do negócio jurídico o fato de ser um ato de vontade qualificado pela intenção do resultado, fundado no direito (lícito)”.⁶¹ Então, sendo um ato de vontade qualificado para obter uma finalidade (um resultado lícito e possível), este ter-se-á que ser declarado com base no sistema interno, no sistema da psique do ser.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Do negócio jurídico e seus defeitos. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 10, 1986, p. 145-146. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/download/11610/7621/>. Acesso em: 05 dez. 2021.

⁶⁰ DICKENS, Robert Lee. Finding Common Ground in the World of Electronic Contracts: The Consistency of Legal Reasoning in Clickwrap Cases. Marquette Intellectual Property Law Review, v. 11, n. 2, 2007, p. 411-412. Disponível em: <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1098&context=iplr>. Acesso em: 01 fev. 2021

⁶¹ BONINI, Paulo Rogério. Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos. Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil, 2018, p. 152.

Verdadeiro impasse se consolida em quando houver uma declaração de vontade que não esteja em consonância com a vontade interna, a do sistema psíquico. Para tentar dirimir problema relacionado ao elemento volitivo, o artigo 112 do Código Civil dispõe: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Para o código civil, por derradeiro, no negócio jurídico se atenderá mais as declarações de vontade (extirpação do consentimento interno) do que ao estabelecido no pacto contratual. Logo, a declaração de vontade prevalece sobre o sentido literal da linguagem. É uma norma-regra que visa solucionar um problema do elemento volitivo, não outros.

Por sua vez, em se tratando de conflito de declaração de vontade e vontade interna, inexistente dispositivo solucionador. Para entender a dimensão do problema, vamos ao exemplo: “A”, um senhor de idade, assina um contrato para obter um empréstimo por parte de “B”. Sua intenção interna se manifestou, na realidade, para atingir o resultado de conseguir um empréstimo. Entretanto, em outro contrato apartado, havia uma cláusula autorizando um penhor no seu único veículo e havia outra cláusula autorizando a alienação judicial, em caso de inadimplemento. Ou seja, a vontade interna era apenas pegar um empréstimo, porém sua dupla declaração o conduziu para uma cadeia de direitos e deveres, tal como deixar o credor, em caso de inadimplemento, alienar judicialmente seu único veículo.

Ora, deve se atender mais a declaração de vontade ou a vontade interna?. Neste exemplo, caso se preze pela declaração da vontade, o senhor adquirirá direito ao crédito que obteve em empréstimo, porém também terá o dever de satisfazer o penhor do veículo em alienação judicial, em caso de inadimplemento. Do outro lado da moeda, caso se prezar pela vontade interna, o empréstimo será eficaz, conquanto o penhor não, afinal é cláusula acessória e que não fora consentida no âmbito interno do “A”.

É neste sentido que é fundamental a união da vontade interna com a vontade externa. As partes buscam interesses e fornecem o consentimento para alcançá-los. A emissão do consentimento deverá corresponder, para tanto, a vontade interna.

Havendo impasse no que diz respeito a vontade interna e a declaração de vontade, deve-se prezar pela existência de elementos fáticos. Por exemplo, se “A” atuava numa relação pré-contratual e dava, de forma clara, a entender que consentiria com todas as regras do jogo do contrato, não poderá depois alegar que sua vontade interna não almejaria aquele negócio jurídico.

Evidente que não são apenas os elementos fáticos que devem ser usados para solução do impasse entre a declaração de vontade e a vontade interna. Outros instrumentos devem ser observados, tal como a boa-fé, em sua faceta objetiva e subjetiva. Assim, se Caio estabelece um contrato de compra e venda de um par de sapatos com Tício, deverá o vendedor deixar as cláusulas bem transparentes (boa-fé objetiva em sua função de integração quanto ao dever de informação).⁶² Caso o vendedor utilize termos obscuros e difíceis, impossibilitando a união da vontade interna com a sua declaração, o comprador pode usar-se de pretensão anulatória, alegando erro, com fundamento na ausência de informação, dever anexo da boa-fé objetiva.

Outro instrumento para auxiliar no conflito entre vontade interna e sua declaração é sua segurança jurídica. Humberto Theodoro Júnior sacramenta:

Levada ao extremo, todo ato afetado por vício de consentimento seria inválido diante da ausência de vontade de que se ressente, seja por erro, dolo ou coação, ou por qualquer outro evento que impeça sua livre e consciente manifestação. Essa proteção ampla e irrestrita à vontade real não é, todavia, acolhida pela ordem jurídica, porque entraria em choque com o interesse geral, afetando a segurança das relações negociais. Se de um lado existe o interesse do declarante, que praticou o negócio jurídico e que deseja preservar a pureza de sua vontade; de outro, há o interesse do meio social, onde o negócio jurídico estabelece uma expectativa de que a declaração de vontade produzirá os efeitos programados, não podendo, razoavelmente, aceitar que, por motivos íntimos do declarante, se estabeleça o perigo da sua fuga da obrigação assumida.⁶³

Portanto, a segurança jurídica, enquanto fator que gera confiança em relações em sociedades, é um elemento primordial para solucionar o conflito entre a declaração da vontade e o âmbito interno da psique do contratante.

Sem esgotar tais discussões e partindo da premissa de que o presente trabalho não tem como objetivo solucionar impasses da teoria geral do fato jurídico lato sensu, retornamos a definição de negócio jurídico.

Cristiano Chaves e Rosenvald defendem que "Rechtsgeschäft" "é o acordo de vontades, que surge da participação humana e projeta efeitos desejados e criados por ela, tendo por fim a aquisição, modificação, transferência ou extinção de direitos".⁶⁴ Portanto, para atingir interesses específicos, os sujeitos acordam suas vontades em rumos idênticos e, ao

⁶² EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. Fortaleza, Revista Pensar, v. 18, n. 2, p. 551-586, 2013, p. 562-563. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2704/pdf>. Acesso em: 05 dez. 2021.

⁶³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Dos Efeitos do Negócio Jurídico no Novo Código Civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v. 40, 2001, p. 119. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1215/1148>. Acesso em: 05 dez. 2021.

⁶⁴ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 606.

mesmo tempo, opostos. São idênticos porque visam se unir numa relação jurídica, e são opostos porque seus interesses, provavelmente, são diferentes.

José de Abreu argumenta que inexistente um negócio jurídico quando “falta o elemento volitivo”.⁶⁵ De fato, sem ter o elemento da vontade, não há como se concretizar um negócio jurídico, ou melhor, inexistente uma finalidade de interesses a serem buscados, uma vez que inexistiu consentimento para criação dum pacto jurídico.

Compartilhando o mesmo entendimento, Gustavo Tepedino menciona: “A análise do negócio em seus três planos desenha-se, assim, como solução de compromisso entre a segurança que deve despertar o negócio jurídico [...] e a inadmissibilidade de vínculos jurídicos assumidos na ausência de vontade do agente [...]”.⁶⁶

O negócio jurídico, em breve síntese, não terá existência se não houver vontade, vez que não tem como se falar de busca de interesses sem consentimentos dos agentes.

5.1 Planos do negócio jurídico

O negócio jurídico tem três planos: i) existência; ii) validade; iii) eficácia.

5.1.1 Plano de existência

Para um negócio jurídico ter existência, faz-se necessário observar, principalmente, quatro elementos: agente, objeto, forma e vontade.

É o plano do “ser”, onde existirá um negócio jurídico apenas quando existirem, simultaneamente, o agente, o objeto, a forma e a vontade. Estes elementos, nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, são responsáveis pela existência do negócio jurídico.⁶⁷

Neste plano de existência inexistente preocupação com a aptidão do negócio jurídico em produzir efeitos, de tal modo que, aqui, se visa alcançar a existência, ou não, de tal instituto; e, para tanto, terão que estarem presentes os seguintes elementos: agente, objeto, forma e vontade.⁶⁸

⁶⁵ FILHO, José Abreu. O negócio jurídico e sua teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 339.

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. O papel da vontade na interpretação dos contratos. Revista Interdisciplinar de Direito, v. 16, n. 1, 2018, p. 177. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/492/369>. Acesso em: 06 dez. 2021.

⁶⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: Existência, Validade e Eficácia. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 31.

⁶⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

5.1.2 Plano de validade

O artigo 104 do Código Civil entabula: “A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”. Por força de melhor precisão teórica, a doutrina desenvolveu outro elemento do plano da validade, que é a vontade livre e desembaraçada.⁶⁹

Portanto, quatro são os elementos que compõem a validade do negócio jurídico.

Em se tratando de agente, ele deve ser capaz, isto é, a priori, terá que ter, no mínimo, 18 anos. Caso o negócio jurídico for estabelecido, por conclusão da referida frase anterior, por relativamente incapaz⁷⁰ ou absolutamente incapaz⁷¹, será anulável ou nulo, respectivamente.⁷²

No que tange ao objeto, o mesmo deve ser possível, lícito, determinado ou determinável. Desta disposição, por derradeiro, se exclui um objeto que não é possível, até então, se alcançar, tal como um pedaço do sol. Também se extrai que objeto ilícito não poderá ser alvo dum negócio jurídico, e, como exemplo, basta pensar no transporte de substância entorpecente ilícita, o crack. Inclusive, o artigo 747 do Código Civil pondera que o “transportador deverá obrigatoriamente recusar a coisa cujo transporte ou comercialização

⁶⁹ DESCONSI, Raphaela Regina; GOULART, Fernanda Sell de. Análise da validade do negócio jurídico celebrado por pessoa com deficiência intelectual. Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil, 2017, p. 473. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/11882>. Acesso em: 06 dez. 2021.

⁷⁰ Relativamente incapaz é aquele que pode celebrar um negócio jurídico, desde que esteja sendo assistido ou representado. Logo, o relativamente incapaz pode celebrar um negócio jurídico, porém tem que ser visualizado por terceiro, com capacidade plena. A vontade que se prioriza é do incapaz, sendo expressada pelo que lhe cuida no quesito. O código civil de 2002 elenca o rol de relativamente incapazes: i) maiores de 16 e menores de 18 anos; ii) ébrios habituais e viciados em substâncias tóxicas; iii) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; iv) os pródigos.

⁷¹ Em se tratando de incapacidade absoluta, o absolutamente incapaz tem sua vontade expressada por meio de terceiro. O código civil de 2002 menciona apenas um absolutamente incapaz, que é o menor de 16 anos. Logo, para o direito, o consentimento do menor se transfere para o do que lhe representa.

⁷² Sobre a incapacidade relativa e a pessoa com deficiência, vejamos os apontamentos doutrinários: “Como exposto, irrompendo um novo paradigma tendente a promover a autonomia, patrimonial e existencial, do portador de deficiência, o EPD inova ao expressamente prever que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa” (art. 6º). Daí decorre que, como o portador de deficiência psíquica ou intelectual tem assegurada, a despeito do déficit cognitivo, a sua plena capacidade, os atos por ele praticados não podem mais ser invalidados com base na incapacidade do agente, prevista no art. 104, I, do Código Civil, levando se em conta que por ficção legal são considerados plenamente capazes. [...] Assim, ainda que à luz do EPD não se possa mais cogitar da invalidade do negócio jurídico por incapacidade do agente, ou seja, da ausência de um pressuposto de validade relativo ao sujeito, é de se ter atenção à circunstância de que seguem havendo pessoas cuja ausência de discernimento é, em maior ou menor grau, óbice a que elas sejam responsabilizadas e vinculadas pela vontade manifestada. Daí a necessidade de se encontrar, sem que para tanto seja possível desconsiderar a sistematicidade e coesão do ordenamento tal como posto, meios para compatibilizar o projeto emancipatório do EPD com o papel protetivo tradicionalmente desempenhado pela teoria das invalidades [...]”. LIMA, Taisa Maria Macena de; VIEIRA, Marcelo de Mello; BORGES E SILVA, Beatriz de Almeida. Reflexões sobre as pessoas com deficiência e sobre os impactos da lei nº 13.146/2015 no estudo dos planos do negócio jurídico. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 14, 2017, p. 32-33. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/164/159>. Acesso em: 07 dez. 2021.

não sejam permitidos”. Por fim, cumpre ressaltar que, por força de lei, não se pode ter um objeto indeterminável.

No tocante a forma, o artigo 108 do Código Civil elenca que, caso não ter disposição contrária, “a escritura pública é essencial” para a validade “dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”. Um negócio jurídico, portanto, pode ter uma forma especial, tal como visto no artigo acima. Ademais, pode a autonomia dos agentes estacionarem o contrato numa forma especial, e exercendo a liberdade contratual o negócio pode “andar nas estradas” de formalismo especial, com uma forma diferente.

“Embora, de regra, seja livre a forma dos negócios jurídicos, não se pode ignorar que a expressa disposição de lei ou a vontade exteriorizada das partes pode estabelecer a necessidade de atender a uma forma especial”, conforme Rosendal e Cristiano Chaves.⁷³ Enfim, por liberalidade ou por força de lei, um negócio jurídico poderá ter uma forma especial, em que pese, em grande frequência, haverem contratos livres quanto ao formato.

No que tange ao último elemento (vontade), para respeitar o plano de validade dum negócio jurídico, ela deve ser livre e sem vícios ou embaraços. Marcos Bernardes de Mello, com precisão, dispara que a “manifestação de vontade para integrar o suporte fático do ato jurídico há de ser (a) autêntica, (b) íntegra e hígida, no sentido de que tenha sido manifestada pelo próprio figurante ou por alguém que, negocial ou legalmente, o represente”.⁷⁴

Concretiza a vontade, em um plano de validade, quando a mesma é proferida sem embaraço. O agente, por exemplo, não pode estar sofrendo uma coação física ou moral. Em verdade, o agente não deve estar sofrendo qualquer transgressão ao consentimento, devendo sua manifestação estar livre, como um pássaro em uma floresta cor de esmeralda. Compartilhando deste entendimento, a doutrina dispara que a manifestação não deve conter “defeitos que a afetem em sua perfeição”.⁷⁵

Ainda tratando sobre o plano de validade, Pontes de Miranda descreve:

Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou

⁷³ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 623.

⁷⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: Plano de validade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38.

⁷⁵ Ibidem, p. 38.

se não vale. [...] Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos.⁷⁶

De fato, para que um negócio jurídico tenha validade, a priori, é necessário que exista respeito ao plano de existência. Trocando em miúdos, se por um lado, o plano de existência diz respeito ao rol de elementos que dão “vida” ao negócio jurídico, por outro, o plano de validade toca ao conjunto de elementos que fornecem validade àquele. “O que não existe não pode ser viciado ou defeituoso”, nos dizeres de Ken Basho.⁷⁷

Portanto, um negócio jurídico pode ser existente, mas não ter validade; e jamais um negócio jurídico pode ser válido caso não respeitar os elementos do plano de existência. Em termos cristalinos, existem elementos cruciais que dão existência ao negócio jurídico, bem como elementos fundamentais que fazem um existente negócio jurídico ser válido.

5.1.3 Plano de eficácia

Um negócio jurídico pode existir e ser válido, logo respeitou os elementos descritos no tópico anterior, e, ainda assim, ter seus efeitos pausados por algum elemento accidental. Stolze e Rodolfo Pamplona destacam: “ainda que um negócio jurídico existente seja considerado válido, ou seja, perfeito para o sistema que o concebeu, isto não importa em produção imediata de efeitos, pois estes podem estar limitados por elementos accidentais [...]”.⁷⁸

“Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão-só, da sua eficácia jurídica e, especialmente, da sua eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos”, conforme Antônio Junqueira de Azevedo.⁷⁹

Estes efeitos do negócio jurídico válido, logo existente, podem não ser imediatos, tendo em vista que existem elementos accidentais: condição, termo e encargo. Existindo algum elemento accidental, o tempo da produção de efeitos do negócio jurídico sofrerá variação,

⁷⁶ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Vol. 4. Campinas: Bookseller, 2001, p. 39.

⁷⁷ NETO, Ken Basho. Da inexistência da "escada ponteana": uma introdução aos planos da existência, da validade e da eficácia em Pontes de Miranda. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 31, n. 2, 2019, p. 27. Disponível em: <https://rtrfl.emnuvens.com.br/rtrfl/article/view/104>. Acesso em: 07 dez. 2021.

⁷⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, RODOLFO. Manual de Direito civil: Volume único. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 151.

⁷⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: Existência, Validade e Eficácia. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 49.

podendo ser por um lapso temporal curto, médio ou grande.⁸⁰ Sobre tais elementos acidentais e seus impactos, Maria Helena Diniz defende que eles são “categorias modificadoras dos efeitos normais do negócio jurídico, restringindo-os no tempo ou retardando o seu nascimento ou exigibilidade”.⁸¹

A condição suspensiva ou resolutiva se insere no plano da eficácia. Logo, um negócio jurídico poderá ser existente e válido, porém seus efeitos são posteriores, dependendo da concretização duma condição suspensiva, ou existentes, cessando com o advento da condição resolutiva.⁸²

O artigo 121 do CC elenca que a condição suspensiva é uma “cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”. Portanto, aqui, há um evento futuro e incerto para que os efeitos do negócio jurídico ganhem “vida”. Orlando Gomes, em obra atualizada pelo eterno Antônio Junqueira de Azevedo, até defende que “os efeitos do contrato só se iniciam a partir do momento em que ocorre o evento”, quando há uma condição suspensiva.⁸³

Logo, o efeito do negócio jurídico está travado pelo “cadeado” denominado condição suspensiva, cuja chave é a concretização do evento futuro e incerto. Sem o advento deste evento, apenas há um negócio jurídico existente e válido. É, em síntese, um negócio jurídico eficiente, mas deficiente. Sobre isso, Vera Regina argumenta:

Com relação ao elemento acidental condição, a sua inserção no ajuste afetaria a eficácia de determinada cláusula [...] impedindo que ela produzisse efeitos até que ocorresse algum evento futuro e incerto, hipótese em que se denominaria condição suspensiva.⁸⁴

A pedra angular da condição suspensiva está repousada no fato de retirar a produção dos efeitos do negócio jurídico, até o implemento do evento futuro (no tempo posterior) e incerto, é claro.

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 568.

⁸¹ Ibidem, p. 568.

⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral e Contratos em Espécie. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 573.

⁸³ GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 151.

⁸⁴ SANTOS E SILVA, Vera Regina Dias dos. Da viabilidade da inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico - termo, condição e encargo - nos termos de ajustamento de conduta que visem à proteção ao meio ambiente. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2016, p. 12. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/VeraReginaDiasdosSantoseSilva.pdf. Acesso em: 08 dez. 2021.

Em se tratando da condição resolutiva, Orlando Gomes sacramenta: “os efeitos do contrato cessam com o acontecimento” de evento futuro e incerto.⁸⁵ Assim, tendo o advento do evento futuro e incerto, quando há uma condição resolutiva, os efeitos do negócio jurídico deixam de operar na realidade. Em linguagem informal, os efeitos “morrem” com a concretização da condição resolutiva.

Os romanos não reconheciam a existência da condição resolutiva.⁸⁶ Ainda assim, é notável que esta condição, na contemporaneidade, é excessivamente presente, tendo em vista que é utilizável como métrica por sujeitos que desejam ver efeitos até a possível ocorrência dum evento futuro e incerto.

“Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido”, conforme artigo 127 do Código Civil. De fato, não tendo o evento futuro e incerto da condição resolutiva, os efeitos do negócio jurídico continuam operando, moldando a realidade com seus jatos de efeitos.

Por todo o exposto, evidente fica que existe uma diferença crucial entre a condição suspensiva e a condição resolutiva. Naquela, tendo o advento de evento futuro e incerto, o negócio jurídico começa a surtir efeitos, conquanto nesta, com o advento do evento incerto e futuro, há a interrupção dos efeitos.

Também existem semelhanças entre tais institutos do direito civil. Em se tratando de constituição, nas condições suspensiva e resolutiva têm três elementos comuns: a) voluntariedade: as partes, exercendo a liberdade de contratar e utilizando a liberdade contratual, estipulam uma das duas condições; b) futuro: a condição não recai no passado ou presente, mas sim no futuro; é o futuro que interessa à condição, porquanto é no futuro que existirá, ou não, o implemento dum evento não certo e futuro; c) incerto: não existe uma certeza no que toca a concretização da condição, motivo pelo qual ela é incerta; repousa-se, assim, na zona de insegurança.⁸⁷

Em se tratando de requisito de licitude, existem semelhanças nas condições suspensiva e resolutiva. “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes”, nos moldes do art. 122 do CC. Por exemplo, não pode uma parte

⁸⁵ GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 151-152.

⁸⁶ MARKY, Thomas. Curso elementar de direito romano. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 58.

⁸⁷ FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Distinção entre a condição resolutiva e a cláusula resolutiva expressa: Repercussões na falência e na recuperação judicial. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 20, 2019, p. 186. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/417/298>. Acesso em: 08 dez. 2021.

estipular que seu filho só vai ganhar herança caso trair sua esposa, em dois dias após sua morte.

O segundo elemento do plano da eficácia é o “Termo”, uma expressão que equivale a “momento”.

Um negócio jurídico pode ser alvo do elemento accidental “termo”, que pode ser inicial, também conhecido como suspensivo, ou final, conhecido como resolutivo.⁸⁸

O termo inicial ou suspensivo é aquele que marca o momento inicial de surgimento de efeitos do negócio jurídico. Neste sentido, o artigo 131 do CC dispara: “termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito”.

O termo final ou resolutivo, por sua vez, é aquele que marca qual o momento de encerramento de efeitos do negócio jurídico. Ou seja, com o advento do termo final, há a cessação dos efeitos do negócio jurídico.

Ainda assim, existem duas semelhanças entre o termo inicial e final. São elas: a) futuro: o termo é um evento futuro, assim como a condição suspensiva ou resolutiva; b) certeza: o termo é um evento certo de ocorrer, afinal a natureza, pelas suas próprias regras, demonstra que o tempo se molda de uma forma inequívoca para o nosso espaço.

Já o encargo é um “ônus introduzido em ato de liberalidade”, ocorrendo muito, por exemplo, em contrato de doação.⁸⁹

Trata-se de um instituto que pertence ao plano da eficácia, podendo, ou não, adiantar para o futuro os efeitos dum negócio jurídico. É que o encargo não suspende o exercício do direito, em regra. Como exceção, pode suspender o exercício do direito, desde que esteja positivado no contrato.

6 Contrato eletrônico existencial: Breves notas

Inicialmente, em Roma, tivemos um contrato fortemente influenciado pelo aspecto da vinculatividade. Ao fornecer o consentimento, o indivíduo se via envolvido em uma extensa cadeia contratual, com reflexos nas áreas patrimoniais, sociais e familiares. O consentimento, ainda que não o elemento mais relevante para o âmbito contratual de Roma, era tido como

⁸⁸ AQUINO, Leonardo Gomes de. Elementos accidentais: Análise do plano da eficácia dos negócios jurídicos. Consilium, v. 1, n. 3, 2009, p. 12. Disponível em: http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/consilium_03_25.pdf. Acesso em: 08 dez. 2021.

⁸⁹ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 167.

elemento para a feitura de um contrato. Reinhard Zimmermann defende que, em Roma, o “*nudo consensu*” era um elemento que podia formar o contrato.⁹⁰

Passando à idade média, o cenário não se alterou, tendo o contrato um efeito forte de vincular as pessoas. É aqui que o instituto “*pacta quantumcunque nuda servanda sunt*” exala sua força cogente, fazendo o efeito da vinculatividade ser muito forte, afinal os indivíduos, por fornecerem suas declarações em papéis, teriam que as cumprir, não sendo inadimplentes.⁹¹

No Estado liberal, fruto de revoluções em busca da liberdade, no fundo, o contrato foi um instrumento do particular, quase sempre alheio aos valores sociais. A doutrina afirma:

a percepção de que o Estado não deveria interferir nas questões relativas ao mundo dos negócios privados, desde que não defesos em lei, esteve subsidiando a lógica de que uma vez que se estabelecessem contratos entre partes, esses deveriam ser literalmente cumpridos – é o princípio da força obrigatória. Nesse contexto, a imprevisibilidade ambiental como possibilidade de alteração e resolução contratual era inadmissível, já que contraria os interesses da força obrigatória.⁹²

Portanto, na idade liberal permaneceu o contrato como instrumento de busca de valor individual, tendo em vista que, uma vez celebrado aquele, os contratantes deveriam, com honestidade e rigor, cumprir as cláusulas, sempre buscando se afastarem do inadimplemento, seja ele culposos ou doloso. Era uma regra.

Posteriormente, com a ascensão do Estado social, eclodiu uma alteração no núcleo do contrato. Assim, não mais o contrato deve ser visto como um instrumento de busca apenas de interesses individuais e livres de valores e direitos de terceiros, em realidade terá que ser umbilicalmente conectado com o valor da boa-fé, principalmente a objetiva, com a função social e até mesmo com a personalidade de cada indivíduo.

É neste contexto que emerge o contrato existencial, que é caracterizado por valorizar o ser humano. Especificamente, no contrato existencial existe um objeto que é fundamental à existência do indivíduo, tendo, por isso, que haver um tratamento diferente do que haveria para aquele contrato cujo objeto é comercial. Este tratamento, por derradeiro, tem que ser em prol da maximização da personalidade individual.

⁹⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura europeia. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 7, 2016.

⁹¹ ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura europeia. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 7, 2016.

⁹² RODRIGUES, Leonel Cezar; RICHARDO, Rodolpho Luiz Maderic; DUBOIS, Marcio. O paradoxo nos princípios *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus* em contratos de natureza empresarial. Revista do Cejur: Prestação Jurisdicional, v. 8, n. 1, 2020, p. 09. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/347>. Acesso em: 14 fev. 2022.

Porém, com a ascensão de uma sociedade digital, caracterizada pela flexibilidade, desmaterialização, compartilhamento e agilidade nas operações no corpo eletrônico, uma nova modalidade de contrato deve prosperar: o contrato existencial.

Vive-se, importante mencionar, em uma sociedade marcada pela flexibilidade. Prova disto são os milhares de aplicativos que flexibilizam direitos ou fatos jurídicos, como a Uber, o pop e o ifood. Esta flexibilização é inerente a sociedade do compartilhamento, afinal faz com que o direto se torne indireto. Esta transição para o indireto é, em regra, devida por dois fatores: a) barateamento da prestação; b) agilidade de adquirir algum objeto ou serviço pelo indireto.

Esta sociedade também é marcada pela desmaterialização, um processo que consiste na retirada da importância do tangível para fazer o intangível ter relevância. Um exemplo desta desmaterialização é o metaverso, uma tecnologia que se solidifica “por meio da criação de Mundos Digitais Virtuais em 3D – MDV3D, no qual diferentes espaços para o viver e conviver são representados em 3D”; e, por isso, acaba “propiciando o surgimento dos “mundos paralelos” contemporâneos”.⁹³ Enfim, na sociedade do compartilhamento se identificam fortes traços de desmaterialização, onde o intangível ganha espaço para fomento, por exemplo, da indústria e do próprio corpo eletrônico.

Outra característica desta sociedade é o compartilhamento, principalmente de informações de indivíduos. Com o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação (TIC’S), o sapiens adquiriu a possibilidade de compartilhar informações, em nível global e de modo rápido. Com este cenário o indivíduo ficou mais vulnerável, porquanto, ao fornecer um click aceitando os “termos e condições” do contrato eletrônico, torna-se alvo do compartilhamento, no corpo eletrônico.⁹⁴

A agilidade também é uma característica da sociedade digital. A cada dia, as TIC’S são evoluídas, sendo equipadas com processadores rápidos, sistemas gerenciais com performance célere, softwares simples e gerenciais, permitindo as informações, incluindo as de naturezas individuais, serem compartilhadas agilmente, em escala global. Enfim, os

⁹³ SCHLEMMER, Eliane; BACKES, Luciana. METAVERSOS: novos espaços para construção do conhecimento. Revista Diálogo Educacional, v. 8, n. 24, 2008, p. 522. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/1891/189116834014.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022.

⁹⁴ BASAN, Arthur Pinheiro; OLIVEIRA, Andréa Luísa de; COUTO, José Henrique de Oliveira. O elemento volitivo do consumidor frente à coleta de dados pessoais nos contratos eletrônicos e o paradigma do consentimento. Revista Jurídica Cesumar, v. 21, n. 3, 2021, p. 705. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9848/6889>. Acesso em: 14 fev. 2022.

indivíduos têm as informações personalíssimas compartilhadas em âmbito global, de modo rápido.⁹⁵

Em suma, o corpo eletrônico se estrutura com base nos seguintes elementos: flexibilidade, desmaterialização, compartilhamento e agilidade. O indivíduo, qualquer que seja sua etnia, raça, origem, gênero, orientação sexual, fica exposto ao fenômeno de tratamento de dados pessoais ao estabelecer um negócio jurídico eletrônico, afinal a sociedade digital precisa disto.

Com o processo de desmaterialização dos bens, especialmente daqueles apreciáveis economicamente, novos gradientes precisaram surgir para fomentar a indústria 4.0. Um desses bens é o dado pessoal, também conhecido como informação pessoal ou informação personalíssima. Tal informação é relevante para a manutenção da indústria do compartilhamento, porquanto além de ser desmaterializada, serve como norte para a concretização da política de implementação de publicidade, de criação de inovações no ambiente de mercado, dentre outras utilizações.

Andréa Leal e Elísio Bastos ensinam que os dados são excessivamente utilizados no mercado do compartilhamento, servindo para uma criação eficiente de publicidade ao titular.⁹⁶ De fato, ao se levar em consideração que o indivíduo, por ser exposto ao tratamento de dados pessoais, torna-se uma vítima de intensas publicidades, verídica é a concepção de que o compartilhamento, inclusive de informação de um titular, é característica da sociedade digital.

Contribuindo com o fenômeno de tratamento de dado pessoal, temos a agilidade no compartilhamento de informações. Por exemplo, com um simples celular com internet, o indivíduo consegue mandar para outro, em qualquer local do mundo, uma informação - e com velocidade, diferente dos anos 2000. As tecnologias da informação e comunicação permitiram, em suma, o sopesamento da proteção de dados pessoais, porquanto agilmente as informações dos titulares são compartilhadas em escalas globais, no mais das vezes até sem o consentimento desembaraçoso de vícios.

É neste contexto que emerge a necessidade de instauração da nova modalidade contratual, o eletrônico existencial.

Sobre tal modalidade de contrato, veja-se que, assim como outros tipos contratuais, ele tem como objeto central o dado pessoal do indivíduo. Qualquer contrato eletrônico existencial

⁹⁵ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 53-54.

⁹⁶ LEAL, Andréa Santos Borges; BASTOS, Elísio Augusto Velloso; DIAS, Jean Carlos. Os impactos das novas tecnologias da informação e comunicação no direito fundamental à privacidade. In: CALAZA, Tales; TAVARES, Viviane Ramone (Coords.). *Direito civil 5.0: novas teses envolvendo direito e tecnologia*. Uberlândia: LAECC, 2022, p.170-180.

tem como objeto central o dado pessoal, seja ele sensível ou não, secreto ou aberto ao público. Fato é que, em se tratando desta espécie contratual, é a informação, pertencente ao indivíduo, que é o objeto de exploração.

Nos moldes de Susete Gomes: “O objeto é elemento e requisito de validade do negócio jurídico, pois não há relação jurídica com uma finalidade específica que não tenha um objeto como suporte”.⁹⁷ Portanto, qualquer contrato, incluindo o de natureza existencial, terá que conter um ou mais objetos. Sem objeto, não há que se cogitar no estabelecimento de uma relação denominada contrato. No caso do contrato eletrônico existencial, o objeto central é a informação da pessoa.

Pelo simples fato de o indivíduo celebrar uma relação através de um contrato na internet, há a transição para a espécie eletrônica existencial, observado a necessidade de o dado pessoal (objeto) ser alvo de qualquer tratamento, como coleta e compartilhamento. Portanto, no tocante ao objeto, sendo o dado pessoal um alvo de tratamento, no mais das vezes pelo proponente do contrato estabelecido na internet, cogita-se da instauração do contrato eletrônico existencial.

Para Lorenzetti: “O contrato eletrônico caracteriza-se pelo meio empregado para a sua celebração, para o seu cumprimento ou para a sua execução, seja em uma ou nas três etapas, de forma total ou parcial”.⁹⁸ É uma assertiva correta para o contrato eletrônico, porém, no atual contexto de cultura do compartilhamento, está incompleta. Logo, acrescenta-se que, com frequência, o contrato eletrônico é um instrumento utilizado para celeridade na aquisição de objeto ou serviço, servindo, em consonância com aquilo, como meio para o proponente fazer tratamento de dados pessoais. Justamente por isso, todo contrato eletrônico que possibilita, para o proponente, o tratamento de dados torna-se existencial.

O objeto, de qualquer modo, do contrato eletrônico existencial é o dado pessoal.

“O objeto há de ser Lícito, possível, determinado ou determinável, não se contrapondo à lei, à moral ou aos bons costumes. A licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto é imperativa, sob pena de nulidade negocial”.⁹⁹ Como não existe regra tornando ilegal o dado pessoal ser um objeto do contrato na internet, o mesmo se torna lícito. Para piorar tal quadro e levando em consideração toda a cultura de ausência na tutela da proteção de dados pessoais,

⁹⁷ GOMES, Susete. O objeto do contrato. Dissertação (Mestrado em direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p. 85. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8139/1/Susete%20Gomes.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2022.

⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luís. Comércio Eletrônico. São Paulo: RT, 2004, p. 285.

⁹⁹ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 623.

conforme se verá no capítulo III da presente obra, o objeto dado pessoal é extremamente presente nas contratações eletrônicas.

O dado pessoal também é possível. Pelo simples fato do proponente e do aceitante fornecerem seus cliques, através de mouses ou tecnologias semelhantes, como o deslize de dedos pelo touch, há a celebração de um contrato digital, que, no mais das vezes, tem, por qualquer cláusula ou meio, a permissibilidade para o fato jurídico de tratar os dados.

Logo, o dado pessoal é um objeto do contrato eletrônico existencial, sendo, por derradeiro, possível. Para tanto, o proponente do contrato e o aceitante, através de sucessivos cliques em seus equipamentos, concretizam um negócio jurídico no ambiente eletrônico, sendo este embutido com regras e princípios que permitem uma relativização da privacidade e da intimidade, porquanto torna possível o tratamento de dados pessoais.

No que tange a determinabilidade, em regra quase que absoluta, o contrato eletrônico existencial tem o dado pessoal definido, certo como um fato da natureza. Gize-se que isto se deve em razão do proponente já elencar as cláusulas que lhe permitirão tratar o rol de dados pessoais do indivíduo na posição de aceitante. Há, portanto, determinabilidade do objeto dado pessoal no contrato eletrônico existencial.

O contrato eletrônico existencial, assim como o contrato de lucro, tem que respeitar o instituto da “violação positiva do contrato”, qualificada, dentre várias outras características, como “descumprimento de deveres laterais”.¹⁰⁰ Há violação positiva do contrato quando existe uma ausência, por parte do proponente do contrato, de clareza e lucidez nas cláusulas, afinal estas devem ser precisas, livres de obscuridade ou interpretação ambígua.¹⁰¹ Partindo daí, se tem que os dados pessoais coletados, por meio de um contrato no ambiente da internet, devem ser determinados ou determináveis, sobre pena do proponente incorrer na violação positiva do contrato por descumprir o dever da informação, intrínseco a boa-fé objetiva.

Assim sendo, para que um contrato eletrônico existencial tenha validade quanto ao objeto, o dado pessoal deverá ser legal, possível, determinado ou determinável (art. 104, II, do CC).

Além destes requisitos, um contrato eletrônico existencial precisa de um agente capaz para ser válido. “Como todo negócio jurídico traz como conteúdo uma declaração de vontade

¹⁰⁰ MARINANGELO, Rafael. A violação positiva do contrato e o inadimplemento dos deveres laterais impostos pela boa-fé. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica, 2005, p. 132. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6374/1/RAFAEL%20MARINANGELO.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2022.

¹⁰¹ LUIZ, Fernando de Lima. A violação positiva do contrato como forma de inadimplemento no direito brasileiro. Revista do CEJUR, v. 6, n. 1, 2018, p. 202. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/307>. Acesso em: 21 fev. 2022.

(o elemento volitivo que caracteriza o ato jurígeno), a capacidade das partes é indispensável para a sua validade”, conforme Flávio Tartuce.¹⁰²

É válido um contrato eletrônico existencial quando celebrado por uma pessoa capaz, logo maior de 18 anos e sem enquadramento em alguma hipótese do artigo 4º do CC, em regra. Independente de ser esta espécie de contrato ou outra, como o contrato de lucro (objeto comercial é o primordial), o agente terá que ser capaz e ter legitimidade.

Não se está negando a possibilidade de o menor de 16 anos celebrar um contrato eletrônico existencial e, por raciocínio lógico, ter seus dados pessoais tratados. Para que o absolutamente incapaz estabeleça tal espécie de negócio é necessário estar sendo representado, em regra, pelos seus pais ou por um na ausência do outro, como por causa de um óbito.

Por não ter todo um sistema cognitivo construído e que esteja apto a balizar as orientações, o menor de 16 anos, para que estabeleça um contrato eletrônico existencial, terá que ser representado pelos genitores. Esta é a regra.

O objeto do contrato eletrônico existencial é a informação íntima ou privada, intrínseca a personalidade do indivíduo, esteja ele na fase de criança, adolescente, adulto ou idoso. Ainda assim, em decorrência do sistema de representatividade de absolutamente incapaz, o menor terá que ser representado para estabelecer, via clickwrap, um contrato eletrônico existencial.

Ingressando na realidade, se observa que muitos genitores se descuidam dos filhos, pois os deixam acessar diversos sites, com suas contas munidas com informações personalíssimas, para estabelecimento de diversos contratos eletrônicos existenciais, afinal têm dados sendo tratados. Portanto, na prática, há uma ausência de eficácia no tocante ao sistema de representatividade do código civil frente a tal espécie contratual.

Fernanda Pantaleão e Gabriel Aguiar, engrossando o couro, até defendem:

A prática de sharenting em detrimento do livre desenvolvimento da personalidade e da autodeterminação informativa do menor claramente se configura como ato ilícito causador de dano, cabendo à responsabilidade civil o controle ex post da conduta parental.¹⁰³

¹⁰² TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹⁰³ DIRSCHERL, Fernanda Pantaleão; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Sharenting e poder parental na sociedade digital. In: CALAZA, Tales; TAVARES, Viviane Ramone (Coords.). Direito civil 5.0: novas teses envolvendo direito e tecnologia. Uberlândia: LAECC, 2022, p. 97.

Indo além, a omissão dos genitores com poder familiar no que tange a tutela do filho absolutamente incapaz é um fato que pode gerar um dano para a vida toda, tal como porque, através de um contrato eletrônico existencial, a criança teve um dado sobre uma doença coletado, e mais tarde este mesmo é utilizado para finalidades racistas.

Por isso, liberdade e responsabilidade devem caminhar de “mãos dadas”, especialmente em um contexto onde o sistema de incapacidade absoluta parece não ter efeitos diante dos resultados dos contratos eletrônicos existenciais.

Ainda assim, em se tratando do contrato eletrônico existencial, o indivíduo terá que ser capaz, não submetido às hipóteses de incapacidade relativa ou absoluta, sobre pena de lhe ser aplicado o instituto, respectivamente, da assistência ou representatividade.

Não é porque é um contrato eletrônico com o objeto dado pessoal que não existe a aplicação do plano da validade, típico da estrutura do fato jurídico. Em realidade, por ser um contrato eletrônico com natureza existencial, há a necessidade de existir um ser humano. Não se cogita de contrato eletrônico existencial quando é um robô inteligente que realiza, mas sim quando é um indivíduo, de carne e osso.

É necessário que a pessoa seja legítima e capaz, é isso. Com precisão cirúrgica, Rebouças defende:

Quanto ao agente, deverá ser capaz e legitimado, considerando como capacidade aquela determinada em lei (idade, representatividade, emancipação, etc.) e a legitimação como a competência concedida pela lei para firmar determinado negócios jurídicos.¹⁰⁴

Relevante dar eficiência para tal sistema de incapacidade. Ao se levar em consideração que o objeto do contrato eletrônico existencial é o rol de dados pessoais, o indivíduo que o celebra está se submetendo a uma inversão kantiana, porquanto passa a ser um meio, não um fim, pois seus dados são tratados pelos proponentes. A *prima facie*, parece que tal prática não gera nenhuma outra consequência, se limitando a uma mera operação entre dois sujeitos que se ligam por diferentes localizações geográficas. A *posteriori*, veja-se que são informações da personalidade da pessoa que estão sendo alvos de tratamento positivo pelo proponente, após aquele “concordar” com a *clickwrap* e suas políticas de privacidade. Por isso, é importante que, em se tratando do contrato eletrônico, a pessoa seja maior (18 anos) e legítima, com o

¹⁰⁴ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Contrato eletrônico: Considerações sob a ótica do plano de validade do negócio jurídico na formação do contrato. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 43. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6026/1/Rodrigo%20Fernandes%20Reboucas.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2022.

fito de amenizar possíveis danos – este posicionamento se deve ao se partir da hipótese de que um menor, por exemplo, não tem toda sua estrutura psíquica construída, o que pode fazer sofrer fortes perturbações no sistema de paz interior frente a um tratamento racista de dado, por exemplo; e não se está, de forma alguma, alegando que um adulto não sofra com o mesmo impasse, porém, pelas pistas históricas até então, os menores são mais frágeis.

A forma prescrita ou não defesa em lei também é um requisito de validade que é aplicável ao contrato eletrônico existencial. Muito comum é o pensamento de que a internet é uma terra sem lei, onde o particular faz o que entender, na hora que quiser. Para dimensionar esta ideia, retorne-se a década de 1990, onde um magistrado americano, o Frank Easterbrook, desprezou o contexto de novos direitos na internet ao ponderar sobre o binômio: cyberspaço e direito dos cavalos.¹⁰⁵ Ora, se para tal linha a internet é uma terra sem lei, o contrato eletrônico não pode sofrer nenhuma regulação, devendo ficar livre de qualquer intervenção de um Estado soberano.

A internet, felizmente, alcançou um patamar de ser alvo das estranhas do direito. Pessoas existem, e independente de navegarem precisam de tutela no corpo eletrônico, inclusive quando fazem acordos nesta “terra invisível”. Justamente por isso, emerge a característica do contrato eletrônico existencial ser lícito por não ser defeso por alguma norma ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, ou qualquer outro modo de criar um Direito, entendido como uma norma.

Uma coisa é ponderar que o contrato eletrônico é lícito, outra é ponderar que o modo de política de privacidade é legal. Aquele está em consonância com o plano de validade, este, conforme se verá mais adiante, não.

6.1 Formação do contrato eletrônico existencial: Aspectos existenciais e patrimoniais

Na maior parte da história brasileira a regra para o estabelecimento de contrato se baseou no plano físico, isto é, as partes deveriam estar presentes para celebrarem um contrato. O código civil de 1916 destaca, por exemplo: “Art. 1.083. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta”. Este artigo dá indícios de que, para a formação do contrato físico, se precisava da assinatura de todas as partes envolvidas. Logo, há presença física para a concretização do contrato físico.

¹⁰⁵ ASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the Law of the Horse. University of Chicago Legal Forum, v. 207, 1996, p. 207-208.

Entretanto, com a ascensão da internet, novas formas de relações surgiram, culturas se moldaram frente aos impactos das tecnologias de informação e comunicação e emergiram paulatinas transformações no modo de interação do humano com o objeto.

A internet, apesar de ter surgido recentemente se comparada a outras tecnologias, foi uma tecnologia que gerou uma alteração global, independente de barreiras de distância. Se levar em consideração que o “Homo sapiens” surgiu em 200 mil anos atrás, na África Oriental, a internet, de fato, é uma tecnologia nova. Criada na guerra fria para impedir ataques nucleares, a internet também começou a ser demandada nas comunidades acadêmicas.^{106,107}

Chegando no século XXI, a internet se popularizou, mostrando-se como uma ferramenta útil ao ser humano, afinal rompe barreiras geográficas, tem celeridade para transmitir bits e dados e permite a desmaterialização de bens. Está tão popularizada que mais da metade da população a utiliza, conforme pesquisa da União Internacional de Telecomunicação.¹⁰⁸

Um dos traços da internet é a possibilidade de contratar à distância, não mais precisando o indivíduo ir na loja física. Tendo acesso ao corpo eletrônico, o indivíduo poderá acessar uma oferta de um site ou uma oferta no e-mail, e, sem sentir o cheiro ou tocar no objeto, poderá celebrar um contrato.

Nos dizeres doutrinários:

Da mesma forma como ocorre tradicionalmente, os contratos celebrados por meio eletrônico poderão apresentar as mais variadas nuances, às vezes de forma simplificada, às vezes mais complexas. Em alguns casos ocorrem negociações preliminares anteriormente à celebração contratual definitiva, com a possibilidade, inclusive, de formação de um contrato preliminar, em outros casos, um mero clicar de botão firma um contrato. Por se tratar de acordo de vontades celebrado em ambiente virtual, serão sempre contratos celebrados a distância; ou seja, as partes jamais estarão fisicamente uma diante da outra. Assim, é possível concluir precipitadamente que o tratamento jurídico dado seria o de contratos realizados entre ausentes.¹⁰⁹

A contratação eletrônica é feita à distância, podendo ser por diversos modos: a) pode o indivíduo, ao acessar seu e-mail, clicar em alguma oferta, a adquirindo mediante o pagamento

¹⁰⁶ HARARI, Yuval Noah. Sapiens: Uma breve história da humanidade. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 50-61.

¹⁰⁷ CORRÊA, Fabiano Simões. Um estudo qualitativo sobre as representações utilizadas por professores e alunos para significar o uso da internet. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, 2013, p. 17-18.

¹⁰⁸ União Internacional De Telecomunicação. World Telecommunication/ICT Indicators Database, 2019.

¹⁰⁹ ANTONIUK, Florence Serpa. Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet segundo a legislação brasileira. Monografia (Graduação em Direito), Universidade Federal do Paraná, 2004, p. 38. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49475/M408.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 mar. 2022.

e repetitivos cliques; b) pode o indivíduo acessar diretamente um site de uma loja online, fornecendo diretamente sua intenção, através de cliques, para estabelecer o contrato eletrônico com o objeto serviço ou produto; c) o ser é destinatário de uma publicidade, podendo clicar em uma aba que o leva para a loja online e hospedada, para fazer uma aquisição de produto ou serviço.

Logo, o contrato eletrônico existencial, para existir, exige uma comunicação interativa, consistente em uma declaração de vontade (esquivada de quaisquer erros de consentimento) duma parte enviada à outra, direta ou indiretamente, que, no fim, faz gerar a conclusão de um pacto.¹¹⁰

Ezequiel Cunha engrossa o couro quando dispara que o contrato eletrônico interativo há uma relação envolvendo um humano e um software, que, no mais das vezes, representa o empresário; é que aquele visa contratar um bem ou serviço, já o empresário, sendo representado pelo software, deseja fornecer aquele tais objetos (produto ou serviço), de tal modo que tal relação se dá através de aceitação dos termos e condições, ou seja, pelos repetitivos cliques.¹¹¹

O contrato eletrônico existencial “se dá quando o sistema computacional tenha em si uma proposta inequívoca e completa bastando apenas a aceitação para formar o contrato”, ou seja, para que ele seja celebrado é necessário, por derradeiro, o consentimento de qualquer ator envolvido na cadeia contratual; e, vale ressaltar, o empresário é, no mais das vezes, representado por um software, cabendo ao aceitante apenas fornecer repetitivos cliques.¹¹²

Sobre tal interatividade, Brancher alega:

A manifestação da vontade é enviada por uma pessoa, por meio da transmissão eletrônica de dados, sendo que um sistema informático recebe a comunicação e envia automaticamente uma resposta. Constitui, pois, o resultado de uma relação de comunicação estabelecida entre uma pessoa e um servidor de aplicação. Esta é, de fato, a forma mais utilizada para efetivar as contratações eletrônicas, estando os programas de computador previamente programado para exibir catálogos, ofertar produtos, serviços, recolher informações, possibilitando ao usuário escolher os itens de compra, preencher os formulários indicados e declarar sua aceitação, autorizando o débito no cartão de crédito ou em sua conta corrente bancária.¹¹³

¹¹⁰ MASSI, Eva Dubrini; MASSI, Watson Maranhão. A internet e os Contratos Eletrônicos. Cadernos de Direito, v. 6, n. 11, 2006, p. 45. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/download/649/215>. Acesso em: 03 mar. 2022.

¹¹¹ CUNHA, Ezequiel Jacintho da. O direito do consumidor e os contratos eletrônicos. Monografia (Graduação em Direito), Univali, 2010, p. 65-66. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Ezequiel%20Jacintho%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2022.

¹¹² CANELLO, Julio. Os contratos eletrônicos no direito brasileiro: comentários sobre o tempo e lugar da formação contratual. Sociais e humanas, v. 20, n. 01, 2007, p. 19. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/sociaischumanas/article/view/902>. Acesso em: 03 mar. 2022.

¹¹³ BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. Contrato eletrônico. Tomo Direito Comercial, 2018.

Ainda que o contrato eletrônico existencial tenha um software fazendo a intermediação, não se pode perder de vista que tal tecnologia é mera gestora dos interesses do empresário que, de fato, tem o produto ou serviço, bem como que estabelece as regras e os princípios. Logo, no fundo, o contrato eletrônico existencial é celebrado entre uma pessoa humana e um terceiro proponente, que é uma pessoa jurídica ou pessoa física.

Compartilhando do mesmo entendimento, a doutrina destaca que tal espécie contratual (eletrônica) existe quando há participação do adquirente de produto ou serviço e do empresário, que está sendo representado por um software com programação para uma contratação mais célere e eficiente, ao menos sobre o ponto de vista do objeto patrimonial.¹¹⁴

O contrato eletrônico existencial também pode ser celebrado de modo interpessoal. Martins e Depieri entendem que ele se forma através de equipamento tecnológico, porém é necessário que cada parte participe diretamente fornecendo o consentimento, através de chat's, e-mail's e demais programas.¹¹⁵

Difere do contrato eletrônico existencial interativo, afinal neste existe um software representando o interesse do que atua no mercado fornecendo ou colocando em circulação bens ou serviços, já naquele acima há uma tratativa direta. Gize-se que o contrato eletrônico existencial é interpessoal porque ambos os contratantes fornecem o consentimento, havendo objetividade, sem intermediação de uma inteligência artificial (IA) ou de um software.

“Nos contratos interpessoais, previamente à contratação eletrônica, ocorre a comunicação entre as partes, pessoas jurídicas ou físicas, tanto no momento da proposta, quanto da aceitação e concretização do acordo”.¹¹⁶ Utilizando-se da contratação eletrônica existencial, as partes fornecem diretamente o consentimento para se vincularem em uma cadeia de direitos e deveres.

Nadando nas mesmas águas, Roberto Rocha elucida:

¹¹⁴ CERVO, Amauri; SILVA, Rosane Leal da. Os contratos interativos e a nova economia virtual: panorama do tema a partir dos julgados do tribunal de justiça do Rio Grande Do Sul. XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2015, p. 12. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anaais/index.php/sidspp/article/viewFile/13050/2200>. Acesso em: 03 mar. 2022.

¹¹⁵ MARTINS, Gustavo Aurélio; DEPIERI, Angelo Antonio. Contratos eletrônicos e sua relação com a atual legislação brasileira. XXV Congresso do CONPEDI, 2016, p. 21. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/iw7x844x/0F6QhtQAA8S5l40R.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2022.

¹¹⁶ MOREIRA, Luiz Henrique. A proteção do consumidor e a responsabilidade civil no comércio eletrônico à luz do código de defesa do consumidor. Monografia (Graduação em Direito), Universidade de Brasília, 2013, p. 31. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/4716/1/2013_LuizHenriqueMoreira.pdf. Acesso em: 04 mar. 2022.

Embora não muito comum, existe ainda a possibilidade de contratação interpessoal [...]. Nesse caso, a comunicação entre as partes é direta, sem defasagem de tempo significativa, porque as duas partes estão on-line, isto é, ambas estão conectadas à rede simultaneamente. Assim, tudo se passa como se os contratantes estivessem frente a frente.¹¹⁷

Não se pode perder de vista que, em se tratando do contrato eletrônico existencial interpessoal, há o objeto primordial dado pessoal. Logo, para ser aquela espécie contratual, necessário é observar outros requisitos, especialmente o de que o dado pessoal é um objeto inserido na cadeia de direitos e deveres.

Não existindo o tratamento de dado pessoal, não se cogita de contrato eletrônico existencial interpessoal ou interativo, apenas de uma contratação à distância. Em termos concretos, caso existir cláusula permitindo o tratamento de dado pessoal, automaticamente o contrato eletrônico passa à natureza existencial.

Sobre tal contrato eletrônico interpessoal, Santolim descreve que um aparelho tecnológico é necessário para a sua concretização, afinal, por exemplo, o computador servirá como um meio para o fim, que é a contratação; e, ainda assim, há a conjunção de duas intenções diretamente, não indiretamente, como no caso do interativo.¹¹⁸

Concretiza o contrato eletrônico pela direta vontade do fornecedor e do que está adquirindo um produto ou serviço, em que pese ser no ambiente da internet. Para isso, utiliza-se de equipamento tecnológico, como um celular, um computador ou um tablet. Não se descaracteriza a pessoalidade pelo uso de tecnologia, mas sim pela ausência de declaração de vontade direta para a feitura do negócio.

Para Rosenvald e Cristiano Chaves:

Praticamente se converte o contrato em uma negociação unilateral, em silêncio e visual. Reputa-se a aceitação virtual como conduta social típica, na qual um simples tocar nos teclados e um direcionar do mouse a um click importa aquiescência à contratação e um simples continuar no site, sem protestar ou cortar a conexão, significa uma declaração tácita de vontade.¹¹⁹

¹¹⁷ ROCHA, Roberto Silva da. Sites de comércio eletrônico e a responsabilidade pela intermediação no ambiente digital. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 106. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5437/000515351.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 mar. 2022.

¹¹⁸ SANTOLIM, César Viterbo Matos. Formação e eficácia probatória dos contratos por computador. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 24-25.

¹¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral e Contratos em Espécie. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 117.

O cenário para a celebração do contrato eletrônico existencial é inovador. Em vez do indivíduo fornecer sua assinatura física em um papel, utiliza-se de gestos típicos para a formação do contrato.

Com precisão, tais gestos típicos são, conforme já visto, aceitos socialmente, afinal são praticados massivamente pelas pessoas, independente de onde elas estiverem. Seja no Brasil ou nos Estados Unidos, o contrato eletrônico, incluindo o de adesão, se forma com a presença de gestos, principalmente com a clickwrap agreements.

Em decorrência deste cenário, emerge na sociedade um padrão de conduta social, que é a de estabelecer contratos através de repetitivos cliques, sem fornecimento de assinaturas físicas.

Engrossando o caldo, Pierazzo e Gabriel Aguiar Borges elucidam:

o contrato eletrônico se refere a uma relação contratual realizada por meio de uma transação eletrônica, onde as partes manifestam sua vontade por intermédio de um computador, onde tal manifestação também pode ocorrer entre um sistema informatizado ou entre duas pessoas em plataformas de compra e venda, por exemplo.¹²⁰

Percebe-se, portanto, que a manifestação de vontade do indivíduo, quando do estabelecimento do contrato eletrônico existencial, se concentra na figura dos repetitivos cliques, seja através de um computador ou de um aparelho com sensor de toque. Assim, em que pese a contratação poder ocorrer por pessoalidade, o comum é a interatividade, caracterizada pela representação do empresário por software, o que, em pano de fundo, é literalmente uma atuação em prol do rol de interesses.

Justamente por isso, Adam Gatt elucidada:

Online agreements have come to be known as ‘click-wrap’ agreements and their usage has paralleled the growth of the Internet itself, so much so that they are now very much ubiquitous. The term ‘click-wrap’ is derived from the fact that in the online context, acceptance occurs when the consumer assents to the terms and conditions by typing ‘I Agree’ or much more commonly, simply mouse-clicking an ‘I Accept’ or similar button or icon (‘the Accept icon’). In this way, prior to the supply of its goods or services, the online vendor usually displays its terms and conditions pursuant to its offer and in order to proceed with the transaction the

¹²⁰ PIERAZZO, Ketlen Caroline Soares; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Ensaio sobre alguns aspectos teóricos do comércio eletrônico e a proteção do consumidor. In: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords.); BORGES, Gabriel de Oliveira Aguiar; REIS, Guilherme (Orgs.). Fundamentos de direito digital: a ciência jurídica na sociedade da informação. Uberlândia: LAECC, 2020, p. 233.

consumer or subscriber must assent to be bound by those terms and conditions by express conduct of clicking the Accept icon.¹²¹

O consentimento para adquirir um produto ou um serviço é exteriorizado por meio de repetitivos cliques, em regra. Logo, utilizando-se de sistemas eletrônicos e da clickwrap agreements, o aceitante e o proponente se vinculam em uma cadeia contratual, repleta de direitos e obrigações. Não é atoa que Alessandro Brito comenta que, em se tratando desta espécie contratual, o consentimento é criado a partir de repetitivos cliques.¹²²

Se celebra o contrato eletrônico existencial através do mecanismo de clickwrap agreements, ou seja, é através de repetitivos cliques que o aceitante consegue concretizar a proposta do proponente.

Assim como o contrato eletrônico, o contrato eletrônico existencial também pode ter objetos patrimoniais sendo adquiridos, como, por exemplo, um serviço de telefonia ou um objeto para se vestir. Entretanto, o que lhes diferencia é a presença de cláusulas que permitem o tratamento de dados pessoais do aceitante, motivo pelo qual tendo tais regras se cogita do negócio eletrônico existencial, não apenas eletrônico.

Ainda assim, na contratação eletrônica existencial se percebe a utilização da ferramenta “clickwrap”, que simboliza a concordância, ao menos sobre o ponto de vista da presunção, do indivíduo com todos os termos e condições. Sobre o consentimento presumido, Fidel Ernesto Espinel destaca que ele se caracteriza porque a declaração de vontade do indivíduo faz gerar a presunção de que está concordando com todos os termos e condições; e, vale ressaltar, tal modalidade se difere do consentimento real, que é, de fato, a anuência com todas as regras atinentes do negócio, seja ele de lucro, existencial ou eletrônico existencial.¹²³

É no contrato eletrônico existencial que se utiliza, como regra quase que absoluta, o consentimento presumido, afinal o indivíduo concorda com os termos e condições, gerando a presunção de aceitação integral das regras. O impasse está no seguinte: almejando adquirir um bem ou um serviço, aceita os “termos e condições”, típicos da clickwrap agreements, porém,

¹²¹ GATT, Adam. Electronic Commerce - Click-wrap agreements: The enforceability of click-wrap agreements. Computer Law e Security Report, v. 18, n. 6, 2002, p. 405. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2056275/mod_resource/content/1/enforceability%20of%20clickwrap%20\(Adam%20Gatt\).pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2056275/mod_resource/content/1/enforceability%20of%20clickwrap%20(Adam%20Gatt).pdf). Acesso em: 04 mar. 2022.

¹²² BRITO, Alessandro Vicente de. Os contratos no comércio eletrônico (uma análise sobre a sua validade). Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p. 38. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8181/1/Alessandro%20Vicente%20de%20Brito.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2022.

¹²³ ESPINEL, Fidel Ernesto Usma. El consentimiento en los contratos en línea B2C y su protección bajo la ley colombiana: Assent to online contracts business to consumer and its protection under colombian law. Cuadernos de la maestría en derecho, n. 5, 2016, p. 293-294. Disponível em: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/997>. Acesso em: 04 mar. 2022.

em um efeito dominó, tem seus dados pessoais sendo alvo de tratamento, afinal havia regra para tanto.

Logo, o indivíduo está com a intenção em uma direção, entretanto a sua aceitação pela clickwrap representará, para o empresário, a presunção de que permitiu o tratamento no tratamento de seu rol de dados pessoais. Logo, há um consentimento presumido, não real. Esta é a regra.

Neste sentido, a doutrina firma o entendimento:

O artigo 107 do Código Civil dispõe que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei exigir”. Assim, a prima facie, o clickwrap é uma forma legítima de expressar o consentimento para a formação de um negócio jurídico eletrônico. É presumível, sob o ponto de vista normativo, que [...] está consentindo internamente e externamente com todas as cláusulas. A posteriori, tem-se [...], no mais das vezes, não possui consciência de que suas informações personalíssimas serão coletadas e compartilhadas pelos empresários, ao dar um click. [...] Celebra o contrato eletrônico para adquirir um produto ou serviço, não ceder dados privados. Por este motivo, temos que a click wrap é uma forma de aceitação contratual incompleta, pois falta tanto o elemento cognitivo de sabedoria completa de termos [...] quanto a intenção e declaração de vontade para permitir terceiros de lhe tratarem como um produto, coletando suas informações privadas.¹²⁴

Portanto, quando da celebração do contrato eletrônico existencial, percebe-se que existe um vício de consentimento, afinal o indivíduo tem seu rol de dados pessoais sendo tratado pela presunção, porque simplesmente “aceitou” os “termos e condições”. Neste íterim de contratação à distância, Rosenvald e Cristiano Chaves destacam: “No que toca ao aceitante, também não interessa tanto a sua vontade em comparação à confiança que despertou ao aceitar”.

De fato, ao se observar que o consentimento presumido, para a celebração do contrato eletrônico existencial, é o utilizado, a declaração volitiva não é tão relevante quanto outros aspectos, como a celeridade e o menor custo dos produtos ou serviços oferecidos no ambiente da digital.

Partindo de todo o exposto, verifica-se que o contrato eletrônico existencial poderá ser celebrado de modo interpessoal ou intersistêmico, desde que, é claro, o objeto dado pessoal seja um conteúdo presente no pacto.

¹²⁴ BASAN, Arthur Pinheiro; OLIVEIRA, Andréa Luísa de; COUTO, José Henrique de Oliveira. O elemento volitivo do consumidor frente à coleta de dados pessoais nos contratos eletrônicos e o paradigma do consentimento. Revista Jurídica Cesumar, v. 21, n. 3, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9848/6889>. Acesso em: 04 mar. 2022.

6.2 O contrato eletrônico existencial e a coleta de informações pessoais: Reflexões a partir da clickwrap

Inexistem doutrinas dispondo sobre o que é contrato eletrônico existencial, entretanto podemos lhe classificar como um instrumento para a pessoa humana, com seus dados pessoais, servir como meio, afinal sua vida privada será tratada para outras finalidades, especialmente as econômicas, como fomento de marketing.

Porém, o contrato eletrônico existencial também é um instrumento de concretização da pessoa humana, afinal serve para garantir uma efetividade do indivíduo. Isto porque, com tal arranjo contratual de três cliques (ver capítulo IV) o indivíduo consegue, exercendo sua autodeterminação informativa, exercer um controle maior sobre a sua vida privada.

Logo, o contrato eletrônico tem dois lados de moeda: na coroa é responsável pelo tratamento de dados pessoais, incluindo aí aqueles sensíveis à luz do caso concreto e da potencialidade de gerar danos à personalidade; e na cara é responsável pelo ser controlar o que, quando e como o rol de dados pessoais podem ser tratados.

Na contratação eletrônica existencial os objetos são os dados pessoais, definidos pela doutrina como “fundamentais para o desenvolvimento pessoal, garantindo condições existenciais e dignas para os sujeitos viverem com a personalidade preservada”.¹²⁵ De fato, os dados pessoais servem à tutela da pessoa humana, pois delineiam os traços subjetivos, objetivos, individuais, coletivos, sociais e econômicos do titular, e, por isso, demandam uma proteção a nível efetivo.

O indivíduo torna-se um meio para o empresário atingir o fim, que geralmente é econômico. É meio porque seu combo de dados pessoais, sejam eles sobre ordem financeira, risco de crédito, saúde física ou mental, gostos, ideologias e afins, é alvo de um extenso tratamento de dados.

Com efeito, existem dois principais tratamentos: coleta, consistente na extração de informação sobre a personalidade da pessoa e sua relação com o mundo exterior;

¹²⁵ COUTO, José Henrique de Oliveira; COELHO, Luciana Zacharias Gomes Ferreira. A monitoração eletrônica e o silêncio do consumidor como manifestação de recusa na coleta de dados pessoais. Revista de Direito e as novas tecnologias, v. 10, 2021, p. 05. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017fcdc934aae9e72bd8&docguid=1a82cffb0887311ebaf19a6d7935322e0&hitguid=1a82cffb0887311ebaf19a6d7935322e0&spos=16&epos=16&td=3780&context=71&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 27 mar. 2022

compartilhamento, consistente na tramitação imaterial e material dos dados entre os diversos meios tecnológicos.

Ao celebrar o contrato eletrônico existencial o indivíduo torna-se refém da vigilância eletrônica, afinal, infelizmente, um click representa o consentimento presumido, não livre, informado e inequívoco, com todos os “termos e condições”. Assim, nos atuais moldes do contrato eletrônico existencial, o click é um instrumento de concretização da vigilância eletrônica, afinal, por fornecer o elemento volitivo presumido, acaba tornando apto o tratamento feito pelo empresário digital.

Dito de outro modo, ao estabelecer um contrato eletrônico existencial o indivíduo exala um consentimento viciado. Apesar de ser desferido por agente legítimo, observada a questão jurídica de representante ou de assistente, o consentimento é viciado porque é destinado para o objeto econômico (produto ou serviço), não para os dados pessoais do contratante serem alvos de “tratamentos”.

Assim, inexistente um consentimento livre, informado e esclarecido quando da celebração do contrato eletrônico existencial. Em realidade, levando-se em consideração que o elemento volitivo é fornecido para concretização do conteúdo patrimonial, não existencial (tratamento de dados pessoais), há um consentimento com defeito.

É neste contexto que é essencial um contrato eletrônico existencial com, no mínimo, três cliques, nos moldes dos descritos no capítulo IV.

De todo modo, seja o contrato eletrônico existencial como nos moldes de hoje (1 click) ou com, no mínimo, três cliques, fato é que o mesmo é celebrado através da clickwrap, uma ferramenta digital a ser marcada para representar o “consentimento”.

No caso do contrato existencial eletrônico de três cliques, dois cliques representarão a autodeterminação informativa para o empresário digital tratar os dados pessoais do titular. Ora, conforme se verá no capítulo IV, um click representará o consentimento para o ofertante coletar e realizar outras operações internas, já o outro será para o empresário digital poder compartilhar com terceiros, incluindo para realizar atividade econômica.

A clickwrap, portanto, é uma ferramenta do contrato eletrônico existencial. É ela a responsável pelo empresário digital poder coletar ou/e compartilhar os dados pessoais do indivíduo.

Capítulo II: Do contrato liberal ao contrato existencial: Reflexões à luz do direito civil contemporâneo

“A essência da filosofia liberal é a crença na dignidade do indivíduo, em sua liberdade de usar ao máximo suas capacidades e oportunidades de acordo com suas próprias escolhas, sujeito somente à obrigação de não interferir com a liberdade de outros indivíduos fazerem o mesmo”. (Milton Friedman)

“o único propósito da existência humana é acender uma luz na escuridão da mera existência”. (Carl Jung)

1 Contrato liberal e influências do liberalismo econômico e estatal

A idade média certamente foi um tempo inesquecível à humanidade, não apenas por ter a religião como fator dominante na política, mas também por seus elementos, em massa, serem dominados por aquela. É neste momento que os poderes, as instituições, a economia, os hábitos, enfim, todos os fatores reais de poder e elementos ontológicos, eram influenciados pela doutrina da religião, principalmente a católica.

Neste período, a nobreza também exercia influência na organização coletiva. Por isso, Leo Huberman alega que “o clero e a nobreza constituíam as classes governantes”, afinal “controlavam a terra e o poder que delas provinha”.¹²⁶

Na idade média, em suma e com destaque para o Ocidente, a pedra angular restava-se consolidada na religião. Não obstante o poder político ser reservado, principalmente, para o clero, a nobreza também exercia papel fundamental, com sua elevada casta.

Sobre os contratos nesta época, Marco Flávio de Sá destaca:

Estabelecidos os princípios da Autonomia da Vontade e do Consensualismo na Idade Média, o contrato estava consolidado como o instituto clássico destinado à regulação dos diversos negócios jurídicos existentes, independentemente da sua natureza ou classificação. O período da Idade Média, contudo, não foi profícuo no que concerne a outros significativos avanços na concepção de contrato, além do estabelecimento dos princípios acima referidos.¹²⁷

Entretanto, ainda assim, sequer foram evolutivas, para a teoria contratual, as concepções de Consensualismo e autonomia de vontade. Prova disto é a entrada, na idade moderna, da suprema *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos).

¹²⁶ HUBERMAN, Leo. História da riqueza do homem. São Paulo: Zahar, 2014, p. 14.

¹²⁷ FLÁVIO DE SÁ, Marco. Contrato: um conceito em construção. Revista Eletrônica de Direito Do Centro Universitário Newton Paiva, n. 19, 2012, p. 59. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/D19-05.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2021.

Em apertada síntese, na idade média existia uma sociedade de castas, baseada em uma hierarquia não movente. Pessoas nasciam numa casta e ali morreriam, e, então, por exemplo, se a pessoa nascia pobre, era quase que uma absoluta certa que também morreria pobre.¹²⁸ Neste momento o contrato não sofrerá grandes modificações no que tocam as características, conforme já visto.

Outro ponto que merece destaque é a forte presença, na baixa idade média, do modelo do absolutismo, onde a figura do “rei” concentrava um enorme poder, principalmente econômico, político e social.¹²⁹ No absolutismo o indivíduo era considerado um mero súdito, devendo se submeter a figura do rei, que concentrava um poder sobre o arranjo coletivo.

Em termos concretos, nesta fase da baixa idade média, o indivíduo era visto, ao que tudo indica, como um mero animal que se sujeita ao poder de um rei, não como uma pessoa humana, portadora de direitos objetivos e subjetivos. Na figura do rei concentrava o poder, poder este que lhe dava a concentração de gestão na economia, política e sociedade. Nos dizeres de Arruda, o rei “exercia de fato o poder: baixava leis, organizava a justiça, arrendava a cobrança de impostos, mantinha o exército, nomeava funcionários, tudo em nome do estado que representava”.¹³⁰

“O Estado sou eu”, uma frase que representa bem este período milenar caracterizado pelo poder concentrado na figura do rei.

Frente a tais situações é que surgiu o liberalismo, enquanto antítese a tese vigente da época. Donald Stewart consagra que “o liberalismo surgiu, gradativamente, como uma forma de oposição às monarquias absolutas e ao seu correspondente regime econômico, o mercantilismo”.

O mercantilismo, sem dúvidas, fora um avanço para a rede comercial, porquanto aumentou a conexão de nações através de trocas. Entretanto, também se pode dizer que este

¹²⁸ Ainda assim, vale ressaltar que esta regra não era uma verdade absoluta, inquestionável. Na atual zona da Alemanha, entre os séculos X e XIII, muitos indivíduos pobres começavam a “cumprir tarefas administrativas e militares nas propriedades da Igreja e dos nobres”, conseguindo, após esforços consideráveis, um patrimônio razoável. Era uma exceção em meio a regra, que era a de que não havia mobilidade social. ROLLO, José Henrique. Mobilidade social na idade média: um breve estudo sobre os ministeriales na Alemanha. Revista de Ciências Humanas, v. 47, n. 2, 2013, p. 293-294. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/download/2178-4582.2013v47n2p289/27310/114775>. Acesso em: 08 dez. 2021.

¹²⁹ ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. O absolutismo e sua influência na formação do Estado Brasileiro. Revista dos Tribunais, v. 969, 2016.

¹³⁰ ARRUDA, José Jobson de Andrade. História Moderna e Contemporânea. São Paulo, Ática, 1974, p. 61-62.

regime figurava como protecionista de certas pessoas, tendo em vista que, não raramente, dependiam do aval do rei para explorarem determinadas atividades comerciais.¹³¹

Olhando tais cenários, o de absolutismo e o de um mercado protecionista, compreensível se torna o surgimento do liberalismo, com seu pilar basilar na livre iniciativa. Abandona-se, gradualmente, um protecionismo de mercado para instaurar um mercado balizado pela “mão invisível”.

A livre iniciativa, menciona Sacchelli, alavanca “a possibilidade da vivência com o valor liberdade jurídica que se manifesta nas ações humanas no domínio econômico”.¹³² É que, com o liberalismo vigente, ainda que no início, a livre iniciativa se solidificou na realidade, sustentando seus efeitos, com precisão, no âmbito da economia.

No mercado balizado pela liberdade a livre iniciativa funciona como uma construção-base, porquanto concede, para o comerciante, a aptidão física e intelectual, respectivamente, de exercer seus atos de comércio, podendo comprar, vender e fazer permuta de bens e serviços; e, também, de pensar como realizará suas operações mercantis.¹³³

Enquanto no mercantilismo existia uma intervenção econômica nas ações voluntárias, principalmente de cunhos protecionistas, no liberalismo o comerciante deveria, com base em sua cautela, conhecimento e livre iniciativa, buscar seu objetivo econômico, maximizando o lucro.

“A livre iniciativa garante ao ser humano o direito de atuar livremente no segmento econômico que preferir e, ainda, assegura ao proprietário a liberdade de dispor de seus bens, da maneira que melhor lhe aprouver”, nos ditames de Henrique Viana.¹³⁴

Outra umbilical característica do liberalismo econômico repousa-se na ação humana. O pai da teoria da ação humana, no âmbito econômico, é o Ludwig Von Mises. Para ele, ação humana é um comportamento voluntário, isto é, o sujeito, posicionando-se no tempo e espaço e utilizando seus conhecimentos obtidos na vida, realiza uma ação voluntária, com uma finalidade.¹³⁵

¹³¹ SACCHELLI, Roseana Cilião. A livre iniciativa e o princípio da função social nas atividades empresariais no contexto globalizado. Revista da AJURIS, v. 40, n. 129, 2013, p. 251. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/315/250>. Acesso em: 09 dez. 2021.

¹³² SACCHELLI. Op. cit., p. 257.

¹³³ FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. Uma análise do inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal. Revista da PGBC, v. 12, n. 2, 2018, p. 61. Disponível em: <https://revistapgbc.bcb.gov.br/revista/article/download/967/21/573>. Acesso em: 09 dez. 2021.

¹³⁴ PEREIRA, Henrique Viana. A função social da empresa. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2010, p. 37. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraHV_1.pdf. Acesso em: 09 dez. 2021.

¹³⁵ Nos dizeres de Von mises: “Ação humana é comportamento propositado. Também podemos dizer: ação é a vontade posta em funcionamento, transformada em força motriz; é procurar alcançar fins e objetivos; é a

Ele defende: “ação é a manifestação da vontade humana. [...] Porque o termo vontade significa nada mais do que a faculdade do homem de escolher entre diferentes situações; preferir uma, rejeitar outra, e comportar-se em consonância com a decisão tomada”.¹³⁶ Por óbvio, toda ação, voluntária, logo racional, gera uma consequência, devendo esta ser suportada pelo que praticou um ato, na realidade.

A ação humana, ainda que mais valorizada no liberalismo econômico, no fundo, esteve presente desde épocas antigas. Hayek, tratando sobre a evolução do mercado e da civilização e do uso da razão e do instinto, descreve:

O comércio com certeza surgiu bem cedo, e o comércio a grandes distâncias, e de artigos cuja fonte os comerciantes nele envolvidos provavelmente não conheciam, é bem mais antigo do que qualquer outro contato entre grupos remotos que possa ser traçado hoje. A arqueologia moderna confirma que o comércio é mais antigo que a agricultura ou qualquer outro tipo de produção regular. Na Europa, existem evidências de comércio a enormes distâncias já na Era Paleolítica, há pelo menos 30 mil anos.¹³⁷

Pelo exposto, lúcido fica que, já na era paleolítica, por exemplo, existia ação. Não era uma ação como a de hoje, claro, tendo em vista que, à época, os conhecimentos eram limitados. Se, hodiernamente, abrimos um aplicativo no celular, temos acesso a uma gama de notícias no setor econômico, o que pode influenciar na tomada de nossa ação. Tanto é verdade que, a título de exemplo, em 7 de Fevereiro de 2019, a ação da vale (vale 3) era cotada em quase R\$55,00 reais, já, posteriormente ao rompimento da barragem, fora para quase R\$35,00.¹³⁸ Certamente um aplicativo de notícia no celular auxiliou, e muito, na tomada de decisão de uma coletividade acerca da compra ou venda de ação.

Fica cristalizado, portanto, que a informação é um importante fator para a tomada de uma ação, especialmente em uma sociedade 4.0, a sociedade em rede, como já dito por Manuel Castells.

Outro fator que limita a ação é o uso da razão. Yuval Harari descreve que, entre 70 e 30 mil anos atrás, houve uma revolução cognitiva, abrindo novos horizontes para o gênero

significativa resposta do ego aos estímulos e às condições do seu meio ambiente; é o ajustamento consciente ao estado do universo que lhe determina a vida. Estas paráfrases podem esclarecer a definição dada e prevenir possíveis equívocos. Mas a própria definição é adequada e não necessita de complemento ou comentário”. VON MISES, Ludwig. Ação humana. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010, p. 35.

¹³⁶ Von Mises. Op. cit., p. 35.

¹³⁷ VON HAYEK, Friedrich August. Os erros fatais do socialismo: Por que a teoria não funciona na prática. Barueri: Faro Editorial, 2017, 19-60.

¹³⁸ RIVAS, Katherine. 2 anos após Brumadinho, Vale dobra de tamanho, mas ferida continua aberta. Invest News, 25 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://investnews.com.br/geral/2-anos-apos-brumadinho-vale-dobra-de-tamanho-mas-ferida-continua-aberta/>. Acesso em: 09 dez. 2021.

“Homo”.¹³⁹ Um desses novos horizontes fora a capacidade cognitiva para, antes de realizar uma ação, pensar. Hodiernamente, graças a capacidade cognitiva, a pessoa realiza uma ação, no âmbito de comércio, e, antes disso, tem a possibilidade de refletir sobre as vantagens, desvantagens e possíveis efeitos.

Assim, se colocássemos neandertais, evolução da espécie “Homo”, datado de 500 mil anos atrás, na atualidade para fazer a compra de uma ação em uma sociedade empresária que está munida de impasses em âmbito administrativo, civil e penal, em decorrência do rompimento de uma barragem, o mesmo atuaria com o instinto, não com a razão.

Logo, resta-se claro que a capacidade cognitiva é um importante fator para a tomada de uma ação humana. O custo de pensar, que consome 25% da energia de um corpo sob o véu do descanso, é relevante à tomada de ação.¹⁴⁰

Outra característica umbilical do liberalismo econômico é a tal da “propriedade”. Hoppe, tratando sobre a história do homem, descreve que, há 50 mil anos atrás, os objetos pessoais, especialmente os de usos particulares, já tinham proprietários.¹⁴¹ E arremata que eram particulares as lâminas, as agulhas, os anzóis e os alfinetes, dentre outros objetos de uso próprio.

Entretanto, não se pode esquecer que a propriedade privada, neste tempo, era uma exceção. A regra era ter multipropriedade sobre um objeto, tendo em vista que o mesmo, no mais das vezes, era adquirido pelo grupo.¹⁴² Hoppe descreve a propriedade coletiva como uma espécie de socialismo primitivo. É razoável esta ideologia.

Na visão de Locke: “Embora a Terra e todos os seus frutos sejam propriedade comum a todos os homens, cada homem tem uma propriedade particular [...]; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo”.¹⁴³ Comentando tal posicionamento da propriedade, Norberto Bobbio entende que Locke considerava-a como um direito natural, próprio da esfera da pessoa.¹⁴⁴

¹³⁹ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: Uma breve história da humanidade*. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 39.

¹⁴⁰ HARARI. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁴¹ HOPPE, Hans-Hermann. *Uma Breve História do Homem: Progresso e Declínio*. Traduzido por Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM editora, 2018, p. 41.

¹⁴² *Ibidem*, p. 27.

¹⁴³ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martins Claret, 2002, p. 38.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Brasília: UNB, 1997, p. 188.

A propriedade era traço marcante do liberalismo econômico oitocentista. João Mendes comenta que a propriedade era um direito natural no Ocidente, na época do liberalismo.¹⁴⁵ De fato, em se tratando de liberalismo, a propriedade era umbilicalmente ligada ao homem, podendo lhe ser retirada apenas com um prévio consentimento.

A propriedade está para o ser, assim como o ser está para a propriedade, uma metáfora que resumia bem como, no liberalismo, a propriedade se comportava. É que, conforme exposto, o indivíduo nascia com direitos naturais, logo intrínsecos a sua esfera. Um destes direitos, em uma visão Lockean, era o da propriedade. O patrimônio móvel ou imóvel se incorporava na esfera da personalidade, é isso.

Sobre a propriedade no liberalismo, Orlando Gomes comenta que seu:

conceito unitário da propriedade é restaurado e os poderes que ela confere são exagerados, a princípio, exaltando-se a concepção individualista. Ao seu exercício não se antepõe restrições, senão raras, e o direito do proprietário é elevado à condição de direito natural, em pé de igualdade com as liberdades fundamentais.¹⁴⁶

De fato, no liberalismo a propriedade era absoluta, vinculada ao homem, para o homem. Expressão correta para designá-la é a “absolutividade”. A propriedade é absoluta porque não comporta restrições, sendo um direito natural, inviolável pelo simples fato de pertencer a um proprietário.

Outra característica do liberalismo econômico é a mínima participação do Estado. Trata-se de “Laissez-faire”, expressão que representa a ausência do Estado na realidade econômica. Guiando-se o mercado pela “mão invisível”, não deve o Estado, com suas políticas públicas, interferir, pelo contrário, ter-se-á que adotar uma conduta omissiva.¹⁴⁷

Quer dizer, frente a um mercado, baseado em trocas voluntárias, o Estado tem que se abster de interferir no ciclo econômico, e, por exemplo, deve respeitar a ordem natural, advinda da mão invisível, de que o preço se forma pela lei da oferta e da demanda. Neste caso em tela, há a aplicação filtrada de “Laissez-faire”, vez que o Estado se balizará com a finalidade de ser omissor, deixando o mercado se regular de acordo com as tendências dos próprios sujeitos que nele se inserem.

¹⁴⁵ MENDES, João Augusto Ribeiro. O conceito de propriedade. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 1994, p. 105. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30386552.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

¹⁴⁶ GOMES, Orlando. Direitos Reais. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 111.

¹⁴⁷ CENCI, Ana Righi; BEDIN, Gabriel de Lima; FISCHER, Ricardo Santi. Do liberalismo ao intervencionismo: O estado como protagonista da (Des) regulação econômica. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 4, p. 77-97, 2011, p. 80. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/cenci.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2021.

Neste Estado liberal “o “mercado” seria uma instituição capaz de “transformar” o auto-interesse individual em benefícios sociais, sem a necessidade” de intervenção estatal.¹⁴⁸ Ora, o Estado terá justamente que se abster de interferir na economia, e os agentes que realizam trocas voluntárias, usando de conhecimentos, tempos e recursos escassos, devem operar individualmente, no sentido de não possuírem apoio ou restrição de atuação pelo Estado.

Stuart Mill, inclusive, já defendeu que não se deve “interferir nos atos voluntários de uma pessoa, exceto para salvaguardar terceiros”, em “consideração pela sua liberdade”.¹⁴⁹ Em se tratando de um liberalismo estatal, a não interferência vai muito além da consideração pela liberdade, recaindo também na valoração do patrimônio e da responsabilidade individual da escola.

Partindo das premissas de Murray Rothbard, em sua obra “anatomia do Estado”, o ser humano nasce para ser livre, devendo se balizar no mercado de acordo com seus conhecimentos e concepções.¹⁵⁰ É neste cenário que o Estado liberal terá que ser nivelado com a omissão, não podendo interferir no que o desejo de uma pessoa almeja. Costurando estes termos, o Estado liberal, sempre que possível, deverá tutelar o rol de interesses subjetivos, com destaque para os de cunho patrimonialistas, devendo, para tanto, ser omissor.

Parte-se da ideia, por derradeiro, de que a omissão do Estado é uma causa para a consequência de melhor tutela do corpo coletivo. O estatismo liberal “limitar-se para não interferir na vida privada, deve procurar manter os direitos e as liberdades individuais dos cidadãos e, assim, chegar à felicidade plena da nação”, nos moldes de William Eufrásio.¹⁵¹

Ainda tratando sobre o Estado liberal, Juvêncio Silva, com fortes influências de Locke, descreve que se “constrói-se a idéia de liberdade do homem perante o Estado, com base na concepção burguesa de ordem política”, isto é, “os ideais da liberdade burguesa contra os ideais do absolutismo, o indivíduo contra o Estado (privado versus público)”.¹⁵² De fato, o Estado liberal, enquanto contrapartida ao absolutismo jurássico, é estruturado no pilar da individualidade e do que decorre dela, como a propriedade, a liberdade, a livre iniciativa e até mesmo a troca voluntária.

¹⁴⁸ MATTOS, Laura Valladão. As razões do laissez-faire: uma análise do ataque ao mercantilismo e da defesa da liberdade econômica na Riqueza das Nações. Revista de Economia Política, v. 27, n. 1, 2007, p. 109. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/hj3VdCT5hcvP6jtmDBLT4FD/?lang=pt>. Acesso em: 11 dez. 2021.

¹⁴⁹ MILL, John Stuart. On Liberty. Ontario: Batoche Books, 2001, p. 194.

¹⁵⁰ ROTHBARD, Murray N. A anatomia do Estado. Tradução de Tiago Chabert. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012.

¹⁵¹ PEREIRA, William Eufrásio Nunes. Do Estado liberal ao neoliberal. Interface, v. 1, n. 1, 2004, p. 16. Disponível em: <https://ojs.ccsa.ufrn.br/index.php/interface/article/view/10>. Acesso em: 11 dez. 2021.

¹⁵² SILVA, Juvêncio Borges. Do direito liberal ao direito social. Revista Reflexão e Crítica do Direito, v. 1, n. 1, 2013, p. 201. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/download/603/pdf/2145>. Acesso em: 14 dez. 2021.

O Estado liberal, omissivo por sua própria natureza, não tem que interferir na vida particular, como outrora estava sendo experimentado na idade média. Assim, se antes para realizar um comércio internacional um rei precisava fornecer uma autorização especial, em um Estado liberal o sujeito realizará a troca voluntária com autonomia, arcando também com o combo de consequências que da sua ação podem advir.

Tal Estado, portanto, deverá adotar a postura omissiva no que tange a interferência no âmbito humano de comércio. Nos dizeres de Canuto:

No Estado liberal típico dos países capitalistas centrais o que se esperava, de acordo com a ideologia econômica preponderante, era um Estado que devia ser mínimo, apenas intervindo na vida social e no mercado para assegurar as condições estritamente necessárias para que a sociedade e a economia atuassem por si sós; que era justamente a ordem da autoregulação própria da lógica racionalista, e que coincidia com a lógica da autoregulação do mercado.¹⁵³

Em suma, o Estado liberal se balizará, com o máximo de cautela possível, para não interferir no âmbito do negócio jurídico, devendo deixar a “mão invisível” atuar, equilibrando as leis do mercado e gerando, ao menos na teoria, a maximização do bem estar individual.

Fora neste contexto desta espécie de Estado que o contrato liberal consolidou seus institutos, especialmente no que toca a sua valorização a esfera privada, ou melhor, patrimonialista. E “foi no liberalismo do século XIX que se consolidou a idéia de que o contrato baseado no acordo das partes é fonte das obrigações, dando origem à teoria clássica do contrato: a vontade era a única fonte criadora de direitos e obrigações”, nos termos da Gontijo.¹⁵⁴

De fato, o contrato liberal nada mais é do que uma mera representação, indireta, das instituições do Estado pré-moderno, o que era voltado ao âmbito individual, patrimonial. É que tal contrato liberal valorizava quase que exclusivamente a vontade. Neste sentido, a doutrina acima elenca que “as condições deverão ser cumpridas de acordo com o estipulado, daí dizer-se que o contrato faz lei entre as partes”.¹⁵⁵

¹⁵³ COELHO, André Felipe Canuto. O Estado liberal: entre o liberalismo econômico e a necessidade de regulação jurídica. Revista Jurídica UNIGRAN, v. 8, n. 15, 2006, p. 180. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17646/material/O%20Estado%20Liberal%20-%20Entre%20o%20Liberalismo%20Economico%20e%20a%20Necessidade%20de%20Regula%C3%A7%C3%A3o%20Jur%C3%ADdica.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021.

¹⁵⁴ GONTIJO, Maisa Conceição Gomes. Análise do princípio da boa-fé objetiva estatuído no artigo 422 do código civil brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo horizonte, 2009, p. 10. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GontijoMC_1.pdf. Acesso em: 14 dez. 2021.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 11.

À época tal premissa era verdadeira, não sujeita a questionamento. Hodiernamente, um contrato já não se rege mais pelos institutos volitivos, devendo ser observados todos os elementos que compõem um negócio jurídico não apenas em seu plano de existência (agente, vontade, forma e objeto), validade (agente legitimado e capaz, observado o regramento advindo do Estatuto da Pessoa com Deficiência, vontade livre e desembaraçada, forma lícita ou não proibida por lei, e objeto possível, determinado ou determinável), e eficácia (condição, termo e encargo), como também os acessórios que lhe trazem um aspecto mais condizente com a sociabilidade e eticidade, tais como a boa-fé e a função social.

Ainda assim, pode-se afirmar, com absoluta certeza, que o contrato liberal tinha seu cerne no elemento da vontade, vontade esta que lhe fazia ser quase “uma lei”. Cláudia Lima Marques, com precisão, até dispara que o elemento volitivo era o responsável pela qualificação do contrato, nesta época.¹⁵⁶

Fornecendo o elemento “consentimento” para se unir em um contrato liberal, o sujeito estava absolutamente vinculado com as regras advindas daquele instrumento negocial. É a aplicação de o contrato liberal ser um instrumento que cria “uma lei” entre as partes, perdendo sua “eficácia” apenas com o adimplemento dos respectivos débitos. Trocando em miúdos, o contrato liberal, cujo traço marcante é a ação humana de consentir, gerava uma cadeia de obrigações e direitos para todos os envolvidos, sendo seus efeitos extintos apenas quando houvessem, por parte dos agentes, integrais adimplementos.

Marcus Ribeiro e Lislene Aylon alegam que “era vedado ao Estado Liberal a intervenção nas órbitas particulares, sendo assim, a livre expressão da vontade humana era franca produtora de direitos”, em se tratando de esfera contratual.¹⁵⁷ Cabendo ao Estado apenas o ônus de não interferir no âmbito dos negócios jurídicos, logo, o contrato liberal se consagrava como instituto representador da máxima premissa da vontade. E os frutos desta autonomia consensual eram direitos e obrigações, os quais deveriam ser cumpridos à risca, sem qualquer possibilidade de revisão por, há título de exemplo, onerosidade excessiva. Ora, alegavam que, se o sujeito estava consciente e estabeleceu um contrato, deveria honrar seu pacto, cumprindo integralmente seu rol de débitos, ainda que condições futuras lhe implicassem um gravame financeiro.

¹⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39-40.

¹⁵⁷ RIBEIRO, Marcus Vinícius M. C.; AYLLON, Lislene Ledier. O princípio da autonomia privada e seus contornos hodiernos. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 14, n. 1, 2019, p. 362-363. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/595/pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021.

O contrato liberal valorizou excessivamente a autonomia do contratante. Assim, uma vez que o agente fornece sua vontade, se entrelaçando num contrato liberal, adquirindo direitos e obrigações, deverá à risca cumpri-lo. Veja-se que a vontade era o elemento primordial não apenas para a formação desta espécie contratual, como também para buscar seu íntegro cumprimento.

A pedra angular do contrato liberal repousa no elemento volitivo. Ao fornecê-lo para se ligar em um negócio jurídico, o agente só ficará livre novamente após finalizar seus débitos e responsabilidades. É a máxima aplicação da *pacta sunt servanda* - os contratos devem ser cumpridos.

Em se tratando deste contrato liberal, o qual representa, com absolutividade, a *pacta sunt servanda*, os agentes não estão amparados pelo Estado, guiando-se pelos seus conhecimentos e em busca de objetivos particulares, geralmente com cunho patrimoniais.¹⁵⁸ Sobre isto, Jacqueline Cruz Silva e Sérgio Silva elucidam:

Durante os séculos XVIII e XIX, o direito foi marcado por uma orientação individualista. Seu fundamento era a ideia de que todos eram livres para regerem suas vidas de acordo com a própria conveniência, apesar da realidade ser marcada por profundas diferenças sociais e econômicas. O direito contratual estabelecia-se, pois, nas relações contratuais existentes entre pessoas igualmente livres, já que, naquela época, considerava-se que todos eram proprietários, aqueles que não eram detentores de bens de produção ou de capital eram, ao menos, proprietários da própria força de trabalho.¹⁵⁹

Rosenvald e Cristiano Chaves, inclusive, destacam que nesta espécie contratual “o único fundamento da vinculatividade” repousa no elemento volitivo.¹⁶⁰ Faz sentido em um contexto onde o liberalismo valoriza a livre iniciativa e a ação humana, enfim, a liberdade em sentido geral. Tecendo comentários sobre a liberdade no liberalismo, Donald Stewart alega que ela é “entendida como ausência de coerção de indivíduos sobre indivíduos”.¹⁶¹ Portanto, nada mais razoável, em um contexto de mínima intervenção estatal na esfera do particular, do

¹⁵⁸ Capanema até elenca: “Estão aí, portanto, os pilares de sustentação da teoria geral dos contratos no Estado Liberal do século XIX: autonomia da vontade quase absoluta e a força obrigatória dos contratos, resumida na conhecida máxima romana *pacta sunt servanda*, que foi colhida como garimpo num texto antiquíssimo do Digesto, atribuído a Ulpiano, que perguntava o que podia ser mais compatível com a fé humana do que cumprirem os homens o que pactuaram”. SOUZA, Sylvio Capanema de. Dos contratos no novo código civil. Revista da EMERJ, v. 5, n. 20, 2002, p. 92. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_91.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

¹⁵⁹ SILVA, Jacqueline Guimarães da Cruz; SILVA, Sérgio Alex Sander. A evolução e a realidade atual do contrato no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 40, n. 2, 2012, p. 268. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18611>. Acesso em: 15 dez. 2021.

¹⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral e Contratos em Espécie. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 151.

¹⁶¹ STEWART JR., Donald. O que é o liberalismo. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995, p. 72.

que o elemento volitivo (fruto da liberdade) ser um traço marcante do negócio jurídico, de tal modo que serve não apenas para conectar seres, como também lhes munir com direitos e obrigações, no mais das vezes não recíprocos.

“Era vedado ao Estado Liberal a intervenção nas órbitas particulares, sendo assim, a livre expressão da vontade humana era franca produtora de direitos, não sofrendo limitações”, de acordo com a doutrina.¹⁶² Assim, alavancando à realidade a expressão da vontade, o agente se via em uma situação de sujeição a *pacta sunt servanda*, afinal teria que cumprir à risca as regras daquele contrato de faceta liberalista.

Outro fator muito vinculado ao contrato liberal é a tal da propriedade, qualificada como:

relação jurídica complexa que se forma entre aquele que detém a titularidade formal do bem (proprietário) e a coletividade de pessoas. [...] O objeto da relação jurídica ora decantada é o dever geral de abstenção, que consiste na necessidade de os não proprietários respeitarem o exercício da situação de ingerência econômica do titular sobre a coisa.¹⁶³

Ter propriedade, em um estado liberal, significa nada mais do que a possibilidade duma coisa ficar sujeita ao que desejar o seu proprietário, detentor dos direitos de “uso”, “gozo”, “disposição” e “reivindicação”.¹⁶⁴ Trata-se a propriedade, nesta época, de um bem absoluto, livre pela vontade do proprietário.

O contrato liberal servia como instrumento em busca da propriedade. Convém destacar que não se tratava da busca somente pela propriedade (Afinal, hoje, um negócio jurídico também tem como busca uma propriedade, possivelmente), mas se tratava de uma busca por um objeto, a todo custo.

Os valores inerentes as pessoas, como a vida, a dignidade, a personalidade e a fundamentalidade, não interferiam no contrato liberal, enquanto acessórios gravitando o principal. Em verdade, o negócio jurídico, valorante da máxima autonomia da vontade, era estabelecido em busca de uma propriedade, sendo imune aos atributos intrínsecos do ser.

Na contemporaneidade a pessoa humana serve como premissa máxima de todas as ações humanas e administrativas, por particulares e pelo poder público, devendo seus valores inerentes sempre serem observados em quaisquer cláusulas. É a irradiação dos atributos

¹⁶² RIBEIRO, Marcus Vinícius M. C.; AYLLON, Lislene Ledier. O princípio da autonomia privada e seus contornos hodiernos. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 14, n. 1, 2019, p. 363. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/595/pdf>. Acesso em: 15 dez. 2021.

¹⁶³ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Direitos Reais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 266.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 294-297.

intrínsecos da pessoa ao instituto do contrato. O cenário era outro na antiguidade liberal, e o contrato liberal ficava imune aos direitos essenciais do ser, principalmente a vida, a dignidade e a personalidade.

Em verdade, o contrato liberal estava para a propriedade, assim como a propriedade estava para o contrato. E é neste caldo que nenhum valor do ser humano, em regra quase que absoluta, gravitava no combo de cláusulas. A autonomia da vontade já expressava sua finalidade de se atingir um patrimônio, independente do existencialismo do ser. Busca-se, em se tratando desta espécie contratual, a propriedade absoluta, ainda que em detrimento da personalidade do humano.

No contrato liberal a propriedade era buscada com rigor, e os contratantes se esquivavam de cláusulas tutelatórias do indivíduo. Tratava-se de instrumento particular para a plena busca da propriedade, sendo os valores humanos afastados do jogo de quem ganha mais.

Em uma ótica mais lógica, os efeitos dos contratos liberais irradiavam nos humanos, conquanto as personalidades destes, enquanto valores naturais pelo simples fato de existirem, eram “invisíveis”, sem observância obrigatória. Por exemplo, se houvesse um negócio jurídico, a *pacta sunt servanda* colocaria ambos os contratantes em igualdade formal, porquanto a todo custo deveriam buscar o adimplemento. São iguais, ao menos sobre o ponto de vista de, por terem fornecido o elemento volitivo, se obrigarem reciprocamente, em prestações que sabiam ou, pelo menos, deveriam saber. Ainda que um fato imprevisível no futuro desequilibre tal relação, a *pacta sunt servanda* terá observância, sendo um efeito absoluto nesta espécie contratual. Do outro lado da moeda, a pessoa humana não era levada em conta, muito menos os valores intrínsecos derivados. Importava mesmo era a manifestação da vontade, de forma livre e desembaraçada, para alcance de uma propriedade.

A doutrina discorre que “uma das grandes marcas axiológicas desse período na teoria geral dos contratos era o individualismo, de modo que se reconhecia a capacidade individual de determinar as próprias metas e objetivos de vida, em um “inteligente egoísmo”.¹⁶⁵ De fato, o contrato liberal estava umbilicalmente ligado com a propriedade, tendo em vista que esta era o exclusivo motivo de sua realização, bem como de sua operabilidade. Com esta concepção, afastavam-se os valores humanos dos contratos, deixando o contrato se balizar pelo elemento volitivo.

¹⁶⁵ ENGELMANN, Wilson; BASAN, Arthur Pinheiro; HELGERA, Carlos José de Cores. Do contrato liberal ao contrato existencial: a mudança de paradigmas na hermenêutica contratual. *Revista Brasileira de Direito*, v. 15, n. 2, 2019, p. 37. Disponível em: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3527/2456>. Acesso em: 15 dez. 2021.

Nesta trilha, Sheila Miyazato firma o entendimento:

O liberalismo econômico do século XVIII tem foco na livre movimentação de riquezas na sociedade. O contrato é o instrumento que permitirá esse fluxo, portanto necessária a liberdade contratual nesse contexto. O contrato seria justo e equitativo por natureza e teria dupla função: circular riquezas e estabelecer o valor de mercado de cada objeto.¹⁶⁶

Assim, se o contrato liberal tem como cerne o elemento da vontade, característica ideal em um contexto de busca de riquezas, isto é pelo fato de a propriedade privada ser alcançada a todo custo, livre de interferências dos valores naturais dos seres. Sobre isto, Rosenvald e Cristiano Chaves lapidam:

Em seu perfil oitocentista, o direito civil possuía alicerces sólidos na proteção patrimonial. A propriedade e os contratos formavam os pilares de um regime dedicado à apropriação e à conservação de bens. Os direitos fundamentais se concretizavam com o livre estabelecimento de relações particulares, refletindo a clivagem entre o público e o privado, diante de um Estado ausente, espectador inerte do jogo do mercado, que só se manifestava, em última instância, para preservar as regras do jogo.¹⁶⁷

Enfim, o contrato liberal tem a característica de ser individualista, porquanto a propriedade é quase que unicamente o motivo de sua existência e concretização. Projetando a volitividade, por parte de todos os contratantes, forma-se o instrumento particular liberal, e a propriedade será alcançada a todo custo, livre de influência do valor humano.

2 Declínio do liberalismo, ascensão do Estado social e impactos nos contratos

Uma característica marcante do liberalismo é a igualdade formal. Esta igualdade, a priori, foi importante para alavancar a pessoa humana, em um cenário global. Entretanto, seu defeito repousava no fato da pessoa ser igual apenas do ponto de vista de uma lei, de um pedaço de papel. Ora, muitas das vezes, não havia uma verdadeira igualdade entre as pessoas, em um cenário de liberalismo.

¹⁶⁶ MIYAZATO, Sheila Keiko Fukugauchi. A autonomia privada no direito contratual contemporâneo. Revista Pensamento Jurídico, v. 14, n. 3, 2020, p. 334. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/242>. Acesso em: 15 dez. 2021.

¹⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral e Contratos em Espécie. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 34.

Exemplo clássico de influência dum liberalismo formal é o código civil de 1804, que consagrava o princípio da igualdade entre as pessoas.¹⁶⁸ Entretanto, olhando para a realidade, verídico é a existência de uma enorme desigualdade na sociedade, especialmente nos setores econômicos. Enquanto um proprietário do meio de produção detinha uma vida confortável, com alimentação farta, podendo realizar uma higiene particular, tendo um imóvel aconchegante, o proletariado restava-se com dificuldades em relações as necessidades de seu existencialismo.¹⁶⁹

Não havia igualdade formal na lei penal, também. Bem relata a doutrina que, por exemplo, a França era eivada de julgamentos tendenciosos.¹⁷⁰ Fazendo uma análise crítica, trata-se de uma afronta ao julgamento por um juiz imparcial, que é verdadeiramente um direito de todos, logo um direito repousado na esfera de igualdade material.

Enfim, torna-se cristalina a noção de que o liberalismo foi importante para atingir a igualdade formal, que é aquela repousada apenas no campo do “dever ser”, guardando sempre projeções de uma igualdade efetiva, mas nunca a alcançando. Sobre isso, Sahid Maluf leciona:

Deve-se o fracasso do Estado Liberal ao fato de ter ele atuado estritamente no plano político-jurídico, sem disciplinar a ordem social-econômica. Essencialmente individualista, desconheceu os direitos da sociedade. Falhou até mesmo no seu individualismo por desconhecer o homem-operário, materialmente fraco e premido no meio social por insuperáveis dificuldades da ordem econômica. Profundamente libertário [...] declarou que todos os indivíduos possuem os mesmos direitos e as mesmas possibilidades, de sorte que ao Estado competia apenas policiar a ordem jurídica.¹⁷¹

¹⁶⁸ NETO, Eugênio Facchini. Code Civil Francês: Gênese e difusão de um modelo. Revista de Informação Legislativa, v. 50, n. 198, 2013, p. 68. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496956/000983388.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 dez. 2021.

¹⁶⁹ Jussemar faz pertinentes colocações sobre a desigualdade, na França (Séculos XVI ao XVIII): “No meio da mais extraordinária abundância, existem homens, mulheres e crianças que morrem de fome, existem pobres infelizes, desamparados, sem amigos, quase nus, que parecem somente fragmentos de seres humanos. Os pobres habitavam bairros onde os delitos e as doenças abundavam. [...] Neste clima de total insegurança e quase ausência do Estado, os pobres viviam ameaçados cotidianamente pelo espectro da morte, produzindo uma cultura do medo, que os mantinha entre uma pobreza ordinária e a miséria total. [...] Ao longo do século XVIII, à medida que aumentava a pobreza, mais esse ponto de vista era aceito.” GONÇALVES, Jussemar Weiss. A revolução francesa e a invenção social da pobreza. Biblos, v. 23, n. 1, 2009, p. 11-12. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/biblos/article/view/1267>. Acesso em: 16 dez. 2021.

¹⁷⁰ LACERDA, Thiago Barbosa; MELO, Arquimedes Fernandes Monteiro de. Os miseráveis da lei: Uma análise da desigualdade social no sistema punitivo brasileiro a partir do romance os miseráveis de Victor Hugo, Revista Internacional de Direito e Literatura, v. 4, n. 1, 2018, p. 191-192. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6573447.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2021.

¹⁷¹ MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 323.

Do ponto de vista meramente formal, o liberalismo é uma doutrina política-ideológica perfeita para atingir o bem estar tanto individual quanto o coletivo. Porém, observando a realidade onde nem todos são, de fato, iguais, ela começou a sofrer um declínio, ao início do Estado da formação do Estado social.

Karl Marx, com sua obra “o capital”, combate o liberalismo jurássico, postulando que o liberalismo é um sistema que não gera igualdade, mas sim desigualdade; e é que existem dois principais grupos, os proprietários dos meios de produções e os proletários, onde estes vendem suas forças laborais para aqueles, não recebendo o que deveriam, conquanto aqueles, através de exercício de uma atividade econômica, geram vultosos acréscimos patrimoniais.¹⁷²

Stewart, inclusive, comenta que o declínio do liberalismo começou com o advento da teoria do socialismo, com Marx.¹⁷³ Em um cenário que valoriza apenas uma igualdade formal, uma teoria alegando a necessidade de distribuição, para os proletários, dos próprios bens que produzem, ganha muitos adeptos. Precisava-se romper o abismo entre as classes de proprietários e proletários, para se instalar uma igualdade material; e é neste contexto que o marxismo conquistou adeptos com uma proposta nesta direção.

Em que pese não se ter indícios de que o socialismo alcançou uma igualdade efetiva após ser instalado, foi uma teoria que contribuiu para o declínio do liberalismo oitocentista, incluindo aí seus valores: livre iniciativa e ação humana plenas, valoração da propriedade absoluta e mínima intervenção pelo Estado.

Em termos concretos, o liberalismo começou a “ceifar seus batimentos cerebrais” (morrer) porque ficou adstrito ao campo da igualdade formal, repousada no “dever ser”. Pessoas existem e têm desejos, vontades, gostos, sonhos, enfim, indivíduos têm esperanças, motivo pelo qual não se pode admitir uma igualdade apenas formal, em respeito a valoração da materialidade mais preciosa de todas, a vida do ser.

Também contribuiu para o fim do liberalismo jurássico a primeira guerra mundial, tendo em vista que o ser, em uma feição de mínima intervenção estatal (característica própria do liberalismo), teria uma máxima liberdade para fazer o que a lei não vedasse.¹⁷⁴

Na 1ª guerra mundial a humanidade enfrentou graves impasses, como mortes, fome, pobreza, violência. É neste cenário de abandono pelo Estado, onde pessoas eram vistas, muitas das vezes, como “coisas”, é que o ideário de não intervenção prevalecia. Tivesse mortes, fome ou até mesmo a pobreza, a ideologia que deveria prevalecer era a de que o

¹⁷² MARX, Karl. O capital. S.I.: Veneta, 2014.

¹⁷³ STEWART JR., Donald. O que é o liberalismo. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995, p. 23.

¹⁷⁴ STEWART JR. Op cit., p. 23-27.

Estado deveria ser omissivo, e os particulares, por seus próprios métodos, adquiririam o combo de bens necessários para uma existência digna.

Logo, o sujeito de direito, ao que tudo indica, não se posicionava como o centro de gravitação de toda lei, em uma ótica onde o Estado é para a pessoa, é da pessoa. Em realidade, cada indivíduo (portador de valores únicos, é claro), era visto como um proprietário da liberdade, devendo guiar sua vida particular, para atingir objetivos concretos. O patrimonialismo, por derradeiro, era a finalidade do “homem”, cabendo ao Estado não interferir no plano contratual.

Neste caldo, caberia ao Estado ficar omissivo, inerte aos efeitos adquiridos em decorrência de liberdade de contratar e liberdade contratual. Cabia àquela instituição evoluída a árdua tarefa de garantir a *pacta sunt servanda*, valorando ao máximo o contrato.

Este cenário de omissão também se fez presente na primeira guerra mundial, onde as pessoas, ainda que tivessem munidas de necessidades, restavam-se invisíveis aos olhos da administração pública.¹⁷⁵ Era a regra quase que absoluta. No contexto de abandono da pessoa humana, em uma primeira guerra mundial marcada pela intensificação da pobreza, aumento de desigualdade social e erupção de violação ao valor intrínseco do ser, é que o declínio do liberalismo também teve intensificação.

De 1914 até 1918 parecia que o ser humano não tinha nenhum valor natural ou jurídico, pois, com frequência, sua existência não se concretizava na realidade, de tal modo que o livre desenvolvimento era embaraçoso. Dignidade, direito da personalidade ou direito natural, enfim, valores intrínsecos ao indivíduo pareciam não existirem.

Para complementar este cenário de invisibilidade humana, o Estado liberal direcionava-se para omissão tutelatória do ser. Sequer a vida, um valor essencial do liberalismo, estava protegida. Prova disso são os milhões de seres que morreram, neste tempo conhecido como “relógio do apocalipse”.

Com isso, os ideários corporativistas ganharam espaço. “É também no período entre guerras que tem início a expansão e disseminação mundial das idéias comunistas, fortemente apoiadas pela União Soviética”, conforme Stewart. Ora, se o liberalismo apregoa a liberdade e a individualidade, o regime socialista consagra a igualdade e a coletividade, ao menos no ponto de vista teórico.

¹⁷⁵ GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil. RAP, v. 40, n. 2, p. 201-236, 2006, p. 208. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/dvHMHgG5NDdvZH6wy54fDDq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 dez. 2021.

Ainda que o socialismo não seja uma teoria que consiga trazer mais igualdade do que o liberalismo, em respeito ao problema de cálculo econômico, conforme já defendido por Von Mises¹⁷⁶, ele conseguiu, sim, remodelar o sistema global, especialmente em âmbito econômico e social. Yuval Harari alega:

O humanismo socialista tomou um caminho muito diferente. Os socialistas acusam os liberais de focarem sua atenção nos próprios sentimentos e não no que experimentam outras pessoas. Sim, a experiência humana é a fonte de todo significado, mas há bilhões de pessoas no mundo, e todas têm o mesmo valor que eu. Enquanto o liberalismo volta o olhar para dentro de mim mesmo, enfatizando minha singularidade e a singularidade da minha nação, o socialismo exige que eu pare de pensar em mim e nos meus sentimentos para me concentrar no que os outros estão sentindo e em como minhas ações influenciam as experiências deles. [...] Os socialistas criaram uma admirável religião nova para um admirável mundo novo. Prometeram a salvação por meio da tecnologia e da economia, estabelecendo a primeira tecnoreligião na história, e mudaram os fundamentos do discurso ideológico. Antes de Marx, as pessoas se definiam e se dividiam de acordo com o modo como viam Deus, e não segundo os métodos de produção. Depois de Marx, as questões envolvendo tecnologia e estrutura econômica tornaram-se muito mais importantes e delimitantes do que discussões sobre a alma e o pós-vida. [...] No século XIX, o socialismo se disseminou porque ninguém mais conseguia dar uma resposta às necessidades, esperanças e temores [...].¹⁷⁷

O socialismo cuidou de tutelar, ao menos na teoria, a pessoa. Com isso, ganhou muitos adeptos, especialmente nos meios musicais, artísticos e universitários. Se o liberalismo valorizava a individualidade, o socialismo, agora, se preocuparia com o outro, com a coletividade. No momento pós-guerra, esta teoria ficou interessante às pessoas, que precisavam tirar suas angústias do “relógio do apocalipse”. É que ela prometia, de fato, a igualdade, a valoração da pessoa humana, que teria que se inserir dentro de uma ordem de plena igualdade, não mais sendo aceita a ordem de individualista egoísta. Existe o outro também, sendo esse uma pessoa, portadora de valores, que merece respeito e igualdade.

O socialismo, ao tentar ser implantado por diversas nações, falhou todas às vezes. Ainda assim, sua teoria foi importante por gerar o declínio do liberalismo oitocentista e inauguração de um Estado social, preocupado com uma tutela do ser.

¹⁷⁶ Segundo Ludwig Von Mises, sem a existência de um solidificado mercado, não há uma operacionalização de preços, tendo em vista que os participantes do mercado (empreendedores, empresários ou sócios minoritários e majoritários) não estabelecem trocas voluntárias, baseando em ação humana e conhecimento. Enquanto efeito dominó, inexistente uma alocação eficiente de recursos, prejudicando todo um ecossistema econômico e social. Há uma ausência de racionalidade no plano de cálculo econômico, pois os recursos ficam sem satisfatórias distribuições. A consequência é o não aumento do bem-estar, tão essencial para manutenção da dignidade humana. VON MISES, Ludwig. O cálculo econômico sob o socialismo. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises. Brasil, 2012.

¹⁷⁷ HARARI, Yuval Noah. Homo Deus: Uma breve história do amanhã. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 257-329.

Emerson Oliveira e Galdino Júnior alegam que no liberalismo o Estado se autorregulará pela economia de trocas voluntárias, propriedade, livre iniciativa e liberdade, porém estes gradientes se fixam mais a igualdade formal do que a igualdade material; logo, há “igualdade de oportunidades, mas não há seres humanos igualmente habilitados”.¹⁷⁸

Neste panorama de igualdade formal, próprio do liberalismo estatal, as movimentações corporativas, com destaque para o socialismo, iniciam sua progressão. Tecem seus ideais de busca pela intervenção do Estado e concretude da pessoa humana, em um plano mais social. Devido às características naturais do liberalismo (propriedade, individualismo, livre iniciativa e patrimonialismo) e suas consequências, movimentos socialistas influenciaram o governo, que, em sua versão social, teria que lançar, para a sociedade, ações interventivas não apenas no poder econômico, como também na coletividade, “para mitigar as consequências nefastas”.¹⁷⁹

Os movimentos em busca duma igualdade plena, ao se depararem com o liberalismo e suas noções estruturantes, lançavam seus efeitos para a realidade, fazendo, em longo prazo, o Estado deixar de ser omissivo para, então, ser comissivo, isto é, a fonte de poder, a administração pública, agora deveria interferir na sociedade, não mais ser ausente como outrora fora.¹⁸⁰

Streck e Bolzan, inclusive, defendem:

A passagem da fórmula liberal do Estado Mínimo para o Estado Social, em sentido amplo, importou na transformação do perfil do modelo adotado pelo liberalismo clássico, no qual, como visto acima, à autoridade pública incumbia apenas, e tão só, a manutenção da paz e da segurança, limitada que estava pelos impedimentos próprios às liberdades negativas da época. [...] Na ampliação da atuação positiva do Estado, temos a diminuição no âmbito da atividade livre do indivíduo, ou seja, com o crescimento da intervenção, desaparece o modelo de Estado mínimo e abre-se o debate acerca de até que momento sobrevivem os ideais liberais diante de tal situação [...].¹⁸¹

Há uma inversão de valores em decorrência desta alteração na estrutura do Estado. Se no espectro do liberalismo prevalecia a individualidade, o lado do “eu”, no âmbito social deve existir a coletividade, o lado do “nós”. Deixa o Estado de ser omissivo na projeção de seus

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; JÚNIOR, Galdino Luiz Ramos. O Estado liberal, o Estado social e suas influências na Constituição econômica brasileira de 1988. RJLB, v. 5, n. 5., 2019, p. 514-515. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_0501_0527.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Ciência política e teoria do estado. 8. ed. Porto Alegre: Libreria do Advogado, 2019, p. 69-73.

¹⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 190-195.

¹⁸¹ STRECK; BOLZAN, Op. cit., p. 63-64.

efeitos, em respeito ao individualismo e sua capacidade de equilibrar as relações, e começa a olhar para o “ser”.

O Estado social terá como objetivo central o abandono da lacuna de igualdade formal, preenchendo um rol de necessidades existenciais, materiais e humanas de todos; foi, de fato, um objetivo balizado em busca da igualdade material.¹⁸² Com as influências dos movimentos corporativos, notadamente o socialismo, enfrentando a omissão do Estado, com seu nexo de igualdade formal, se delineou gradualmente um estatismo social, fortemente concentrado em reduzir a disparidade de classes, em uma tentativa de neutralizar a desigualdade social.¹⁸³

Não se compreendendo mais o Estado em sua concepção subjetiva (garantidora do mero atuar livre, livre de restrições de ordens processual e material), mas sim objetiva, ele ganha um contorno de ter que respeitar princípios derivados dos humanos, como dignidade, personalidade e demais valores ontológicos, bem como reconhecer “direitos básicos da cidadania, tais como a liberdade civil, a igualdade jurídica”.¹⁸⁴

Natural se torna a compreensão de que, em um Estado social, cuja raiz se encontra no “atuar”, os direitos básicos são mais efetivados, porquanto tal forma de organização coletiva existe para o ser, é do ser. É a transformação da igualdade formal para uma igualdade material, conforme está sendo exposto.

Esta espécie estatal se banha nas águas do dirigismo ou intervencionismo, com atos administrativos focados na sua maior finalidade, a de alcançar uma proteção ao humano através do reconhecimento da igualdade material. Aqui, no Estado social, há a missão de “garantir condições materiais para uma existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações”, elaboradas principalmente pela administração pública, “com a marca da verosidade jurídica” para tutela de fundamentalidades do ser.¹⁸⁵

Lorenz Von Stein, Já em 1850, estava defendendo, de modo solo, o ideário de que se precisava entrar na era das reformas sociais, não devendo ser apenas uma ideia para garantir a

¹⁸² CECATO, Maria Áurea Baroni; OLIVEIRA, Armando Albuquerque de. Direitos Sociais: do Estado Liberal ao Estado Social. *Prim@ Facie*, v. 15, n. 29, 2016, p. 10. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/33120/17165>. Acesso em: 17 dez. 2021.

¹⁸³ BONAVIDES, Op. cit., p. 60-70.

¹⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

¹⁸⁵ LOUREIRO, João C. Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da ideologia dos “Direitos Adquiridos”. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 73.

propriedade.¹⁸⁶ Este Estado social encontra justamente tal ideologia, porquanto quer superar os impasses e distorções sociais, econômicas e humanas advindas do liberalismo. É que no liberalismo estatal, um modelo ligado a igualdade formal, o ser deveria estar livre, e, com isso, poderia desenvolver seu âmbito negocial, já no Estado social é preciso de se alcançar uma relação de horizontalidade entre os particulares; é a tentativa de se atingir a igualdade material, tão difícil num contexto de verticalização dos particulares.

Para alcançar uma igualdade material, o Estado social faz um dirigismo estatal, “com vistas a propiciar aos indivíduos o acesso a bens e direitos que, sem essa interferência, dificilmente teriam eles acesso”, isto é, passa-se a reconhecer, verdadeiramente, o humano como o centro do direito, sendo-lhe direcionada prestações de cunho social.¹⁸⁷ Em termos concretos, no Estado social o “bem-estar e o desenvolvimento social firmam-se como motes da ação do ente público, possibilitando-se, com isso, uma correção do individualismo liberal por meio da efetivação de garantias coletivas”.¹⁸⁸

Isto é a transição de um verticalismo (desigualdade em relações) para um horizontalismo do particular (igualdade em relações). É que, sob ponto de vista do liberalismo estatal, todos os sujeitos nasciam livres e iguais, idênticos pela própria natureza, cabendo ao Estado a tarefa de ser omissor com prestações públicas; e isto demonstra, logo, como era a influência do verticalismo.¹⁸⁹ Entretanto, para corrigir as falhas deste sistema político-econômico liberal, para alcançar uma igualdade material, o Estado, de modo gradual e lento, começou a impulsionar políticas administrativas para reconhecimento efetivo da igualdade. Os atos da administração pública devem ser voltados para alcance da igualdade material, que é aquela que não se restringe ao “papel”. Esta é a igualdade material, cujo expoente prático se encontra, por exemplo, no financiamento da educação para os pobres, na disponibilização de remédios e serviços médicos aos vulneráveis economicamente, dentre outros atos.¹⁹⁰

Para designar o Estado social, uma frase de Aristóteles pode ser mencionada: “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, dando a cada

¹⁸⁶ DAMIANO, Henrique. O Estado Social e o reconhecimento dos Direitos Sociais. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 27, 2005, p. 21. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/106049?show=full>. Acesso em: 18 dez. 2021.

¹⁸⁷ ELIAS, Cristiano. A igualdade à luz dos paradigmas de Estado liberal e social. Revista Eletrônica da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 2, n. 1, 2019, p. 11-12. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/55-301-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2021.

¹⁸⁸ ELIAS, Op. cit., p. 12.

¹⁸⁹ SIMÃO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. O Estado na promoção da igualdade material. Revista de Informação Legislativa, v. 51, n. 202, 2014, p. 134. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503041/001011320.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 dez. 2021.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 136.

um o que é seu”.¹⁹¹ Este Estado social é marcado pela horizontalização das pessoas, pois as políticas públicas se voltam para concretização da horizontalidade de todos, independente de raça, credo, etnia, gênero, opção sexual e demais atributos individuais. Tratando sobre a igualdade material no Estado social, Germana Leal dispara:

A igualdade formal refere-se ao princípio da equidade como consagrado no Estado Liberal - quer dizer, apenas na condição de direito positivo, formalizado na lei. [...] O Estado posicionava-se frente os problemas econômicos e sociais de maneira absenteísta, ou seja, primava pela não intervenção. [...] O Estado Liberal, diga-se Estado Burguês de Direito, urgia por mudança no quadro social decorrente da nova configuração econômica. A questão social tornava-se um empecilho à continuação do capitalismo e, portanto, havia a necessidade de o Estado não intervencionista passar a sê-lo. Nascia o Estado Social, encarregado de promover as condições de fruição dos direitos adquiridos por meio das mobilizações dos grupos organizados [...].¹⁹²

Estando em um contexto de Estado social, onde o humano é o centro de gravitação de normas, o instituto do contrato ganha novas roupagens. Assim, se antes, no liberalismo, o contrato era umbilicalmente ligado com a autonomia da vontade, agora, em um Estado social, com normas voltadas para a proteção tanto do ser quanto da coletividade, o contrato terá que respeitar três eixos essenciais: Pessoa Humana, boa-fé e função social.

Fazendo uma analogia razoável, é como se existisse um quarto plano de negócio jurídico, cujos elementos são a pessoa, a boa-fé e a função social. Ainda que um contrato respeite os planos de existência (agente, vontade, objeto e forma), de validade (agente legítimo e capaz, em regra, uma vontade livre e desembaraçada, um objeto lícito ou não contrário ao interesse da sociedade, e uma forma livre ou não defesa em lei) e de eficácia (a condição suspensiva ou resolutiva, o termo ou o encargo), também ter-se-á que estar em conformidade com os valores decorrentes da pessoa humana, da boa-fé e da função social.

Em um contexto contratual de Estado social, as “regras do jogo de interesses” são observadas em consonância com outros valores, como o indivíduo, a boa-fé e até mesmo a função social.

2.2.1 Valoração da pessoa humana: Do começo de tudo (big bang) ao fim de tudo

¹⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 10-11.

¹⁹² LEAL, Germana da Silva. Concretização da igualdade material e políticas públicas: Visão do Supremo Tribunal Federal. Rev. SJRJ, v. 20, n. 36, 2013, p. 176. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/377-1721-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.

Há 13,5 bilhões de anos, com o advento do começo do universo com o Big Bang, surgiram átomos, moléculas, matéria e energia.¹⁹³ Há 4,5 bilhões de anos, há a formação do planeta terra, sendo que as condições iniciais não eram propícias para abrigar qualquer espécie de vida, motivo pelo qual somente há 3,8 bilhões de anos surgiram os primeiros organismos, no mais das vezes com funcionamentos corporais bem simples.¹⁹⁴

Por volta de 2 milhões de anos atrás, havia o “macaco do sul”, cujo nome científico é *Australopithecus*; e esta espécie tinha as seguintes características: cérebro de 400 cm. cúbicos, tamanho semelhante ao dum chimpanzé, e o manejo duma postura reta.¹⁹⁵ Claro que não era uma espécie evoluída como a do “*homo sapiens*”, afinal não passou sequer por uma revolução cognitiva. Por isso, Harari descreve que o *Australopithecus* “amavam, brincavam, formavam laços fortes de amizade e competiam por status e poder - mas os chimpanzés, os babuíños e os elefantes também”; e, além disso, faziam fortes usos de pedras, principalmente para montar objetos de caça.¹⁹⁶ Eram caçadores e coletores.

No Ocidente da Ásia, há mais de um milhão de anos atrás, tinha o “*homo erectus*”, conhecido também como “homem ereto”; e tal espécie foi a de maior duração, sobrevivendo por mais de 1,5 milhões de anos.¹⁹⁷ O homem ereto, ao que tudo indica a paleontologia, parece ser a primeira espécie evoluída que apresentou um aumento craniado, se comparado ao “macaco do sul”.¹⁹⁸

Assim como o *Australopithecus*, o “*homo erectus*” também utilizava pedra. Foi uma espécie importante para o desenrolar da evolução, porquanto foi responsável pela criação do entalhe de pedras para a fabricação de machados.¹⁹⁹ É que, com um machado, o poder de sobrevivência aumenta. Machados têm lâminas, capazes de dilacerar possíveis animais selvagens.

¹⁹³ Entretanto, fica uma dúvida: Se nada se produz do nada, como houve o Big Bang, uma teoria científica que explica o começo do universo?. HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: Uma breve história da humanidade*. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 11.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 15.

¹⁹⁵ SANTOS, Fabrício R. A grande árvore genealógica humana. *Revista UFMG.*, v. 21, p. 88-113, 2014, p. 95. Disponível em: https://www.ufmg.br/revistaufmg/downloads/21/05_pag88a113_fabriciosantos_agrandearvore.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

¹⁹⁶ HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: Uma breve história da humanidade*. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 16.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 20.

¹⁹⁸ NEVES, Walter E. E no princípio... era o macaco!. *Estudos Avançados*, v. 20, n. 58, 2006, p. 270. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/gkhKm9LHnhCrN8Z95qHnDys/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 dez. 2021.

¹⁹⁹ NAVARRO, R. F. A evolução dos materiais. Parte 1: da Pré-história ao Início da Era Moderna. *Revista eletrônica de materiais e processos*, v. 1, n. 1, 2006, p. 03. Disponível em: <https://aplicweb.feevale.br/site/files/documentos/pdf/32246.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2021.

Em 1856, na Alemanha, próximo a Düsseldorf, no rio Neander, trabalhadores estavam minerando pedras, porém encontraram partes de esqueleto, como da calota craniana, úmero, fêmures íntegros, uma parte da pelve, a clavícula direita, algumas costelas e outros.²⁰⁰ Não deram tanta importância para o achado, inclusive alguns operários acreditaram que se tratava de ossos de animais. Porém, na medida em que se deparavam com mais esqueletos, tomaram uma postura, avisando o professor Johann Carl Fuhlrott.

Mais tarde, descobriu-se que tais ossos eram dos “Homo neanderthalensis”, cujo nome popular é neandertal. Apesar de serem extintos por volta de 30 ou 40 mil anos atrás, na atualidade o “Homo sapiens”, conforme a pesquisa do Instituto Max Planck de Antropologia Evolutiva que levou quatro anos e analisou mais de um bilhão de fragmentos de ossos, possui uma semelhança baixa de DNA com aquele, ou seja, algumas características presentes nos neandertais estão presentes na atual espécie.²⁰¹

Os neandertais tinham as seguintes características: alturas médias de 1,5 até 1,7 metros, mais massa corporal que o “homo sapiens”, face com “nariz e os dentes dianteiros” projetados para frente, o que fazia com que não tivessem queixos.²⁰² Veja-se abaixo uma reconstrução do rosto de um “Homo neanderthalensis”.



Fonte: Servaas Neijens

²⁰⁰ TANAKA, Cinthia M.; VICENTE, Renato. Os neandertais. NEVES, Walter; RANGEL, Miguel J.; MURRIETA, Rui (Org.). Assim caminhou a humanidade. 1 ed. São Paulo: Palas Athena, 2015, p. 192-193.

²⁰¹ Max Planck Gesellschaft. The Neandertal in us, 06 de maio de 2010. Disponível em: <https://www.mpg.de/617258/pressRelease20100430>. Acesso em: 20 dez. 2021.

²⁰² VALVA, Fabrício D' Ayala; DINIZ-FILHO, José Alexandre Felizola. A trajetória humana. Canindé, n. 3, 2003, p. 74-75. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/bitstream/ri/11654/5/Artigo%20-%20Fabr%C3%ADzio%20D%27Ayala%20Valva%20-%20202003.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2021.

O neandertal já usufruía do fogo descoberto, há 500 mil anos atrás, pelos “hominídeos”, seja “friccionando dois pedaços de madeira ou percutindo dois pedaços de pedra”.²⁰³

Em que pese à descoberta do fogo ser negligenciada em diversos estudos, sua importância é crucial para compreender a evolução das espécies. Baseando na literatura de Richard Wrangham, o fogo foi fundamental para a evolução das espécies, contribuindo, inclusive, para existência de neandertal, tendo em vista que seu uso para o cozimento de alimentos auxiliou na economia de energia no sistema digestivo, permitindo o “Homo” a usá-la em outros contextos.²⁰⁴

Na atualidade é muito fácil adquirir um alimento, se comparado com milênios de anos atrás. Basta abrir um aplicativo digital de transporte, como o pop, colocar o endereço da sociedade empresária que fornece alimentos, esperar poucos minutos e, então, já no local, fazer a escolha, e, por fim, pagar com o dinheiro. Mas, nem sempre fora assim. Na antiguidade, por exemplo na época do neandertal, precisava-se matar um animal, o que geralmente era feito em bando. Isto aumentava as chances de sobrevivência e sucesso na caçada. Após matar o animal, precisava contar com a “sorte” de ele estar livre de doenças contagiosas, afinal o “Homo” era muito mais vulnerável, principalmente pela época não existirem remédios eficazes e vacinas. Não só isso, como também o neandertal deveria gerar o fogo, devendo pegar duas pedras para friccionar, por exemplo. Enquanto esperava o alimento, seu bando precisaria, sem sombra de dúvidas, ficar atento para possíveis animais famintos, no mais das vezes selvagens. Caso surgisse um animal feroz, precisava travar mais outra batalha, porém agora para assegurar uma dupla sobrevivência: a da própria vida e a do alimento cozido, que também abastece a vida por meio de gradientes.

Enfim, os riscos de se alimentar na antiguidade eram muito superiores aos de hoje. Esta é a primeira conclusão. A outra é a de que, em todo tempo, deveria se economizar energia, afinal imprevistos eram frequentes. Como era muito mais difícil adquirir um alimento para ter energia, provavelmente o neandertal ficava em uma posição de risco. Assim, quanto mais economia de energia, melhor seria à espécie.

O fogo é tão importante para a evolução da espécie que a doutrina aponta:

²⁰³ DIEFENTHAELER, Inés Beatriz Firpo. Das árvores às panelas no fogo: como nos tornamos humanos. Monografia em nutrição, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013, p. 20-21. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/87206/000910474.pdf;sequence=1>. Acesso em: 19. dez. 2021.

²⁰⁴ WRANGHAM, Richard. Pegando fogo: por que cozinhar nos tornou humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2010.

Os *Homo neanderthalensis* viviam em grupos, caçavam e recolhiam plantas. Conseguiram também preparar grãos como ervilha e utilizar o fogo para caçar animais grandes. Em locais na Ilha de Jersey, onde foram encontrados fósseis de *Homo neanderthalensis*, descobriram resquícios de carvão e de ossos de mamutes fraturados e queimados, indicando que poderiam ter usado de planos para atrair esses animais a caírem em uma armadilha e morrerem para, depois, se alimentarem de suas carnes. Por meio de análises, foi observado que grande parte da proteína dos *Homo neanderthalensis* vinha de alimentos de origem animal, o que comprova seu alto consumo de carne. [...] A alimentação dos *Homo neanderthalensis* era de cerca de 85% de carne. Há indícios de que os *Homo neanderthalensis* pudessem praticar o canibalismo assim como os *Homo erectus*. Tal afirmação vai de encontro com o aumento rápido do número de seres humanos, pois houve a necessidade de procura mais intensa de alimentos. No caso da carne, em períodos de escassez ou dificuldade para consegui-la, é provável que precisaram de se alimentar de indivíduos da própria espécie, podendo ser aproveitados membros do mesmo grupo que vieram a falecer, e até mesmo terem matado inimigos de outros grupos. Indícios de tais atitudes foram encontrados em sítios arqueológicos no sudeste de Pequim, com restos de ossos e crânio perfurados para a retirada da medula óssea e do conteúdo interno do crânio. Outra espécie que possivelmente tenha aderido a tais práticas também foi a dos primeiros *Homo sapiens*.²⁰⁵

Isto apenas comprova a fundamentalidade do fogo à evolução da espécie. Tal regra se estende para o neandertal, é claro.

No que diz respeito ao “*Homo sapiens*”, duas teorias tentam explicar a sua existência:

- i) teoria da monogênese africana ou out of África: Para esta teoria, há cerca de 200 mil anos atrás, houve a transformação de “*Homo erectus*” para “*Homo sapiens*”, na região da África;
- ii) teoria multi-regional: Aqui, a transformação do “*Homo erectus*” em “*Homo sapiens*” não se ocorreu isoladamente na África, mas sim em diversas localizações na Terra.²⁰⁶

Muitos autores defendem que o *sapiens* surgiu na África, por volta de 200 mil anos atrás, e levantamentos arqueológicos recentes demonstram, através de técnicas genéticas, tal teoria.²⁰⁷ Baseando-se em registros arqueológicos, Teresa Rito e demais coautores ponderam que o local de surgimento do “*Homo sapiens*” é na África.²⁰⁸

Na medida em que a arqueologia descobre artefatos pré-históricos e que surgem novas técnicas de exploração genética, novas descobertas quanto a história do “homem” são feitas. Talvez, em um futuro próximo, descubram que o “*Homo sapiens*” existia em outro lugar além

²⁰⁵ TELES, Kátia Inêz; BELO, Lucas Lima Andrade; SILVA, Heslley Machado. Efeitos da alimentação na evolução humana: uma revisão. *Conexão CI.*, v. 12, n. 3, 2017, p. 99. Disponível em: <https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/index.php/conexaociencia/article/view/580/979>. Acesso em: 20 dez. 2021.

²⁰⁶ MEYER, Diego. A origem do *Homo sapiens*: uma questão ainda não esclarecida. *Cadernos de Campo*, v. 2, n. 2m 1991, p. 124-126. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/40309>. Acesso em: 21 dez. 2021.

²⁰⁷ NEWITZ, Annalee. Qual é a origem do *Homo sapiens*? O fim do debate "out of Africa" vs. Multi-regionalismo. *Arqueologiaepréhistória*, 12 de agosto de 2013. Disponível em: <https://arqueologiaepristoria.com/2013/08/12/qual-e-a-origem-do-homo-sapiens/>. Acesso em: 21 dez. 2021.

²⁰⁸ RITO, Teresa; et al. A dispersal of *Homo sapiens* from southern to eastern Africa immediately preceded the out-of-Africa migration. *Scientific Reports*, v. 9, n. 4728, 2019. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41598-019-41176-3#citeas>. Acesso em: 21 dez. 2021.

da África. Ora, se apenas em 2021 se descobriu uma nova espécie, o “Homo bodoensis”, por que não poderia a origem do Sapiens ser outro?.²⁰⁹ Enfim, se até mesmo as leis do universo funcionam de maneira diferente, contradizendo a lógica de que a lei do universo sempre se aplica de igual forma, por que não se poderia, por exemplo, descobrir que o “Homo sapiens” surgiu de outra região?. Se até mesmo a ciência da natureza é falha, por que a social não seria?.

Uma questão bem interessante é sobre a possibilidade de, através de relação sexual de diferentes espécies, ter o nascimento de um “Homo sapiens” com características, ainda que escassas, de outra espécie. Paleogeneticistas, em estudo científico, descobriram que os modernos Europeus e Asiáticos possuem de 1% a 2% de semelhança no DNA com os neandertais.²¹⁰

Justamente por isso, Harari depõe:

os sapiens já eram bem diferentes dos neandertais e dos denisovanos não só em seu código genético e em seus traços físicos, como também sua capacidade cognitiva e habilidades sociais. Mas ainda era igualmente possível, em raras ocasiões, que um sapiens e um neandertal tivessem um filho. Portanto, as populações não se fundiram – mas alguns genes sortudos de neandertais pegaram uma carona no Expresso Sapiens.²¹¹

Expostos tais comentários, passamos à análise da capacidade cognitiva do ser humano.

“Atualmente se sabe, por intermédio da arqueologia, que durante a evolução humana o cérebro humano aumentou consideravelmente, sendo que a tarefa da psicologia evolucionista é verificar quais as implicações desse aumento para o funcionamento mental do ser humano”, nos ditames de Rafael Lopes e Vasconcellos.²¹² O custo de pensar é alto. Consome 25% de energia dum corpo parado, aliás.

Com a revolução cognitiva, iniciada entre 30 e 70 mil anos atrás, o ser humano adquiriu três habilidades, quais sejam: i) transmitir informações ao mundo, com mais eficiência, precisão e qualidade; ii) organizar grupos para transmitir diversas informações; iii)

²⁰⁹ New species of human ancestor named: Homo bodoensis. ScienceDaily, 28 October 2021. Disponível em: <https://www.sciencedaily.com/releases/2021/10/211028143648.htm>. Acesso em: 21 dez. 2021.

²¹⁰ GIBBONS, Ann. The Neanderthal DNA you carry may have surprisingly little impact on your looks, moods. Science, 22 apr 2020. Disponível em: <https://www.science.org/content/article/neanderthal-dna-you-carry-may-have-surprisingly-little-impact-your-looks-moods>. Acesso em: 21 dez. 2021.

²¹¹ HARARI, Yuval Noah. Sapiens: Uma breve história da humanidade. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 33.

²¹² LOPES, Rafael Gimenes; VASCONCELLOS, Sílvio. Implicações da teoria da evolução para a psicologia: a perspectiva da psicologia evolucionista. Estudos de psicologia, v. 25, n. 1, 2008, p. 124. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/estpsi/a/vPwc4C3bgW6h3QBbQvmFpQv/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 dez. 2021.

aptidão para informar terceiros sobre “coisas que não existem de fato”, mas que influenciam na realidade.²¹³

Os “macacos do sul”, por exemplo, não conseguiam se comunicar como um “Homo sapiens” após tal revolução cognitiva, motivo pelo qual eram não apenas mais frágeis, como também eram mais propensos a desorganização. Nesta época, onde imperava a lei do mais forte, era crucial a existência de um grupo. Animais ferozes e famintos eram inimigos natos dos macacos do sul, que agiam com base no instinto para sobreviverem.

Graças a capacidade cognitiva do “Homo sapiens”, a humanidade alcançou o que é hoje. Se vivemos em uma sociedade de risco, ou em uma sociedade em rede, é porque o indivíduo consegue pensar, transmitir informações e, também, se organizar. Outros animais também se comunicam, porém jamais conseguem alcançar o nível de eficiência do Sapiens.

Entrando na época antiga, se tem que o ser humano era visto, pela Grécia, como um objeto, principalmente pelo fato de existir a possibilidade de colocar uma pessoa humana na condição de escrava, logo sujeita a pecúnia.²¹⁴ Inclusive, Aristóteles defendia que a escravidão é um fato natural da espécie humana, de tal modo que sempre existirá aquele que domina e aquele que é dominado.²¹⁵

Ainda assim, o pensamento grego deixou um legado, ao menos na teoria, para o ser, principalmente por consagrar o princípio da igualdade formal entre qualquer Sapiens. Aristóteles, com fulcro na doutrina de Leonardo Zanini, defendia que a lei deveria ser aplicada para todos, de igual forma.²¹⁶ Enfim, foi a defesa de uma igualdade formal, porquanto, observando a realidade, tinha um ser humano sendo tratado como escravo, tendo um “preço”.

Zanini defende a ideia de que, nesta época de Grécia antiga, o escravo não era “simplesmente uma coisa”, afinal não poderia ser mau tratado.²¹⁷ Entretanto, uma coisa, para o direito real, está consolidada dentro da ótica de um direito ou de um bem, que é sujeito a um valor econômico. Uma coisa além de ter um valor econômico, também pode ser alvo de

²¹³ HARARI. Op. cit., p. 50-61.

²¹⁴ COSTA, Ilton Garcia da; FREITAS, Renato Alexandre da Silva; EMOTO, Leiliane Rodrigues da Silva. Pessoa: um breve panorama histórico. Revista Jurídica Cesumar, v. 21, n. 1, 2021, p. 48. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7453/6640>. Acesso em: 21 dez. 2021.

²¹⁵ ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Martin Claret, 2007. Apud: COSTA, Ilton Garcia da; FREITAS, Renato Alexandre da Silva; EMOTO, Leiliane Rodrigues da Silva. Pessoa: um breve panorama histórico. Revista Jurídica Cesumar, v. 21, n. 1, 2021, p. 48. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7453/6640>. Acesso em: 21 dez. 2021.

²¹⁶ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção da pessoa humana pelo Direito Civil: Evolução histórica. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 33, 2009. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao033/leonardo_zanini.html. Acesso em: 21 dez. 2021.

²¹⁷ Ibidem.

destruições por parte dos seus proprietários. Não há impedimento normativo dum proprietário em destruir um objeto próprio, pois não estará prejudicando terceiros. Da mesma forma, um escravo, naquela época, não apenas poderia sofrer um castigo, como de fato sofria, além de ser comprado e vendido de acordo com suas condições físicas e intelectuais. Isto por si só já lhe tornava uma coisa. Evidente que o escravo, neste terrível momento, era uma coisa, afinal tinha um preço, assim como um bem, e poderia sofrer violações, assim como uma coisa. Logo, com o devido decoro, não se pode nadar nas águas de Zanini, que tangenciou que o escravo não era “simplesmente uma coisa”.

Em Roma, seria considerada uma pessoa aquela que obedecesse aos seguintes requisitos: i) nascer viva, tendo em vista que o nascituro não era considerado uma pessoa, ou seja, o nascimento deveria ser com vida para que existisse uma pessoa; e tal noção, importante mencionar, não afastava a característica da possibilidade de contração de direito ou dever pelo nascituro (Para Roma, ter personalidade é diferente de ser uma pessoa, afinal toda pessoa tem personalidade e toda personalidade incide na pessoa e, também, no nascituro); ii) viabilidade da vida, que corresponde ao humano, que está expelido do ventre materno, ter a aptidão para conseguir viver, respirando bem o oxigênio.²¹⁸

Para ser uma pessoa romana ainda se faziam necessárias as observâncias de requisitos básicos, que até variavam conforme o tempo e espaço da história. Afirmam Leonardo Costa e Ana Costa que, em uma faixa temporal de Roma antiga, o romano era aquele nascido em Roma; depois esta concepção foi expandida, podendo ser romano até mesmo um cidadão estrangeiro que se domiciliou em Roma.²¹⁹

Uma pessoa que não era romana não estava sequer sujeita a tutela de sua esfera de honra subjetiva. É que apenas três classes de pessoas tinham direitos quanto à honra subjetiva: “i) Status libertatis, que eram pessoas livres; ii) Status civitatis, os cidadãos não escravos ou estrangeiros; iii) Status familiae, que eram os provedores da família”.²²⁰

Pelo exposto, evidente fica que, em Roma, a proteção à pessoa humana, enquanto destinatária final de todo o tecido jurídico, era limitada, tendo em vista que, com frequência,

²¹⁸ MEDEIROS, Andréia Sabóia Medeiros. Personalidade Civil: no Direito Romano e no Direito Atual. Revista Jurídica da Faculdade 7 de Setembro, v. 2, n. 1, 2005, p. 13-15. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/174>. Acesso em: 22 dez. 2021.

²¹⁹ COSTA, Leonardo Bocchi; COSTA, Ana Paula Bocchi. Flexibilidade da personalidade jurídica no direito romano: os dois lados de uma inovação jurídica. Revista Juris UniToledo, v. 3, n. 4, 2018, p. 88. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juris-UNITOLEDO_v.3_n.4.05.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

²²⁰ COUTO, José Henrique de Oliveira; NOGUEIRA, Marco Aurélio. A legalidade da internação compulsória de dependentes químicos na lei 13.840: uma análise a luz dos direitos de personalidade. Revista Forense, v. 432, 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/12/18/legalidade-internacao-compulsoria/>. Acesso em: 22 dez. 2021.

havia exclusão no que tange não apenas ao exercício de direito de proteção a esfera particular, como também a própria exclusão da condição humana.

A idade média nadou nas águas do período antigo. Exemplificando tal afirmação, Fermentão alega que a mulher que cometesse adultério poderia ser morta pelo marido, conquanto este, caso traísse, receberia uma punição mais leve, tal como uma multa.²²¹ Nota-se, portanto, que a pessoa humana ainda era desvalorizada, não sendo sua concepção intrínseca, a de portar uma dignidade, reconhecida.

Reconhecendo tal cenário em sua dissertação, Cibele Borghetti leciona que na idade média, um período marcado pela forte influência da religião católica perante a sociedade, onde haviam excessivas dependências econômicas e sociais, o “particularismo” prevalecia, onde “os indivíduos, segundo o influxo da sua realidade particular e concreta, eram considerados juridicamente desiguais segundo as peculiaridades da sua classe ou grupo (não das suas próprias peculiaridades), sem terem um lugar e identidade autônomos”.²²² Pois bem, vigia, à época, a concepção da particularidade, onde nem todos eram reconhecidos como pessoas dignas, pelo simples fato de existirem; era a igualdade formal sendo aplicada.

Na idade média o significado da pessoa sofreu uma evolução, ao menos no ponto de vista do papel. No aspecto formal a pessoa era única, autônoma e livre. Hogemann descreve que São Tomas de Aquino considerava uma pessoa um ser racional, social com o mundo em decorrência de relações divinas e sociais.²²³ Porém, observando a realidade de guerras, exclusões e variedade no índice de qualidade de vida de acordo com a classe, fato é que o ser humano não tinha sua personalidade, de fato, reconhecida ao máximo, sequer no nível médio.

No tempo moderno houve uma verdadeira virada kantiana. Immanuel Kant, observando a realidade ontológica, descreveu que existem coisas ou objetos e a dignidade, onde aquela era sujeita a um valor econômico, logo oneroso, podendo ser considerado um meio para atingir um determinado fim, e esta, a dignidade, não tem um preço, sendo pertencente a esfera da própria pessoa.²²⁴ “Como consectário desse raciocínio, é possível

²²¹ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 6, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313/172>. Acesso em: 22 dez. 2021.

²²² BORGHETTI, Cibele Stefani. Pessoa e personalidade humanas: uma reflexão histórico-dogmática do seu reconhecimento e proteção jurídicos, na perspectiva da teoria da relação jurídica e das teorias dos direitos de personalidade. Mestrado (Dissertação em Direito), Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 35. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008493.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2021.

²²³ HOGEMANN, Edna Raquel. A ambiguidade da noção de pessoa e o debate bioético contemporâneo. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, p. 565. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3023.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2021.

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação, p. 16-18. Disponível em:

formular uma outra enunciação do imperativo categórico: toda pessoa todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia”, Segundo Barroso, sustentado em Kant.²²⁵

Ora, se o ser humano possui uma dignidade, característica não onerosa e que está presente em qualquer “Homo sapiens” pelo fato de sua existência, ter-se-á que ser considerado um fim em si mesmo, não um meio para atingir objetivos. Passa a pessoa humana a ser um fim em si mesma, motivo pelo qual sua autonomia e sua dignidade devem ser resguardadas, não podendo se tolerar mais uma desigualdade existencial. Nesta trilha, dispara a doutrina que a pessoa “concebida como “um fim em si mesma” é um conceito moderno que deflui diretamente dos direitos humanos e encontra sua validade no princípio da dignidade da pessoa humana”.²²⁶

Em termos concretos, a virada kantiana é a transformação da pessoa para o centro do ordenamento jurídico, e, enquanto efeito dominó, todos os institutos administrativos e normativos serão observados ao centro de gravitação de todas as coisas, o indivíduo. Gabriel Oliveira de Aguiar Borges, inclusive, reza que a virada kantiana eleva a pessoa humana ao centro de todo o direito, “acima de qualquer preço”; é tal movimento, enfim, responsável pelo “redirecionamento da pessoa humana para o epicentro do sistema jurídico”.²²⁷

Com a virada kantiana na modernidade, a pessoa passa a figurar como a viga de sustentação de toda estrutura do Estado social, isto é, o ser assume a posição de “epicentro do sistema jurídico”.²²⁸ Enquanto o ser humano é um fim em si mesmo, o Estado social, agora, deverá ser um meio para atingir o fim do indivíduo, que é o de existir com a personalidade livre de embaraços, logo tendo a personalidade efetivada na realidade concreta.

Neste sentido, tem-se que no Estado social a tábua axiomática do contrato deverá observar a pessoa humana, de tal modo que não deve apenas levar em consideração o elemento volitivo fornecido por aquele, como também o valor natural de sua personalidade. Em raciocínio idêntico, Fernando Rodrigues Martins dispõe:

https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

²²⁵ Ibidem, p. 17-18.

²²⁶ RECH, E. A.; ROANI, A. R. A pessoa humana como um fim em si mesma no estado democrático de direito brasileiro fundado pela constituição federal de 1988. *Perspectiva*, v. 37, n. 138, 2013, p. 45. Disponível em: https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/138_346.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

²²⁷ BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. O efeito jurídico do ato médico na interrupção da gravidez: a vida como dano. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Uberlândia, 2019, p.41. Disponível em: <http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/24672/1/EfeitoJur%C3%ADdicoAto.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2021.

²²⁸ BASAN, Arthur Pinheiro; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A tutela do corpo eletrônico como direito básico do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 1021, 2020, p. 143.

A elaboração filosófica do Estado Social teve por escopo abandonar de vez a vontade individual absoluta que caracterizava o liberalismo e o iluminismo, assim como se desviar dos perigos da burocracia gerada pelos germes socialistas, notadamente totalitários. Talvez por isso se tenha verificado a abertura axiológica para a reconstrução dos ordenamentos jurídicos que, ante os diversos fatores de evolução da humanidade via de uma constatação massificada, urgiam ser mais equânimes, igualitários e justos. Evidente, nesse campo, é permeado um diálogo entre o direito público e o direito privado, a partir de uma conclusão óbvia no sentido de que responsável pela promoção humana não é tão-somente o aparelhamento público, mas também a sociedade, especialmente no que concerne ao valor respeitante à solidariedade. [...] Gize-se, nesse sentido, que as relações jurídicas contratuais são mais que oportunas para a instrumentalização dos direitos humanos fundamentais, mesmo porque a base que atualmente sustenta essa interpolação é a mesma: a dignidade da pessoa humana.²²⁹

De fato, estando o ser humano inserido em um Estado social, ele automaticamente passa a ser o pilar de um negócio jurídico, seja ele feito em papel (físico) ou em meios eletrônicos (internet). Assim como uma viga de ferro sustenta uma construção, o valor natural do ser humano, compreendendo a personalidade, sustenta toda uma cadeia contratual de negócio jurídico físico ou digital.

Essa sustentação é de observância obrigatória, motivo pelo qual, em título ilustrativo, não pode um instrumento particular (contrato) desrespeitar a personalidade da pessoa, em regra, e, desta exposição, se retira a noção de que um rim não pode ter um valor econômico, uma vez que é inerente a função da integridade. A vinculatividade, também conhecida como obrigatoriedade, da inserção do valor da pessoa humana no contrato é relevante. Limita tanto a autonomia privada quanto protege o ser, é claro.

Com a ativação da pessoa humana como sustância para o contrato, em um Estado social, o negócio jurídico já não se rege mais exclusivamente pelo elemento volitivo, ainda que livre e sem vícios. Em verdade, o instituto do contrato terá que observar a personalidade do indivíduo, sobre pena de ser sem efeitos. Outrora já fora até dito que o ser funciona como um quarto plano do negócio jurídico, porque se se for desrespeitado o valor do humano há uma neutralização dos efeitos contratuais.

Para além da ação humana, livre iniciativa, individualismo, patrimonialismo e vontade, o contrato observa, agora em um Estado social, outros elementos. Um desses gradientes é o ser humano, ente dotado de personalidade e que deve ter seus sistemas existenciais respeitados. Na mesma linha, a doutrina afirma que, em um Estado social, o

²²⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos Humanos Fundamentais e relações jurídicas contratuais. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007, p. 547-551. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA96D5D247A016D5F7D929B6E0>. Acesso em: 22 dez. 2021.

instituto do contrato terá que ser analisado à luz do indivíduo, ou seja, o contrato funciona como método para a “projeção concreta e funcional do indivíduo, em evidente resgate do humanismo”.²³⁰

Desta concepção se extrai o seguinte: Estando o contrato inserido em uma era social, onde a finalidade é a tutela do ser, é o próprio ser, o contrato, derivação do negócio jurídico, respeitará os planos de existência, validade e eficácia, e, em consonância, o indivíduo, incluindo seu rol de valores, como a personalidade.

Trocando em miúdos, se a personalidade do indivíduo, ente dotado de absoluto respeito pela sua condição natural, é a espinha dorsal da tábua contratual, logo as cláusulas devem ser interpretadas de acordo com o mesmo. Devido a virada kantiana elencar o ser humano como espinha dorsal tanto da administração pública quanto do direito, o indivíduo passa a ter seu rol de valores, como personalidade e fundamentalidade, figurados como elementos, ao mínimo, básicos da tábua privada. E, com isto, devem sempre serem observados em uma relação contratual.

Sendo a condição humana o pilar de sustentação do direito, o negócio jurídico observará esta moderna concepção, de tal modo que o contrato servirá à tutela ontológica do ser humano.²³¹ Enquanto no contrato liberal a pessoa servia ao contrato, no contrato social tal pacto é instrumento para se alcançar algum bem, e, ao mesmo tempo, concretizar a própria personalidade do indivíduo.

Para Rosenvald e Cristiano Chaves: “pessoa natural é o ser humano e a sua dignidade é o fundamento principal da República [...], sendo a base de todo o sistema. É ele a própria justificativa da ciência jurídica, que é feita pelo homem e para o homem”.²³² Partindo desta constatação, se tem que o ser é a base de todo o negócio jurídico, afinal os direitos e os deveres terão que serem analisados à luz da personalidade de cada um.

No Estado social o contrato, portanto, não pode estar imune ao processo de humanização, que consiste no elevar, de fato, do ser ao centro de toda a referência de um concreto pacto jurídico. Pietro Perlingieri até mesmo diz que tal processo é importante, pois

²³⁰ ENGELMANN, Wilson; BASAN, Arthur Pinheiro; HELGERA, Carlos José de Cores. Do contrato liberal ao contrato existencial: a mudança de paradigmas na hermenêutica contratual. Revista Brasileira de Direito, v. 15, n. 2, 2019, p. 49. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3527/2456>. Acesso em: 22 dez. 2021.

²³¹ CARROLL, Lewis. O princípio da função social do contrato: conteúdo, alcance e a análise econômica do direito. XIX Encontro nacional CONPEDI, 2010, p. 416. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3525.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2021.

²³² ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 314.

coloca a pessoa acima de qualquer coisa, inclusive do patrimônio.²³³ E, se assim é, a fundamentalidade da existência do ser terá que ser observada no contrato, não podendo ser neutra.

Cláudia Lima Marques discorre que o ser humano torna-se importante para a fonte de direitos e obrigações, o contrato, na medida em que a personalidade terá que gravitar nas cláusulas.²³⁴ O ser humano, desde que se tornou o suporte fático da existência da administração pública, alterou o paradigma contratual, passando-se tal instrumento dum mero representante de vontades para atingir uma finalidade, no mais das vezes econômica, para um instrumento que tem limitação pelo valor natural do ser. Logo, há a personalidade para limitar a autonomia da vontade, devendo o contrato respeitar o indivíduo, um fim em si mesmo, portador de uma dignidade.

O código civil de 2002, incluindo a parte contratual, é fundado em três elementos: sociabilidade, eticidade e operabilidade. Deveria, em verdade, ter o quarto elemento, que é a personalidade da pessoa. Toda a teoria geral do fato jurídico se estrutura para o humano, e, sendo desta forma, a personalidade é uma característica a ser observada pelo direito civil, especialmente no campo do contrato.

Enquanto efeito dominó da personalidade, ainda que não esteja prevista como um vetor ao lado da operabilidade, eticidade e sociabilidade, a tábua contratual ter-se-á que ter regras respeitadoras do valor humano. Com isso, ultrapassa-se a velha concepção liberal de que um contrato é apenas um instrumento para concretização duma finalidade, chegando ao patamar de tal instrumento ser além disso, mas, acima de tudo, protetor da personalidade de cada um. Então, a personalidade acaba fazendo um “balizamento incondicional na interpretação contratual”, uma vez que terá que ser otimizado.²³⁵

Enfim, o indivíduo, com a ascensão da ideologia de Kant, passa a ser o centro de gravitação de um contrato. Dúvida não há de que é fundamental o elemento volitivo para existir um contrato saudável, que é aquele respeitador dos planos de existência e validade, principalmente. Porém, dúvida não há também no que tange ao fato do contrato ter que observar o fim de tudo, o indivíduo.

²³³ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33.

²³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 101.

²³⁵ TOSCANO DE BRITO, R. Dignidade da pessoa humana: um princípio civil-constitucional orientador do desenvolvimento contratual contemporâneo. Direito e Desenvolvimento, v. 3, n. 5, p. 261-280, 2017, p. 274. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/204>. Acesso em: 22 dez. 2021.

2.2.2 Solidificação da boa-fé

No que diz respeito ao Código Civil de 1916, fortemente inspirado pelos valores napoleônicos, ele não positiva expressamente a boa fé objetiva. A palavra boa fé, por sua vez, aparece 34 vezes, mas nenhuma faz referência a de natureza objetiva. O código realense demonstra 56 vezes a palavra boa-fé. Pela quantidade desta palavra já se tem uma noção inicial da transformação do contrato, afinal, na atual era, houve a solidificação da boa-fé.

Judith Martins Costa ensina que a boa fé, que tem origem na idade antiga, já encontrava sua normatização em Roma, na lei das doze tábuas; e isto se verificava na tutela do cliente frente a fraudes.²³⁶ Não era um termo tão consolidado como o de hodiernamente, limitando-se no aspecto da lealdade. Alega tal autora que a boa-fé, conhecida pela expressão “fides”, era utilizada em negócios jurídicos e, em consonância, transmitia uma dimensão de lealdade.²³⁷ Os contratantes deveriam ser leais, é isso.

A dimensão da boa-fé, ainda que não seja idêntica a de hoje, gerava efeitos práticos. Neste sentido, Flávio Rubinstein descreve que, em decorrência da “fides”, deveria haver lealdade entre os contratantes, estejam eles em terreno romano ou alienígena.²³⁸ E arremata com dois exemplos:

Um primeiro testemunho da fides ora examinada foi o tratado celebrado entre Roma e Cartago, no auge da Primeira Guerra Púnica. Neste documento, estipulou-se que os cidadãos de cada uma das partes gozariam, na Sicília, de proteção nos negócios no setor de influência da outra parte, sendo esta proteção assegurada pela fides. Aplicada nesse contexto, a fides externa revestira, na Roma do séc. III a.C., a natureza de ponto de referência vinculante em pactos igualitários, compreendendo a obrigação e a garantia estatal da força vinculante do ato. Um segundo exemplo, descrito por Cícero é o do cônsul romano Marco Atílio Régulo, aprisionado pelos cartagineses durante a já referida Primeira Guerra Púnica, e enviado a Roma com a missão de trocar prisioneiros e mediar um acordo de paz. Antes de sua partida, o cônsul teve de prestar juramento obrigando-se a regressara Cartago na eventualidade de frustarem-se os objetivos de sua missão.²³⁹

Em consonância com a *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos), havia a dimensão da lealdade para os contratantes. Era a boa-fé incidindo nas relações, ainda de

²³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 49.

²³⁷ Ibidem, p. 49.

²³⁸ RUBINSTEIN, Flávio. A bona fides como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito, v. 99, 2004, p. 602-604. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67639/70249>. Acesso em: 23 dez. 2021.

²³⁹ Ibidem, p. 606-608.

modo tímido. Por causa de tal instituto, os negociantes romanos teriam que serem leais aos combos de cláusulas. Atingiriam a finalidade do negócio jurídico de acordo com a lealdade, é claro.

Por se tratar de uma época remota, não existem tantos documentos sobre a “fides”, e, como se já não fosse o bastante, tal período era marcado pelo uso da voz.²⁴⁰ Assim, uma margem se abriu para a discussão do verdadeiro significado de “fides”. Judith, discorrendo sobre isso, chega a conclusão de que a boa-fé primitiva (“fides”) seria uma expressão com diversos significados, dentre eles o de cooperação recíproca e colaboração (em pactos de pessoas iguais, uma vez que, em Roma, estrangeiros, por exemplo, eram quase invisíveis no corpo de tutela jurídica), de “amparo ou proteção (na relação entre desiguais)” ou até mesmo de lealdade.²⁴¹

Para Rodolfo Pamplona e João Neto a expressão “fides”, em certo momento, tinha três ramificações. Estes três significados fazem sentido pelo contexto. Na Roma antiga, existia uma relação entre pessoas de classe alta (cidadãos romanos) e pessoas de classe baixa (súditos), onde aqueles asseguravam uma promessa de tutela destes, que deveriam obedecer; é, enfim, uma relação mútua, onde o superior promete uma proteção, conquanto o subordinado deve obedecer a ordens.²⁴²

É desta relação que a “fides” assume três concepções.

A primeira concepção é a fides-sacra. Registrada na Lei de XII tábuas, atribuída para o empregador (compreendendo aquele que adquire uma mão de obra em troca de fornecer uma remuneração) uma sanção caso descumprisse o seu dever de lealdade com o cliente.²⁴³ Ora, quebrando a lealdade com o cliente, o empregador sofrerá uma sanção pelos “Deuses”.²⁴⁴

O segundo significado é a fides-facto, que dava uma ideia de promessa de garantia, por parte da classe superior.²⁴⁵ Desvinculava-se, assim, de uma noção religiosa, como a fides-sacra.

²⁴⁰ SALDANHA, Daniel Cabaleiro. Brevíssimo ensaio sobre as origens históricas da boa-fé e sua intercessão com o Direito Público. *Prisma Jur*, v. 9, n. 1, 2010, p. 193. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/download/1970/1747>. Acesso em: 23 dez. 2021.

²⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 49-50.

²⁴² FILHO, Rodolfo Pamplona; NETO, João Hora. A compreensão contemporânea da boa-fé objetiva. *Revista Direito UNIFACS*, v. 250, 2021, p. 12. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7179/4314>. Acesso em: 23 dez. 2021.

²⁴³ GONTIJO, Maisa Conceição Gomes. Análise do princípio da boa-fé objetiva estatuído no artigo 422 do código civil brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009, p. 19. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GontijoMC_1.pdf. Acesso em: 23 dez. 2021.

²⁴⁴ Ibidem, p. 19.

²⁴⁵ FILHO; NETO, Op. cit., p. 12.

O último significado é a fides-ética, cujo “sentido de que a garantia expressa pela fides estava na qualidade de uma pessoa, dando à fides uma conotação moral”; e, então, “mais do que um fato, ela representava o sentido de dever, mesmo não tendo sido ainda recepcionada pelo direito”, nos ditames de Maisa Gontijo.²⁴⁶ Portanto, a fides-ética, ao que se está indicado, traduz uma ideia moral de que há um dever na relação de cliente, por parte do cidadão romano.

Mais tarde, a fides vestiu uma nova roupagem, sendo a “bona fides”. O motivo desta evolução é que a “fides” estava limitada ao território romano, mas, ao terem contatos, principalmente comerciais, com estrangeiros, surgiram demandas de um instituto mais concreto para tutela da relação.²⁴⁷

Contribuiu para a formação de bona fides a demanda de novas relações contratuais. Isto porque, o número de pessoas, em Roma, fazendo comércio, inclusive em sede internacional, desafiou os valores formais do negócio jurídico, especialmente o da autodeterminação contratual.²⁴⁸ Com isso, instaurou-se uma necessidade de viagem dum contrato formal para um contrato aberto a realidade, onde, para tanto, os contratantes passaram a ter que usarem da honestidade.²⁴⁹

Por óbvio, a bona fides era voltada para o âmbito de lealdade, tal como a boa-fé primitiva. Isto, importante ressaltar, não retirava sua característica própria, que era a de um contratante atuar sem lesionar terceiros, livre de dolo comissivo ou omissivo, e, ao mesmo tempo, se preocupando com a honestidade. Publicando um estudo que adveio duma conferência na França, Fiori destaca que a fides estava mais voltada para uma relação com domínio e confiança, características próprias do sistema de clientela, com o superior prometendo tutela para o inferior e este obedecendo aquele.²⁵⁰ Isto porque, havia uma relação forte de exercício de autoridade do superior no inferior, e, em uma tentativa de fortalecimento de tais laços, a boa-fé entrava como um remédio, conquanto funcionava como instrumento de lealdade, afinal intermediava a promessa de proteção (pelo superior romano) e o dever de obediência (pelo inferior). Por sua vez, a “bona fides” adveio com a deflagração da abertura de Roma para os novos grupos alienígenas, onde se precisava de um instrumento para se

²⁴⁶ GONTIJO, Op. cit., p. 20.

²⁴⁷ DONNINI, Rogério José Ferraz. Bona fides: do direito material ao processual. Revista de Processo, v. 251, 2016, p. 2.

²⁴⁸ CARBONAR, Dante Olavo Frazon. A origem da boa-fé (bona fides) no direito romano. Revista de Direito Privado, v. 87, 2018, p. 163.

²⁴⁹ Ibidem, p. 162-164.

²⁵⁰ FIORI, Roberto. "Fides et bona fides" Hiérarchie sociale et catégories juridiques. Revue historique de droit français et étranger, v. 86, n. 4, 2008, p. 473-474. Disponível em: 24 dez. 2021.

efetivar mais segurança nas relações novas que estavam surgindo.²⁵¹ Há sentido na evolução de “fides” para “bona fides”, pois uma relação interna de Roma era desconhecida pelo cidadão estrangeiro e os pactos externos eram ignorados pelos romanos; e, portanto, necessário se fez a evolução da boa fé, com o intuito de neutralizar danos e potencializar a honestidade.

Sobre tal processo, José Couto e Basan dissertam que o termo “fides” tornou-se “bona fides”, “onde, então, passou-se à análise do estado subjetivo daquele que contrata, ou seja, o vínculo jurídico tem uma manifestação volitiva de vontade e esta é analisada conforme o estado de espírito do contratante”.²⁵²

Agir munido de “bona fides”, portanto, significa que o ser está sendo honesto, sem intenção de causar uma lesão a terceiro; e, para tanto, sua palavra tem uma excessiva força vinculante, garantindo uma tutela numa relação. A palavra dada tem uma dimensão de confiança e, ao fornecê-la, o romano está se direcionando para um rumo, porém sem se esquecer de que terá que respeitar terceiros, sendo honesto.²⁵³

Destas constatações se alcança o resultado de que a “bona fides” tinha os seguintes elementos: a) honestidade (sujeito teria que ser honesto, comprometido não apenas com a verdade, mas com a boa procedência; é o bom agir); b) força vinculante da palavra (a palavra do cidadão romano tinha uma força, pois deveria ser, de fato, cumprida); c) ausência de maldade para com terceiro (o ser, por causa de sua honestidade e sendo guiado pela moralidade, teria que abdicar de afetar terceiros).

A doutrina estrangeira comenta:

Bona Fides is required as a condition for good relations between people at all times. Being honest, correct and loyal in a relationship is a behaviour preferred and promoted by moral, good habits and religion. It seems easy to understand bona fides as a sincere intention to deal fairly with the others and in everyday life we estimate people who behave in this way. But as a legal principle, bona fides is hard to assess.²⁵⁴

²⁵¹ Ibidem, p. 474-475.

²⁵² COUTO, José Henrique de Oliveira; BASAN, Arthur Pinheiro. A ausência da boa-fé objetiva na coleta de dados pessoais sensíveis dos consumidores nos contratos eletrônicos. Anais do I seminário sobre Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania, 2020, p. 19.

²⁵³ JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Proteção da boa-fé subjetiva. Revista da AJURIS, v. 39, n. 126, 2012, p. 188. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/781>. Acesso em: 23 dez. 2021.

²⁵⁴ IKONOMI, Ergysa; ZYBERAJ, Jonada. “Bona Fides” Principle’s Value in Pre-Contractual Liability. Academic Journal Of Interdisciplinary Studies, v. 2, n. 9, 2013, p. 482. Disponível em: <https://www.richtmann.org/journal/index.php/ajis/article/view/877>. Acesso em: 23 dez. 2021.

Então, da “bona fides” surgem dois lados da moeda. Do lado da “coroa”, a “bona fides” representa, de fato, um avanço no instituto do contrato, porquanto guia o ser para ser honesto, não praticante de dolo para lesar um direito pessoal ou patrimonial do outro. Também guia o sujeito para ser justo, um termo que já levantou e continuará levantando rios de tintas para ser respondido. Do lado da “cara”, a “bona fides” é um conceito de natureza múltipla, tendo em vista que é interpretada de diferentes maneiras. Isto é, criando uma explosão de informações, doutrinas divergentes direcionaram-se ao estudo da bona fides, prejudicando até mesmo uma compreensão com por centro precisa de tal instituto.²⁵⁵

Tal “bona fides”, que apareceu pela primeira vez em uma relação internacional entre Roma e Cartago (isto demonstra, conforme já exposto, a ampliação de relações em Roma), tem o seu pilar no fato do contratante ter que cumprir o que foi combinado, e, para tanto, sua concepção interna de fidelidade o levaria a ser honesto.²⁵⁶ Os padrões de justiça e honestidade, expressões da bona fides, gravitam o contrato, é isso.

A boa-fé, em sua versão de “bona fides”, constitui uma segurança extra para os contratantes, que são ignorantes no que toca aos hábitos, intenções e fatores de um grupo, como o Romano frente ao estrangeiro. Neste sentido, Betti argumenta que a bona fides “expressa uma qualidade objetiva que se atribui àquilo em que se pode confiar”, afinal é instrumento que “representa uma segura confiança”.²⁵⁷

Gize-se que, hodiernamente, é fácil descobrir um histórico de informações de um sujeito contratante. Por exemplo, jogando o número do CPF do sujeito na rede de navegação, uma tonelada de informações relacionadas aos créditos aparece, tais como se é um bom pagador, se deve ou para quem está devendo. Enfim, com simples dados pessoais dum contratante, hoje, fica fácil proceder com a identificação de pretéritos comportamentos dum indivíduo. Com isso, um contratante pode ser influenciado a relacionar, ou não. É a confiança lançando seus jatos de efeitos no que está prestes a fazer um contrato. Entretanto, nem sempre fora assim. Na época onde rios de tintas eram usados, em Roma antiga, para descobrir se o outro contratante era individualmente decente para fazer um pacto, necessário era uma investigação complexa, com uma probabilidade de os resultados serem imprecisos. É neste contexto de desinformação que a bona fides serve como instrumento para aumento de

²⁵⁵ MARTIN, Samuel. The evolution of good faith in western contract law. 2018, p. 02.

²⁵⁶ SIČ, M. FIDES И BONA FIDES У ПРОЦЕСУ СТВАРАЊА РИМСКОГ ОПШТЕГ ПРАВА (IUS GENTIUM). Zbornik radova Pravnog fakulteta, vol. 46, br. 2, 2012, p. 158-159. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/zbornado2012&div=47&id=&page=>. Acesso em: 23 dez. 2021.

²⁵⁷ BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 82-83.

segurança jurídica no instituto do contrato, conquanto baliza os sujeitos para serem leais, íntegros e honestos um para com o outro.

Ainda tratando sobre bona fides, Graveson comenta: “Particularly in Roman Law, where the idea of contract was to a large extent undeveloped, promises were enforced in the form of pacts on the basis of bona fides, not of the autonomy of the will”.²⁵⁸ A influência da boa-fé era grande, porém não maior que a de hoje. Outra observação a ser feita é que, de fato, existia a bona fides nos contratos, porém também tinha o exercício da autonomia da vontade. Aliás, é a clássica *pacta sunt servanda*, aplicada fortemente pelos romanos em suas relações. Então, diferente do que alega Graveson, o contrato romano tinha, sim, uma forte ligação com a autonomia da vontade, em que pese ela ficar sobre escolta da bona fides.

No cenário medieval a igreja exercia um enorme poder, controlando os meios econômicos, sociais e reais. Era muito influente em passar uma visão ontológica do direito canônico, baseado, muitas das vezes, em um Jus naturalismo. Deus é a fonte de surgimento de todas as coisas, por isso o ser lhe respeitará. Enquanto efeito dominó, pessoas deveriam ser gratas e não cometerem pecados. É um dever de respeito perante a autoridade maior, Deus.

É, então, na idade média que a boa-fé ficou mais alocada com o estado subjetivo do ser. Isto porque, pela pessoa ter que respeitar os mandamentos canônicos, sua intenção interna, que deveria ser pura, teria que se esquivar de cometer pecados, logo de desagradar um Deus. Cometendo pecado (vontade interna), a pessoa estaria agindo de má-fé e, caso contrário, não violar o direito canônico em sua conjuntura, estará atuando com boa-fé.²⁵⁹ José Couto e Arthur Basan lapidam que, “na idade média, o direito canônico deixará tal ferramenta com a função de avaliar o estado psíquico da pessoa, que não poderia ser pecadora, pois estaria agindo com a má-fé”.²⁶⁰

Essa lógica também se arrastou para o cenário do contrato, afinal os seres não poderiam atuar como intenções que fossem contrárias aos mandamentos divinos. Por isso, os contratantes teriam, ao menos em um âmbito formal, que usarem de intenções puras, livres de dolos prejudiciais. Judith Martins, inclusive, entabula:

²⁵⁸ GRAVESON, R.H. The movement from status to contract. *Modern Law Review*, 1941, p. 261.

²⁵⁹ SILVA, Michael César; MATOS, Vanessa Santiago Fernandes de. Lineamentos do princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual contemporâneo. Uma releitura na perspectiva civil-constitucional. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v.1, n. 2, p. 1559-1603, 2015, p. 1568. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1559_1603.pdf. Acesso em: 24 dez. 2021.

²⁶⁰ COUTO, José Henrique de Oliveira; BASAN, Arthur Pinheiro. A ausência da boa-fé objetiva na coleta de dados pessoais sensíveis dos consumidores nos contratos eletrônicos. *Anais do I seminário sobre Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania*, 2020, p. 20.

À primeira vista, pode parecer idêntica à conotação advinda do direito romano, a boa-fé como denotativa da ignorância acerca da litigiosidade. Contudo, o direito canônico introduz um poderoso pólo de significados [...], vale dizer, como estado contraposto à má-fé. No que concerne ao direito das obrigações, a sua generalização e a inexistência de um papel especificamente técnico-jurídico [...]. Já no que respeita à prescrição aquisitiva, a boa-fé subjetiva se: torna-se estado de ciência individual, requerendo não apenas a mera ignorância, como no direito romano, mas a consciência íntima e subjetiva da ausência de pecado, isto é, de se estar agindo corretamente, de não se estar lesando regra jurídica ou direito de outrem [...].²⁶¹

Com isso, os contratantes deveriam fazer o certo, levando em consideração que o certo é o que advém da religião. É um termo aberto, porém, ao mesmo tempo, de fácil compreensão. Não pode um contratante vender, para um romano, um cavalo que sabe que está com doença. Isto é certo, por exemplo. Evidente que, por falta de uma precisa dimensão da boa-fé na idade média, casos difíceis surgiam, instaurando uma prolongada discussão sobre se a conduta do contratante era certa ou errada.

Chegando na idade moderna, especificamente depois 1ª guerra mundial, a boa-fé se fez excessivamente presente no âmbito do judiciário alemão, porquanto os juízes a utilizavam para resolução de litígio.²⁶² A jurisprudência na Alemanha, nos anos pós 1ª guerra mundial, se libertou da “concepção axiomática originária”, preenchendo-se com “juízos de valor e fonte autônoma de direitos e obrigações”.²⁶³

Em apertada síntese, após tal guerra, a boa-fé objetiva teve suas raízes (lealdade, confiança e honestidade) concretizadas nos juizados alemães; e isto acabou a tornando como um padrão de agir a ser seguido pelos contratantes. Pamplona e João Neto até defendem que os padrões de “lealdade/crença/confiança e reciprocidade de deveres foram fomentados pelos juízes alemães à época, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, que confirmaram a boa-fé objetiva como uma regra de conduta leal e honesta a ser adotada pelas partes”.²⁶⁴

O conceito de lealdade, por estar inserido na linguística portuguesa, assume um rol de significados. Ainda assim, necessário é conceituá-la. A lealdade pode ser definida como um agir leal, com a parte informando sobre o objeto ou o serviço que irá fornecer. Enfim, ser leal é ser de acordo com a verdade, transmitindo as informações necessárias para o outro

²⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 129-131.

²⁶² ROSENVALD, Nelson. O Princípio da Boa-fé. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, v. 15, n. 10, 2003, p. 14. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=2C90824837157F77013715978C562242>.

Acesso em: 24 dez. 2021.

²⁶³ Ibidem p. 14.

²⁶⁴ FILHO, Rodolfo Pamplona; NETO, João Hora. A compreensão contemporânea da boa-fé objetiva. Revista Direito UNIFACS, v. 250, 2021, p. 15. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7179/4314>. Acesso em: 24 dez. 2021.

contratante, que, com base nelas, tomará uma decisão. A lealdade está umbilicalmente ligada com a transparência, vez que o agir leal equivale ao agir com a verdade na exposição da informação. “A ideia de lealdade infere o estabelecimento de relações calcadas na transparência e enunciação da verdade, com a correspondência entre a vontade manifestada e a conduta praticada”, conforme Pamplona e Stolze.²⁶⁵

No tocante a confiança, temos que ela se materializa no depósito dum sujeito sobre a informação recebida do outro contratante. Então, o sujeito deposita confiança na informação recebida do outro contratante, dando a devida credibilidade que julga necessária. Esta confiança também se materializa no acreditar do sujeito sobre a conduta do outro, isto é, cria-se uma legítima expectativa que a parte adversa realizará o combinado. Esta é a confiança, tão vulnerável nesta sociedade de risco.

A confiança tem um lado negativo e um lado positivo, portanto. Neste sentido, aponta Raphael Martins:

Em sua primeira função, que poderíamos chamar de sua dimensão negativa, ela busca proteger as expectativas legítimas criadas pela conduta de terceiros. Nesta dimensão, a confiança permite aos indivíduos prosseguirem com a consecução de suas atividades, protegidos de uma eventual conduta leviana, ou melhor, contraditória, de terceiros, em quem se confiaram. Em sua perspectiva positiva, entretanto, a proteção da confiança pelo ordenamento funciona como verdadeira justificação da vinculabilidade de terceiros aos negócios jurídicos de que participam. Afinal, se aceitamos que a relação obrigacional surge não do contrato, mas do próprio contato social entre as partes, sendo que a partir deste ponto a relação se desenvolve, teleologicamente, rumo à satisfação dos interesses legítimos das partes envolvidas.²⁶⁶

Honestidade, por sua vez, é o ser não ser fraudulento ou enganador. Por exemplo, ao fraudar uma escritura pública de imóvel e aliená-la para uma senhora leiga, está havendo uma desonestidade, fruto de fraude e enganação. Logo, honestidade diz respeito ao agir com boas intenções, cuja pureza se encontra no estado de não querer enganar ou fraudar para obter uma vantagem indevida. Ser honesto é levar em consideração que o outro contratante, por ser uma pessoa (portadora do direito à verdade), não terá que tolerar falcatuas. Vantagens surgidas por fraude ou enganação estão desvinculadas com a honestidade, afinal o ser atuou sem boa-fé, rompendo o ciclo de informatividade, lealdade e confiança.

²⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 107.

²⁶⁶ MARTINS, Raphael Manhães. Apontamentos sobre o Princípio da Confiança Legítima no Direito Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 10, n. 40, 2007, p. 179-180. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista40/Revista40_177.pdf. Acesso em: 24 dez. 2021.

Daí em diante a boa-fé fora sendo desenvolvida pela doutrina. Na atualidade, tem uma dupla face: subjetiva e objetiva.

A boa-fé subjetiva nada mais é do que o atuar do contratante com o elemento volitivo desprovido de dolo ou sentimento rancoroso para prejudicar o direito do outro. Ora, estar com boa-fé subjetiva equivale a dizer que o sujeito, ao estabelecer um pacto jurídico, está munido de boas intenções, no sentido de não querer violar ou colocar em risco um direito de terceiro. O contratante de boa-fé é, enfim, aquele que está com o âmbito da psique desprovido de intenções ardilosas, fraudulentas, ilícitas ou indevidas.

“The baseline conception consists of four elements: subjective honesty, or sincerity; nonviolation of generally accepted standards of decency applicable to the conduct of business; nonviolation of generally accepted basic corporate norms; and fidelity to office”, consoante Eisenberg.²⁶⁷ Trocando em miúdos, está com boa subjetiva aquele que, portando uma honestidade e uma potencialidade de verdade, agi em prol de si próprio, sem se esquecer que o outro contratante é uma pessoa humana, que merece respeito e amparo pelo direito. Por isso, a atuação terá que ser proba, diligente e, principalmente, vinculada com as noções de verdade e integridade.

Atua de boa-fé subjetiva o sujeito que, colocando o que sabe no negócio jurídico, persegue fielmente sua finalidade, na medida do possível, claro. E é nesta perseguição que o sujeito atua com lealdade, uma vez que seu âmbito interno está sustentado na honestidade. Busca a concretização do rol de cláusulas do negócio, mas, ao mesmo tempo, utiliza sua vontade interna para se guiar pelos básicos elementos: honestidade, verdade e lealdade.

O aposentado ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar, comenta que “a subjetiva é um dado interno, que está na consciência do sujeito, que o leva a acreditar (crença) na legitimidade da sua conduta”.²⁶⁸ De fato, o sujeito que goza de boa-fé subjetiva acredita que sua conduta está legitimada, porquanto sua atuação, com base no elemento interno, respalda-se nos pilares de informatividade, honestidade e lealdade. E o ministro arremata: [...] “a boa-fé subjetiva é um fato (intelectivo, ou volitivo, como querem alguns)”.²⁶⁹

A boa-fé subjetiva é fruto da esfera íntima da pessoa, porém seus efeitos se projetam no âmbito externo do ser, porquanto sua cognição leva sua conduta a ser diligente, honesta e

²⁶⁷ EISENBEGGER, Melvin A. The duty of good faith in corporate law. Delaware Journal of Corporate Law, v. 31, n. 1, 2005, p. 04.

²⁶⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Proteção da boa-fé subjetiva. Revista da Ajuris, v. 39, n. 126, 2012, p. 190. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/781>. Acesso em: 24 dez. 2021.

²⁶⁹ Ibidem, p. 191.

leal. Para Donizetti e Quintella: “A dita boa-fé subjetiva refere-se à esfera interna da pessoa. Opera em seu plano de consciência, e por isso se relaciona com a moral”.²⁷⁰ Assim, conquanto a boa-fé subjetiva tem operação em âmbito interior, a conduta representativa de sua cognição exara a lealdade e honestidade.

Na boa fé subjetiva o que é importante é o elemento psicológico. Estando com a consciência íntegra, o contratante adotará uma conduta leal, perseguindo fielmente tanto o seu objetivo quanto respeitando o do outro. Neste “jogo” a honestidade também balizará o negócio jurídico, porquanto o elemento interno dum contratante lhe impulsiona a não cometer fraudes ou enganações.

“Onde há a boa-fé subjetiva, leva-se em consideração a intenção, a consciência individual das partes contratantes de atuarem conforme o direito aplicável, devendo o juiz levar em consideração o estado de consciência do sujeito da relação jurídica”, de acordo com Guersoni.²⁷¹ Logo, é o elemento psicológico que está em análise na boa-fé subjetiva, porquanto se trata da intenção interna, onde nenhum sujeito tem acesso com exceção do particular que a tem.

Esta espécie de boa-fé subjetiva se solidificou após a virada kantiana, onde o ser humano passou a ser dotado de um valor natural, típico de sua própria personalidade. Também contribuiu para tal solidificação a alteração no paradigma contratual, onde não basta mais apenas o elemento da vontade para se ter um pacto, devendo ser levados em consideração outros elementos, como a boa-fé e a função social (figura que será esmiuçada no próximo capítulo).

Alterou-se paulatinamente a configuração do contrato. No liberalismo oitocentista o negócio jurídico servia como meio para concretização de vantagens patrimoniais, assim como no Estado social. Ainda assim, ambas figuras, em diferentes momentos, guardam diferenças. Na seara liberal o contrato se regula pela característica da vontade, afinal, ao fornecê-la, está o ser se vinculando em uma teia de direitos e obrigações. Para a dilaceração desta teia, é preciso concretizar a *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos). Por sua vez, o contrato social, típico duma administração pública presente, também se regula pelo consentimento,

²⁷⁰ DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. Curso didático de direito civil. São Paulo: Atlas, 2016, p. 483.

²⁷¹ GUERSONI, Angelo Junqueira. Boa-fé objetiva no direito contratual do código civil brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2006, p. 79. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/5704/Disserta%20a7%20a3o%20Mestrado%20Angelo%20Junqueira%20Guersoni%20-%20Boa%20F%20a9%20Objetiva%20no%20Direito%20Contratual%20do%20C%20b3digo%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 dez. 2021.

porém também existem elementos que lhe gravitam, como a boa-fé, a personalidade do humano, que é o fim de tudo, e a função social.

Assim sendo, há fundamentalidade da boa-fé subjetiva à esfera contratual. O elemento psicológico do ser terá que estar livre de más intenções, dentre as quais podemos citar: dolo, fraude ou omissão prejudicial e indevida. Com esta omissão de intenções negativas ou prejudiciais, o contrato, a prima facie, está livre de embaraços, podendo suas cláusulas projetarem efeitos na realidade. Em apertada síntese, estando o sujeito com a subjetividade vinculada com a boa-fé, projetará suas condutas, em regra, de acordo com a honestidade, lealdade e veracidade, garantindo um contrato “saudável”.

Já no tocante a boa-fé objetiva, tomemos as lições de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald: “a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer, a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção”.²⁷² Giza-se que, aqui, não faz importância o sujeito querer, ou não, agir com deslealdade, desonestidade ou improbidade, afinal o que está em análise é a conduta exteriorizada para o mundo. Por dedução lógica, importará analisar se a conduta está sendo leal, honesta ou íntegra, ainda que o elemento volitivo do contratante tenha se dado por outra banda.

Um fato é o sujeito, usando de sua racionalidade, ambicionar prejudicar, ou não, terceiros antes, durante ou após o estabelecimento do negócio jurídico, seja ele online ou físico. Outro fato é o sujeito praticar atos na realidade ontológica. Ao agir, está inserindo no mundo os efeitos de suas condutas. Terceiros sofrem impactos duma conduta, especialmente em uma sociedade de risco. Neste sentido, à boa-fé objetiva relevante é a conduta exteriorizada à sociedade, porquanto são as pessoas, as coisas ou os direitos que sofreram os impactos daquela.

Com isso em mente, se tem que a boa-fé objetiva tem uma dimensão exterior. É exterior porque o relevante é a conduta leal, honesta ou íntegra, dispensando a análise do psicológico interior, inacessível por terceiros. Escrito em termos mais cristalinos, é a conduta, expelida pelo indivíduo, que é relevante, porquanto impacta terceiros. Toda ação tem uma reação e, da mesma forma, toda conduta gera efeitos, sejam benevolentes ou malevolentes. Nesta cadeia de efeitos, derivados por causa de uma ação, não importará a convicção interna da pessoa, mas sim da exteriorização do agir.

Devido a isso, Miguel Reale até defende que a boa-fé, incluindo aí a objetiva, é a “condição especial à ética-jurídica”, vez que “é forma de conduta e norma de comportamento,

²⁷² ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 109.

sendo ainda um "cânone hermenêutica" integrativo do contrato; como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos".²⁷³ De fato, a boa-fé objetiva visa, principalmente, servir como um instrumento de ética contratual. Faz isso limitando a autonomia da vontade frente a outros direitos. E, para aumentar a eficácia desta restrição, funciona como um instrumento onde se avalia a conduta exterior, não o ânimo subjetivo do contratante. Com isso, a boa-fé objetiva torna-se relevante para dar privilégio a honestidade, a lealdade e a informatividade, valores tão essenciais nas etapas pré, durante e pós contratual.

Justamente por isso, Carlos Iglesias comenta:

Boa-fé significa, pois, lealdade no cumprimento do contrato, nas negociações preliminares, transparência na redação dos pactos e equilíbrio econômico, pois o contrato deve ter uma equação econômica justa. Significa também cooperação entre as partes para que o contrato seja cumprido, e ainda informação completa. Exige comportamentos que não causem surpresa a outros e que não rompam presunções ou expectativas nascidas na mente de outro pelo seu próprio comportamento, ou seja, proíbe comportamentos contraditórios. Impõe ainda deveres de cuidado e segurança, de aviso e esclarecimento, de prestar contas, de colaboração e cooperação, e de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte.²⁷⁴

Enfim, tendo por base a boa-fé objetiva, o sujeito, pelo fato de agir em busca do adimplemento contratual, estará com seu combo de condutas escoltado pelos valores da lealdade, transparência, ética, honestidade, sobre pena de se tirar os efeitos do negócio (v.g. Agindo com dolo direto e de 1º grau, Caio vende, para Tício, um veículo com o motor estragado. Tício, após levar o veículo no mecânico e descobrir tal fato negativo, decide entrar com uma ação de vício redibitório, redibindo o contrato). Portanto, o contratante age com boa-fé quando suas condutas são honestas, íntegras, transparentes e leais, para com o outro.

Logo, estar com boa-fé objetiva significa que o contratante mantém o outro informado sobre as cláusulas, e, para atingir o fim do negócio (adimplemento íntegro), ter-se-á que ser honesto, leal e ético. Marcos Ehrhardt defende que: "Pode-se definir a boa-fé objetiva [...] como um modelo ético de comportamento que se exige de todos os integrantes da relação obrigacional".²⁷⁵

Realmente a boa-fé objetiva é um modelo a ser seguido por todos os contratantes, estejam eles em relações empresariais ou consumistas. Ter acesso a precisa e verdadeira informação colabora na tomada de decisão de aceitar, ou não, o contrato, com uma clickwrap

²⁷³ REALE, Miguel. Estudos preliminares do Código Civil. São Paulo: R. dos Tribunais, 2003, p. 75-78.

²⁷⁴ DINIZ, Carlos Eduardo Iglesias. A boa-fé objetiva no direito brasileiro e a proibição de comportamentos contraditórios. 10 anos do Código Civil: Aplicação, Acerto, Desacertos e Novos Rumos, 2013, p. 63.

²⁷⁵ EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. Fortaleza, Revista Pensar, v. 18, n. 2, p. 551-586, 2013, p. 553. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2704/pdf>. Acesso em: 26 dez. 2021.

(contrato eletrônico) ou com uma assinatura (contrato de papel). Ser honesto é relevante porque gera a confiança na outra parte de não ser enganado ou sofrer uma fraude, tendo seu patrimônio indevidamente reduzido. E a honestidade também contribui à manutenção do contrato, especialmente porque uma parte estará ciente de que o outro não tomara o que não pertence.

Enquanto efeito dominó da boa-fé objetiva, a liberdade subjetiva é restringida, “não sendo admitidas condutas lesivas, negligentes, desleais e obscuras entre os contratantes”; a “boa-fé objetiva afasta ilicitudes no negócio jurídico e atrai a legalidade, pois os negócios jurídicos não poderão estar em desacordo com legislações, muito menos conterem cláusulas abusivas”, segundo Couto e Basan.²⁷⁶

Exposto isso, cumpre mencionar as três funções da boa-fé objetiva: i) controle; ii) interpretativa; iii) integrativa.

O artigo 187 do CC é cristalino ao dispor que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Este artigo resume a função de controle da boa-fé, que serve, em verdade, como um limitador da autonomia da vontade frente ao rol de direitos existentes na sociedade de risco.

A função de controle é um standard a ser seguido, porquanto limita a autonomia da vontade do contratante. É verdade que o direito civil, especialmente nas partes geral, obrigacional e contratual, deve ceder um satisfatório espaço para o exercício da liberdade contratual, porém também é verdade que o elemento volitivo não pode ser absoluto. A função de controle da boa-fé objetiva ingressa como um remédio frente a “liberdade absoluta”.

Sobre tal função, a doutrina entende que é “uma espécie de diretiva do comportamento das partes, quando da execução contratual, diretiva essa permissiva de um efetivo controle desse comportamento”.²⁷⁷

No que toca a função interpretativa, ela consiste no uso, pelo poder judiciário diante de um caso concreto, dos elementos da boa-fé objetiva, como a informatividade, lealdade e honestidade. Em termos concreto, diante de um caso concreto, o poder judiciário usará da boa-fé para resolver uma lide, concedendo, ou não, o mérito ao autor.

²⁷⁶ COUTO, José Henrique de Oliveira; BASAN, Arthur Pinheiro. A ausência da boa-fé objetiva na coleta de dados pessoais sensíveis dos consumidores nos contratos eletrônicos. Anais do I seminário sobre Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania, 2020, p. 21.

²⁷⁷ FRADERA, Véra Maria Jacob de. A Boa Fé Objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. Revista da Faculdade De Direito da UFRGS, 2002, p. 135. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/48655/30311>. Acesso em: 26 dez. 2021.

Independente da instância, o poder judiciário, ao julgar uma demanda, terá que observar o aspecto interpretativo da boa-fé objetiva. Por consequência, uma sentença ou uma decisão interlocutória terá que analisar a honestidade, a informatividade ou a lealdade, para dar fim, ou não, ao mérito.

O artigo 113 do CC entabula que os “negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Assim sendo, os negócios devem ser interpretados, pelos juízes, de acordo com a boa-fé, isto é, ao julgar uma demanda, leva-se em conta as características de tal instrumento, como a lealdade, probidade, informatividade e honestidade.

Comentando tal função, Fernando Noronha destaca:

“A regra segundo a qual os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé, em que, como acabamos de ver, se traduz esta função, tem dois desdobramentos: primeiro, os contratos (e os negócios jurídicos unilaterais) devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, aparente, salvo quando o destinatário da declaração conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la, se agisse com razoável diligência; segundo, quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, dever-se-á preferir o significado que a boa-fé aponte como mais razoável”.²⁷⁸

Indo além, em decorrência da boa-fé objetiva, em sua função interpretativa, os magistrados devem levar em consideração, ao proferirem suas decisões, especialmente aquelas com cunho resolutório, a honestidade, a lealdade e a informatividade que estavam ou deveriam estar presentes no pacto.

Por fim, relevante mencionar que a função interpretativa tem semelhança com o artigo 5º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que sacramenta que na “aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Isto porque, estando diante de um caso concreto, o juiz julgará de acordo com os instrumentos processuais, além da boa-fé objetiva e seus atributos.

Por fim, há a função integrativa da boa-fé. Qualquer espécie de contrato existe para concretização de um fim, geralmente consistente na entrega de coisa, no fazer ou na abstenção de praticar uma conduta. Resumindo, o contrato nada mais é do que um meio para alcançar o fim, que é uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar algo.

Gize-se que tal contrato é fruto da autonomia da vontade. Deve um contrato saudável ser feito por pessoas que expressem um consentimento livre de vícios, tais como dolo, lesão

²⁷⁸ NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). S.P.: Saraiva, 1994. p. 152.

ou ignorância. Tendo um legítimo elemento volitivo fornecido para estabelecimento de um negócio jurídico, bem como respeitando os elementos dos outros planos (existência, validade e eficácia), o contrato está apto a produzir efeitos.

A autonomia da vontade é apenas um fator, dentre vários, para instauração dum negócio. Partindo daí, se tem que a boa-fé objetiva, em sua função integrativa, é um instrumento jurídico de elevada importância. Tem tal atributo porque estabelece, ao menos a princípio, uma relação contratual calcada na cooperação e na transparência.

Desta função integrativa da boa-fé objetiva, surgem três deveres de conduta: a) proteção; b) cooperatividade; c) esclarecimento ou informatividade.

Estes deveres orbitam qualquer espécie contratual, afinal, em um contexto em que o Estado se preocupa com a justiça e a positivação da igualdade, o negócio jurídico não ficará invisível aos deveres anexos da função integrativa da boa-fé. Em realidade, o contrato se banhará com a protetividade, lealdade e informatividade, valores inerentes a função integrativa da boa-fé objetiva.

Sobre o primeiro dever (proteção), Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves doutrinam: “Tendo presente o mandamento de consideração para com o parceiro contratual, [...] observa deveres de proteção aos bens e à integridade da contraparte, salvaguardando a higidez de ambos e evitando que as partes se inflijam danos mútuos”.²⁷⁹ Trocando em miúdos, estando os contratantes estabelecidos em uma relação concreta, deverão tutelar o bem jurídico do outro, com a finalidade de não existir danos mútuos e, então, possíveis reparações.

Em decorrência do dever de proteção, uma pista surge com duas direções. De um lado, temos a direção de ida, que tem haver com movimento, onde o contratante terá que adotar conduta comissiva para tutelar o bem jurídico que o outro terá direito. Do outro lado, tem a direção de estacionamento, que tem haver com ausência de velocidade, onde o contratante terá que se abster de deteriorar ou perecer o bem que o outro terá direito.

“Quanto aos deveres de proteção, estes estão destinados a proteger [...] bens patrimoniais ou não das partes”, consoante lição de Maria Lima.²⁸⁰ Para evitar falcaturas, cujas consequências são perecimentos ou deteriorações de bens da outra parte, o dever de conduta de proteção, típico da boa-fé objetiva, adere-se ao pacto. Com isso, o bem, que o contratante sabe ser do outro ou que será, estará munido de uma tutela maior, porquanto faz

²⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral e Contratos em Espécie. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 188.

²⁸⁰ LIMA, Maria Eduarda da Fonte de Andrade. A boa-fé objetiva como fonte criadora de deveres anexos de conduta no âmbito das relações contratuais. Jus Scriptum, v. 3, n. 7, 2007, p. 46. Disponível em: <https://jusscritum.pt/index.php/revista/article/download/74/42>. Acesso em: 27 dez. 2021.

com que, ao menos em princípio, não seja alvo de destruição total ou parcial, por parte dum sujeito.

Enfim, pretende o dever de proteção fazer uma neutralização de atuações ilegais dum contratante sobre um objeto que sabe não ser seu. É a busca pela mitigação de mútuos danos, tão presente nas sociedades primitivas baseadas em “olho por olho e dente por dente”. Nos dizeres de Rachele: “No dever proteção deve as partes enquanto perdurar o contrato, evitar que sejam infligidos danos mútuos, as suas pessoas ou ao seu patrimônio”.²⁸¹

“Porque somos criação de Deus realizada em Cristo Jesus para fazermos boas obras, as quais Deus preparou antes para nós as praticarmos” (Efésios 2:10). Até mesmo em versículos de religiões a expressão “cooperar” se traduz num paradigma a ser seguido. Neste sentido, o segundo dever anexo da função integrativa é a cooperação.

Cooperar é uma expressão, no campo de direito civil, que representa uma qualidade positiva do contratante. Tem tal natureza benevolente porque diz respeito ao contratante cooperar para alcançar a finalidade do negócio jurídico, e, para tanto, não poderá utilizar-se de meios ardilosos ou fraudulentos para gerar um embaraço na relação obrigacional.

Logo, há cooperação do contratante quando, estabelecido o negócio jurídico, ele sabe que não poderá embaraçar o cumprimento da prestação devida (dar, fazer ou não fazer), ao menos sem justificativa. Sobre a cooperação, Cícero Tavares argumenta:

Vale ressaltar que, levando em consideração o dever de cooperação, o contrato deverá ser uma relação de intensa parceria a fim de que seja obtido o sucesso, ou seja, a satisfação dos interesses (o êxito do negócio jurídico). Cooperar nesse sentido é fazer com que o contrato chegue ao seu final da maneira mais proveitosa ao credor e menos onerosa ao devedor.²⁸²

Destaca-se que o contrato é feito para ser cumprido. É tal instrumento fonte de direitos e obrigações, garantidor de um lastro de confiança maior. Com isso, o contrato transforma-se em um meio para o sujeito obter um fim. Para chegar a finalidade de tal negócio, o contratante

²⁸¹ RACHELE, João Alberto. A aplicação da boa-fé objetiva na interpretação dos contratos. Ciências sociais aplicadas em Revista, v. 11, 2011, p. 202. Disponível em: <https://saber.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/6759/5069>. Acesso em: 28 dez. 2021.

²⁸² TAVARES, Cícero Filho. Os princípios contratuais da boa-fé objetiva e da função social do contrato perante o código civil brasileiro. FIDES, v. 10, n. 1, 2019, p. 400. Disponível em: <https://memoria.ifrn.edu.br/bitstream/handle/1044/2124/OS%20PRINC%3%8dPIOS%20CONTRATUAIS%20DA%20BOA-FE%3%89%20OBJETIVA%20E%20DA%20FUN%3%87%3%83O%20SOCIAL%20DO%20CONTRATO%20PERANTE%20O%20C%3%93DIGO%20CIVIL%20BRASILEIRO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 dez. 2021.

terá que cooperar, não podendo “falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações”.²⁸³

Para ampla tutela duma parte na posição contratual, interessante ressaltar que a cooperação sempre é observada externamente, afinal é espécie da boa-fé objetiva, a qual importa a conduta exteriorizada. Então, as condutas externas sempre terão que estar em consonância com a cooperação, isto é, o agir do ser terá que estar pautado na concretização do fim do contrato, que é o adimplemento íntegro.

Antes de adentrar no terceiro dever da função integrativa, uma explanação da Cláudia Lima Marques merece ser rezada. À autora, ao criar um negócio jurídico e inseri-lo no mundo, é fundamental a existência da informação precisa e correta quanto as cláusulas do pacto; e, indo além, é crucial romper com duplos sentidos dum mesmo texto.²⁸⁴ Ao estabelecer um contrato, especialmente o de adesão (apenas uma parte que o redige), é crucial passar ao outro uma nítida e precisa dimensão sobre o conteúdo, as obrigações e os direitos (v.g. se Tício, sabendo que o escapamento de sua moto está com defeito, oculta tal informação ao alienar a coisa, estará violando este terceiro dever de conduta da boa-fé objetiva).

A informação é essencial para o fornecimento de assinatura (contrato físico) ou click na clickwrap (contrato eletrônico), para a constituição dum pacto. Por via de regra quase que universal, o contratante apenas figurará como credor ou/e devedor numa relação jurídica se antes tiver acesso ao rol de nítidas e verídicas informações.

Antes, durante e após o contrato, todos os envolvidos deverão banhar suas condutas de acordo com a informatividade, deixando sempre transparente o que, quando, quanto e por que tal cláusula está ali. Em apertada síntese, o contrato está para a informação, assim como a informação está para o contrato. É que um rol de dados é fundamental para o ser decidir se quer, ou não, se vincular numa relação negocial.

Acerca da informação, a literatura jurídica esclarece:

O dever de esclarecer, ou informar, é correlato à relação obrigacional desde a sua origem até o seu ocaso, envolvendo as conversações preliminares e a fase pós-contratual. Ele nasce de uma necessidade: há um déficit de informações - uma pessoa possui uma informação e a outra a necessita. Normalmente quem oferta é quem tem o ônus de informar, porque é quem pode transmitir uma informação que já possui.²⁸⁵

²⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral e Contratos em Espécie. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 189.

²⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 220-230.

²⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral e Contratos em Espécie. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 191.

Tal dever de informar, típico da função integrativa, tem que ter duas vertentes, sendo a primeira a de que, ao estabelecer um contrato, o sujeito revelará todas as informações pertinentes para a concretização do contrato, e a segunda é a de que tal informatividade terá que se manter durante e após o fim do contrato.

Enfim, qualquer espécie contratual terá que ser conectada com a informação, devendo todas as partes serem transparentes e verdadeiras ao repassarem informações.

Por todo o exposto, é de clareza solar que houve uma solidificação da boa-fé no instituto do contrato, devendo este ser balizado pelos deveres anexos de cooperação, informação e lealdade.

2.2.3 Função social contratual

Em uma concepção estritamente liberal, não se cogita de função social, em regra. A propriedade é do proprietário, cabendo ao Estado respeitá-la e, se por ventura turbada ou tomada, defendê-la. Não havia meramente uma função social da propriedade, no Estado liberal. Pelo contrário, a propriedade tinha uma função individual, podendo o proprietário fazer o que deseje.

Regogiza-se que o contrato também seguia uma tendência idêntica. Era um instrumento que, representando a máxima autonomia da vontade, servia para o alcance de uma finalidade. Uma vez assinado o contrato, as cláusulas serviam como parâmetro quase que eterno para finalizar o contrato.

Na época do contrato liberal não se cogitava de uma forte função social, limitadora do elemento volitivo. Em realidade, o contratualismo liberal teria que ser cumprido ao ser concordado com uma assinatura física.

Dentre os vários significados de “função social”, um interessante é o que diz respeito ao “papel”. Ou seja, a função social nada mais é do que um objetivo, uma finalidade ou um papel de uma coisa.²⁸⁶

Desta concepção podemos extrair conclusões parciais sobre a função social do contrato.

²⁸⁶ FILHO, Eduardo Tomasevicius. A função social do contrato: Conceito e critérios de aplicação. Revista de Informação Legislativa, v. 42, n. 168, 2005, p. 200. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/168/ril_v42_n168_p197.pdf/at_download/file. Acesso em: 22 dez. 2021.

A primeira conclusão é a de que, em um Estado social, o contrato serve a pessoa humana, não esta serve ao contrato. Existindo uma função social do contrato, valores alheios a relação também são levados em consideração, e, então, o ser assume-se como um pilar para estrutura das cláusulas.

Ora, dentre os diversos significados de função social, um é o de que uma coisa, um fato ou até mesmo um contrato representa uma finalidade. Logo, no Estado social, a finalidade do contrato é tutelar a pessoa, em toda a sua dimensão orgânica (inclui células, conjuntos, tecidos, órgãos e sistemas). Pelo simples fato de ser “Homo sapiens”, a função social do contrato terá que respeitar os valores advindos dele; é um efeito automático, que se instaura antes mesmo da assinatura, na fase pré contratual. Por exemplo, não se poderia cogitar de negociações preliminares sobre a alienação de um rim, uma vez que há uma irradiação da personalidade humana no instituto do contrato. É a função social do contrato, em sua primeira vertente.

“Com efeito, o princípio da função social do contrato nos revela que o contrato não pode mais ser visto pela ótica meramente individualista, já que possui um sentido social de utilidade para toda a comunidade”, consoante Alexandre Gavião.²⁸⁷ Partindo desta constatação, evidente fica que a outra função social do contrato é a de que os valores sociais, presentes na sociedade, devem ser observados pelos contratantes.

Se em uma concepção oitocentista o contrato servia como instrumento de projeção individual, quase nunca levando em consideração outros fatores a não ser o do rol de interesses das partes, em um Estado social, onde o humano é o centro de tudo e existem valores exteriores a tábua privada que devem ser tutelados, tal enfoque progride. Assim, na atualidade, o contrato terá que respeitar os bens jurídicos relevantes à sociedade, não podendo ser um instrumento apenas de concretização de vontade individual, livre aos valores externos e presentes na realidade ontológica.

Levando em consideração que um fato, um evento ou um direito, enfim, qualquer materialização ou existência no mundo intangível, é social quanto interessa a coletividade²⁸⁸, o contrato, justamente por estar conectado com a função social, terá que respeitar os bens jurídicos relevantes à sociedade.

²⁸⁷ PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. A função social do contrato e a sua significativa influência na teoria geral das obrigações. Revista da EMERJ, v. 10, n. 38, 2007, p. 170. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista38/Revista38_169.pdf. Acesso em: 28 dez. 2021.

²⁸⁸ SOUZA, Rodrigo Trindade de. Função social do contrato de emprego. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, 2007, p. 147. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp037619.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.

Existem direitos e valores além de meras finalidades econômicas dos contratantes, motivo pelo qual eles devem ser respeitados por estes, seja no momento pré, durante ou pós contratual. Em um Estado social com o enfoque do contrato alterado, tais valores, que a própria sociedade escolheu como fundamentais, como o meio ambiente, a soberania estatal e a dignidade, terão que ser observados pelos contratantes, sendo inadmissível serem invisíveis.

Comentando sobre a função social do contrato, a doutrina firma o entendimento:

A teoria contratual, vigente nos moldes do CC/2002, não mais está pautada no paradigma clássico, no qual predominava a autonomia da vontade e os subprincípios da liberdade contratual, da intangibilidade do pactuado e da relatividade dos contratos. Hodiernamente, em consonância com o direito civil constitucional, a matéria baseia-se em um novo paradigma que atende perfeitamente às novas diretrizes da eticidade, da operabilidade e da socialidade elencadas. Assim, diante desse paradigma contemporâneo, a teoria contratual contempla [...] a função social do contrato. [...] O que se observa da previsão do art. 421 é que não mais se sustentam no ordenamento jurídico os negócios abstratos, pautados tão somente na vontade das partes. É preciso mais, ou seja, que os negócios jurídicos sejam causais e cumpridores de uma função social. Só assim se coaduna a previsão infraconstitucional com o que preconiza a CR/88, alcançando a unidade do ordenamento jurídico em prol da valorização do ser humano.²⁸⁹

Resta-se ultrapassado o dogma de que o contrato, sendo baseado no elemento volitivo, é um instrumento para a projeção individual. Tendo o consentimento para estabelecimento do contrato, as cláusulas derivadas dele serão válidas, em respeito a *pacta sunt servanda*; e, para tanto, o que, de fato, é relevante é o adimplemento. Esta é a teoria clássica e aceita. Entretanto, frente a desigualdade formal do liberalismo, emerge uma administração pública divergente, com enfoques mais comissivos para instaurar uma era de igualdade material. Neste período é que o contrato tem seu DNA alterado, passando a ser norteado pela boa-fé, pelos valores da pessoa e, também, pela função social. Por ter que respeitar a função social, o contrato não poderá mais se limitar a questão meramente do individualismo, com seu pilar na busca de um patrimônio, em um jogo cujo prêmio é o lucro, pelo contrário, a dimensão contratual se banhará com o respeito aos bens jurídicos essenciais à sociedade, como o meio ambiente e a personalidade humana.

Sobre a função social, Nelson Nery Junior sacramenta:

O contrato tem de ser entendido não apenas como pretensões individuais dos contratantes, mas como verdadeiro instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade. Interessa a toda a sociedade, na medida em que os standards contratuais são paradigmáticos para outras situações assemelhadas. Tudo

²⁸⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de et al. Código Civil Comentado. PELUSO, Cesar (Coord.). 11. ed. São Paulo: Manole, 2017, p. 435-436.

que ocorre relativamente a um contrato terá, forçosamente, repercussão em outros casos que digam respeito ao mesmo tipo de contrato. Essa é apenas uma das consequências da nova socialidade do contrato. Além de útil o contrato tem que ser justo.²⁹⁰

Há uma sociedade com pessoas, com direitos sendo tutelados pelo Estado. Estes direitos são os mais variados, abrangendo desde aqueles econômicos até aqueles de cunho existenciais. Enfim, fato é que, em um Estado, existem bens que são protegidos por tal ente. Com base nisso, se tem que estes direitos não podem ser desrespeitados pelo instrumento contratual, afinal são relevantes aos seus proprietários ou detentores. E é neste caldo que faz sentido a defesa da ideia de que o contrato não pode ser tratado apenas como um meio para se alcançar uma finalidade econômica, de natureza individual, tendo, então, que observar os bens sociais tutelados pela administração pública.

Em termos mais precisos, como uma flecha que sai do arco do índio, o contrato, em um Estado social, é instrumento de harmonização entre a liberdade contratual e os interesses coletivos, afinal, pelo fato de gravitar em qualquer espécie de pacto, lança o efeito de os contratantes terem que respeitar os interesses coletivos.²⁹¹

A função social do contrato não altera a sua concepção de ser um meio para alcance da riqueza. O contrato automaticamente gera esta noção, bem como a auxilia assegurar, pois cria uma segurança de que as cláusulas, ao existirem e serem válidas, deverão ser cumpridas.²⁹² Gize-se que tal função tem como objetivo assegurar respeito aos interesses da coletividade, especialmente aqueles essenciais para manutenção da própria pessoa, como a água. Por exemplo, em tenda de direito real, o CC proíbe expressamente um contrato que tenha como objeto a poluição de água potável e utilizável pela comunidade (ver art. 1.309).

Esta função social tem uma dimensão externa, conhecida como “ultra partes”.²⁹³ Esta dimensão externa tem origem porque o contrato, por ter que respeitar os valores da coletividade, terá que ser um instrumento limitado. Sua limitação se dá primordialmente no

²⁹⁰ JUNIOR, Nelson Nery. Código Civil Comentado. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 421.

²⁹¹ DIAS, Nathália da Mota Santos. Apontamentos sobre a essencialidade e função social nos contratos existenciais. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Uberlândia, 2016, p. 41-42. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13243/1/ApontamentosSobreEssencialidade.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.

²⁹² SILVA, Jacqueline Guimarães da Cruz; SILVA, Sérgio Alex Sander. A evolução e a realidade atual do contrato no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, v. 40, n. 2, 2012, p. 273-274. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18611>. Acesso em: 28 dez. 2021.

²⁹³ KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principalização" da função social do contrato. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 13, p. 39-59, 2017, p. 50. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/151>. Acesso em: 28 dez. 2021.

campo da autonomia da vontade, pois a liberdade contratual se solidificará e, ao mesmo tempo, estará limitada pelos valores da coletividade.

“A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade”, consoante o enunciado 23 da 1ª Jornada de Direito Civil.²⁹⁴ De fato, em um contexto social, onde existem valores ultra partes além de interesses individuais, o contrato não poderá ser um instrumento neutro aos interesses coletivos.

É o famoso efeito ultra partes do contrato, seja ele de adesão ou paritário, unilateral ou bilateral, oneroso ou gratuito, típico ou atípico, solene ou não solene, personalíssimo ou impessoal. A autonomia da vontade é responsável pela criação da liberdade contratual, conquanto esta sofre limitação da função social. Isto porque, as partes não podem entabular cláusulas quaisquer, devendo elas se munirem de respeito aos bens jurídicos relevantes à coletividade.

Neste caldo, Rosenvald e Cristiano Chaves rezam:

Como reação a este estado de coisas: tal e qual qualquer direito subjetivo, atualmente as obrigações revelam uma função social, uma finalidade perante o corpo social. Para além da intrínseca função da circulação de riquezas, o papel das relações negociais consiste em instrumentalizar o contrato em prol de exigências maiores do ordenamento jurídico, tais como a justiça, a segurança, o valor social da livre-iniciativa; o bem comum e o princípio da dignidade da pessoa humana. O epicentro do contrato se desloca do poder jurígeno da vontade e do trânsito de titularidades, para um concerto entre o interesse patrimonial inerente à circulação de riquezas e, o interesse social, que lateralmente àquele se projeta.²⁹⁵

Portanto, no tocante a função social do contrato, temos que ela se materializa no momento em que, de certo modo, limita a plena autonomia da vontade. Continua o elemento volitivo figurar como cerne contratual, porém terá que ser observado na ótica de valores sociais da coletividade. É, então, a dimensão externa do contrato produzindo efeitos, criando um tecido contratual respaldado na seara jurídica e humanística.

3 Contrato existencial de dupla dimensão e a tutela da pessoa humana

²⁹⁴ I Jornada de Direito Civil. Enunciado 23. AGUIAR, Ruy Rosado de (coord.). Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>. Acesso em: 29 dez. 2021.

²⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral e Contratos em Espécie. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 222.

Chegando na era do Estado social, houve uma verdadeira transformação no instituto do contrato, conforme já apontado. Passamos dum contrato baseado na liberdade, livre iniciativa e individualismo, para um instrumento de projeção da pessoa humana. Ora, se o indivíduo, pelo simples fato de sua natureza o conceber assim, é fonte de todas as coisas, incluindo aí a existência de normas, também será a fonte que recarregará a nascente da nova modalidade contratual.

É de se renovar o apontamento de que esta é a etapa de alteração no paradigma contratual. Florescem novas diretrizes contratuais, com o fito de o ser humano ter não apenas mais segurança em tal relação, mas também ser valorizado, pelo que é (ente com valores naturais, próprios pela sua auto existência).

Antônio Junqueira de Azevedo, observando tal cenário, formulou a elogiável teoria do contrato existencial. Percebeu o autor que, na era contemporânea, a pessoa humana terá que ter a tendência a continuar sendo o pilar de desenvolvimento do direito, motivo pelo qual o contrato existencial servirá para concretização disto.

Nos dizeres dele: “estou propugnando por uma nova dicotomia contratual — contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do séc. XXI — porque essas duas categorias contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática”.²⁹⁶ Com base neste pensamento, podemos afirmar que, para o jurista, existem duas grandes modalidades contratuais: a de lucro e a existencial.

Uma sociedade anônima aberta é uma sociedade empresária que está apta, por força de lei e de autorização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a comercializar valores mobiliários no mercado financeiro - Neste sentido, o artigo 4º da Lei de Sociedade Anônima destaca que “a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários”.²⁹⁷

Na sociedade anônima aberta a ação pode ser alienada por dois métodos: i) por nomeação, onde se anota a transferência de propriedade da ação no “livro de ações nominativas”; ou ii) por escrituração, onde a propriedade da ação somente é transferida para o comprador se houver tal anotação num livro, que é administrado por uma terceira pessoa contratada pela companhia.^{298,299}

²⁹⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 9, n. 34, 2008.

²⁹⁷ BRASIL. Lei nº 6.604, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 29 dez. 2021.

²⁹⁸ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Sociedade anônima. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 34.

²⁹⁹ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 247.

Ora, quando o titular duma ação deseja transferi-la, ao que tudo indica se está diante de um contrato de lucro. O objeto principal não é crucial para a manutenção da pessoa humana, seja em âmbito psicológico ou físico, em realidade o objeto principal é uma ação, uma propriedade intangível que sequer existe para pegar, tocar, sentir ou cheirar, tendo valor apenas porque muitas pessoas lhe atribuem um devido valor, por terem expectativa que lhes renderá bons rendimentos, no futuro.

No campo do direito civil existe o contrato de seguro de dano, cuja finalidade é “garantir interesse material ou imaterial do segurado, possibilitando-lhe, na ocorrência de evento que cause dano, o retorno à situação anterior”.³⁰⁰ Imagine que Caio esteja dirigindo seu carro e, em decorrência de sua conduta no trânsito, venha a colidir com a moto de Tício. Pelo contrato de seguro cobrir até mesmo tal evento, a seguradora reparará os danos materiais. Percebe-se que, aqui, o objeto primordial não é crucial para a manutenção da existência humana. Não se trata de um contrato existencial, porquanto o objeto (seguro de dano) não é crucial à existência do ser. O principal objetivo do contrato de seguro de dano é, a prima facie, fazer o que sofreu uma lesão voltar ao status inicial, com seu bem sem dano ou lesão.

De outro lado, existem os contratos existenciais. Sobre eles, Marco Morsello idealiza que, por envolver uma pessoa humana, terá uma tutela especial do âmbito jurídico.³⁰¹ De fato, por envolver o indivíduo, portador de uma dignidade e de direitos naturais, intrínsecos e necessários à sua existência, o contrato existencial não poderá ser tratado pelo direito da mesma forma que é tratado o contrato de lucro.

Começa a primeira diferença entre estes dois grandes modelos contratuais no objeto: enquanto no contrato de lucro o objeto é voltado ao aspecto patrimonial, seja o lucro sendo obtido diretamente ou após um tempo, no contrato existencial o objeto que está em “jogo” é essencial para a manutenção da própria pessoa. Ou seja, os contratos de lucro são aqueles firmados entre pessoas jurídicas ou/e físicas com finalidades lucrativas, já os de natureza existenciais são aqueles firmados por pelo menos uma pessoa física e cujo objeto seja basilar para sua existência.

Sobre tal contrato existencial, Junqueira de Azevedo dispara:

³⁰⁰ MENDONÇA, Marco Antônio Silva de. A natureza jurídica do contrato de seguro de responsabilidade civil facultativo e sua eficácia em relação ao terceiro. Monografia (Bacharelado em Direito), Centro Universitário de Brasília (Uniceub), 2012, p. 27. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/546/3/20104195_Marco%20Mendon%C3%A7a.pdf. Acesso em: 29 dez. 2021.

³⁰¹ MORSELLO, Marco Fábio. Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro. Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, p. 532.

Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. [...] Ora, as pessoas naturais não são "descartáveis" e os juízes têm que atender às necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas.³⁰²

Destas disposições de Junqueira, retiramos as seguintes conclusões:

Primeira — somente se fala de contrato existencial se existir, no mínimo, o envolvimento de uma pessoa humana, de carne e osso. Sem um “Homo sapiens” na relação contratual, não se cogita de existencialismo e de toda uma teoria de fundamentalidade de direitos inatos.

Segunda — se um contratante é uma pessoa física, o outro poderá ser uma pessoa jurídica, um ente sem personalidade ou até mesmo outro indivíduo. Relevante, em verdade, é existir uma pessoa envolvida na relação contratual, ao menos.

Terceira — o indivíduo, conforme já exposto, já foi considerado um objeto, afinal poderia, por exemplo, ser alienado (época de escravidão). Pois bem, com a virada kantiana, que elevou o ser humano ao centro de todo o ordenamento jurídico, houve uma verdadeira transformação na realidade, produzindo primordialmente dois efeitos. O primeiro é o de que o indivíduo, ao nascer assim, terá que ter uma tutela especial, em observância aos seus direitos de personalidade, naturais e intrínsecos. O segundo é o de que a esfera contratual terá que respeitar os direitos advindos da personalidade do “homem”, sendo inadmissível ser neutra aos valores, por exemplo, da vida e integridade psicofísica. Partindo daí, fica claro que o ser humano não pode ser considerado mais um objeto, descartável como um copo de plástico ou outra coisa. Ora, o indivíduo, seja ele branco, negro, pardo, deficiente, homossexual, heterossexual, terá que ser respeitado, mas não é só, pois suas necessidades vitais também. Além do “Homo sapiens” ser um animal social, também é um animal com necessidades biológicas; e, partindo desta premissa, não se pode mais tolerar um tratamento “meia boca” ou incompleto para com aquele, afinal tem um rol de necessidades biológicas, como manter o organismo íntegro, livre de lesões, e viver com uma vida saudável, sem terceiros criando perturbações em suas estruturas físicas e psíquicas. O ser humano merece respeito em toda sua conjuntura estrutural, motivo pelo qual o contrato existencial terá que ser tratado de uma forma diferente do contrato de lucro, conforme veremos neste capítulo.

Quarta — o contrato existencial, assim como o contrato de lucro, tem cláusulas. Entretanto, naquele os direitos e obrigações estão diretamente relacionados com a própria

³⁰² AZEVEDO, Op. Cit.

existência do ser, conquanto neste as cláusulas são conectadas com o atingimento de um objeto econômico. No contrato existencial o conjunto de direitos e obrigações não pode desprezar a essência do ser, que é a de ter a sua integridade psicofísica sobre o manto da tutela, logo distante de perturbações. Por consequência das fundamentalidades do ser (vida, integridade, saúde e demais fatos e direitos que guardem semelhança com a própria existência), o contrato existencial será desprovido de cláusulas que causem risco a auto tutela.

Neste sentido, Junqueira dispõe:

Na esteira da consagração da noção de empresa em nosso Código, uma nova dicotomia toma corpo. Há, de um lado, contratos empresariais, que são aqueles celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não empresário, desde que tenha celebrado o contrato com o fim de lucro. E, de outro lado, há os contratos existenciais ou não-empresariais, firmados entre não-empresários ou entre um empresário e um não-empresário, sempre que para este a contratação não tenha objetivo de lucro.³⁰³

Pelas pistas seguidas até então, o contrato terá esta natureza de existencial quando seu objeto for basilar para a sobrevivência do próprio indivíduo, de tal modo que sua existência ficaria em risco caso o objeto fosse deteriorado ou perdido. Em suma, quando se está diante de um objeto fundamental para o ser humano manter preservada sua conjuntura carnal, há um contrato existencial.

Exemplifica-se. Síndrome de Guillain-Barré “é uma doença pós infecciosa mediada pelo sistema imune que pode ocasionar graus variados de fraqueza progressiva e aguda que atinge os membros inferiores e superiores e, em alguns casos pode atingir a face”.³⁰⁴ Pela literatura biológica: “SGB é caracterizada por uma polineuropatia flácida; tem caráter autoimune, inflamatório e desmielinizante e geralmente surge após um quadro infeccioso. Ela acomete os nervos periféricos, principalmente os responsáveis pela inervação de membros inferiores”.³⁰⁵

Esta síndrome, quando apresenta sintomas mais graves, é fatal para a existência da pessoa, porquanto pode atingir o sistema respiratório, levando ao óbito. Também ocasiona, de

³⁰³ GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense 2008, p. 231-232. Apud: JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 45, n. 11, 2011, p. 91.

³⁰⁴ LIMA, Cássia Lorrany Gonçalves; CAVALCANTI, Daniella da Silva Porto. Síndrome de Guillain Barré: uma abordagem sobre os sintomas e principais formas de tratamento da doença. Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde, v. 6, n. 1, 2020, p. 05. Disponível em: <https://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/717/478>. Acesso em: 30 dez. 2021.

³⁰⁵ SILVA, Edlaine Cristina da Silva et al. Benefícios causados pela utilização da imunoglobulina humana na farmacoterapia de pacientes com síndrome de guillain-barré causada por zika vírus. Revista UNILUS, v. 17, n. 46, 2020, p. 101. Disponível em: <http://revista.unilus.edu.br/index.php/ruep/article/view/1255/u2020v17n46e1255>. Acesso em: 30 dez. 2021.

modo lento ou rápido, a perda da força muscular nos membros superiores ou inferiores, como nos dedos, braços, pernas e pés.

Desenvolvendo uma Síndrome de Guillain-Barré, o indivíduo terá que se tratar. Pode fazer isso com um remédio conhecido como imunoglobulina humana, cujo preço é, geralmente, acima de dois mil e quinhentos reais. Assim, ao estabelecer um contrato de compra de imunoglobulina humana, o paciente-humano está diante de um contrato existencial, uma vez que o objeto (remédio) é crucial para a sua existência, tendo em vista que, em decorrência da imunoglobulina, há a paralisação da desmielinização dos nervos, permitindo a pessoa não apenas a preservar a sua força muscular, como também viver, com sua respiração sem danos.

Outro exemplo de contrato existencial é o que deriva da compra de um alimento. Gize-se que o organismo precisa de abastecimento de componentes para manter o regular funcionamento. Sem a ingestão de uma alimentação saudável, de qualidade e suficiente, o organismo se desregula, gerando intemperanças nas salubridades físicas. Ao comprar alimento, o objeto deste contrato também é existencial, porquanto faz a pessoa ficar viva, mantendo sua integridade física livre de abalos.

Por todo o exposto, fica nítido que o contrato existencial tem um ou mais objetos fundamentais para a sobrevivência do indivíduo. Esta espécie contratual não tem como ponto de partida ou chegada o lucro, mas sim um direito, um fato ou um bem basilar e que contribui para a manutenção carnal.

“Por ter como fundamento a intangibilidade da vida humana e como escopo a proteção e promoção de sua [...] personalidade, o contrato existencial reclamará maior incidência dos princípios contratuais sociais, consoante Bizelli.³⁰⁶ Trata-se de pensamento que encontra o aspecto operacional do contrato existencial, caracterizado por ter um objeto essencial para a pessoa humana viver, tendo resguardada toda sua conjuntura física e psíquica.

Enfim, a primeira dimensão do contrato existencial é a operacional, que tem tal característica porque o objeto central é o que é relevante à pessoa e seu livre desenvolvimento. Sobre tal dimensão desta espécie contratual, Caroline Nogueira defende que “os contratos existenciais têm como pressuposto a dignidade humana e desenvolvimento da personalidade e seu objeto contratual versa sobre a subsistência humana”.³⁰⁷

³⁰⁶ BIZELLI, Rafael Ferreira. Contrato existencial: evolução dos modelos contratuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 298.

³⁰⁷ MENEZES, Caroline Nogueira Teixeira. Contratos Existenciais: Revisitando os Elementos Contratuais à Luz de uma Hermenêutica Emancipatória. Dissertação (Mestrado em direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016, p. 137. Disponível em:

Gize-se que no contrato existencial o objeto, muitas das vezes, é auferido por dinheiro ou outro bem econômico. Vive-se em uma sociedade capitalista, onde as prestações de serviços e os bens existenciais têm preços. Para adquirir um produto ou serviço existencial, o sujeito terá que pagar. Ainda que se precise pagar pelo objeto existencial, o contrato não perde a natureza de existencial. É a finalidade do objeto crucial à vida que caracteriza o contrato existencial, é isso.

Inclusive, Arthur Basan defende que o contrato existencial tem um objeto que é relevante para a subsistência, isto é, existe tal espécie contratual quanto é a própria carnalidade que está em jogo diante de um objeto que a protege.³⁰⁸

Enfim, esta é a primeira dimensão do contrato existencial, conhecida como operacional. Tem tal natureza, em resumo, porque o objeto é destinado para a preservação da própria pessoa, afinal a concede a possibilidade de continuar existindo.

“has freed itself from a purely economic nature, and became an instrument of human dignity and social joint promotion [...], starting to have a human nature”, de acordo com a doutrina.³⁰⁹ De fato, com o surgimento do Estado social e seus novos pilares, o contrato automaticamente passa por uma alteração paradigmática, onde deixa-se a liberdade contratual, fruto do elemento volitivo, como o elemento primordial, instaurando-se um momento onde a pessoa humana, inclusive seus valores intrínsecos, terá observância, no sentido de ter que ser respeitada.

Hodiernamente, portanto, há uma irradiação ontológica dos valores humanos, como integridade, vida e personalidade; e, justamente por isso, o negócio jurídico terá que nadar nas águas da tutela do ser, não da ofensa ao mesmo.

O contrato existencial vai de encontro com tais disposições, porquanto “há primazia à realização existencial”.³¹⁰ Logo, se o contrato existencial tem prevalência para a manutenção da existência do indivíduo, as cláusulas devem ser observadas à luz dos direitos essenciais à vida e integridade. Em termos concretos, no contrato existencial o objeto, que é um serviço ou um bem existencial, tem por fito a preservação existencial.

<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/17919/1/ContratosExistenciaisRevisitando.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2021.

³⁰⁸ BASAN, Arthur Pinheiro. O contrato existencial: análise de decisão judicial que assegura a sua aplicação. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 7, n. 1, 2016, p. 16. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/70>. Acesso em: 30 dez. 2021.

³⁰⁹ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; DIAS, Nathália da Mota Santos; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Essentiality and social function in existential contracts. Revista Jurídica da Presidência, v. 22, n. 126, 2020, p. 76. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1791>. Acesso em: 31 dez. 2021.

³¹⁰ NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: Novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 62.

Barroso, tratando sobre a pessoa humana em um Estado social, firma o entendimento de que ela possui um valor natural, sendo tal característica devida pela sua existência.³¹¹ Neste sentido, o contrato existencial também terá que observar tais valores, especialmente porque são irradiantes, como a gravidade da terra puxando uma maçã que se desprende do pé. Justamente por isso, se tem que as cláusulas dos contratos existenciais deverão guardar respeito com a personalidade, não podendo as camadas naturais dos indivíduos ficarem sobre o manto da violação.

É considerado “como existencial todo contrato que visa satisfazer uma necessidade da vida”.³¹² Esta é a dimensão operacional, conforme já salientado. Entretanto, indo além, é qualificado o contrato existencial como um instrumento derivado da autonomia da vontade e para se alcançar um bem necessário à auto tutela, de tal modo que, para tanto, os valores inerentes do humano, como vida e integridade, devem ser respeitados.

As cláusulas dos contratos existenciais devem ser formalizadas com excessiva cautela, porquanto seus efeitos devem ser inexistentes caso a personalidade de qualquer pessoa, até mesmo aquela que não participa do pacto (terceiro), fique em risco ou sofra, de fato, alguma lesão. Se o contrato existencial, nos ditames de Molon, “é um instrumento a serviço da pessoa humana”, fato é que seu conteúdo terá que guardar respeito a vida, a liberdade, a integridade e a outros direitos natos do ser.³¹³

Esta é a segunda dimensão do contrato existencial, conhecida como funcional, tendo tal característica pela função de tal contrato: proteger o ser. É que as cláusulas contratuais terão que ser estabelecidas à luz da personalidade, não podendo as naturalidades do indivíduo ficarem sobre restrições por decorrência do pacto, como já fora no passado.

³¹¹ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação, p. 20-22. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 31 dez. 2021

³¹² VIANA, Raphael Fraeman Braga. Contratos existenciais, de lucro e híbridos: desdobramentos da classificação de Antonio Junqueira de Azevedo à luz do solidarismo jurídico. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Pernambuco, 2018, p. 47. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/32985/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Raphael%20Fraemam%20Braga%20Viana.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2021.

³¹³ JÚNIOR, Nelso Molon. Contratos existenciais e sua aplicabilidade. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 19, n. 6, 2019, p. 130.

Capítulo III: Aspectos jurídicos e sociológicos dos dados pessoais: Diálogos entre o Direito Brasileiro e o Direito Alienígena

“Uma maneira de preservar sua própria imagem é não deixar que o mundo invada sua casa. Foi um modo que encontrei de preservar ao máximo meus valores”. (Ayrton Senna)

“Mesmo as costas de uma pessoa podem ser reveladoras”. (George Orwell)

1 Da privacidade à proteção de dados pessoais: Entre um pedaço de papel e uma ampliação na tutela da informação personalíssima no corpo eletrônico

Vive-se em uma sociedade em rede, cujo traço marcante é a conexão. Desde o momento em que o indivíduo acorda até o momento de dormir, na contemporaneidade, ele está inserido em uma extensa rede de conexão. O traço marcante da sociedade em rede é a conexão porque é a mesma que permite o compartilhamento de informações econômicas, culturais, sociais, dentre outras. Não é atoa que ao abrir um veículo de notícia com informações sobre o ecossistema econômico, uma verdadeira tonelada de informações sobre ações, crimes societários, alterações em estruturas societárias, impactos de alterações de diretores, são facilmente verificáveis. Este quadro também está presente em se tratando de assuntos culturais, sociais, familiares, de lazer, de saúde, enfim, qualquer setor ou assunto está sendo vítima da conexão, uma tecnologia que está sendo responsável pelo compartilhamento, em nível mundial, de suas conjunturas.

Porém não é só, e é nesta mesma sociedade em rede que a conexão é responsável pelo compartilhamento de informações do ser. O indivíduo passa de um mero consumidor de informações para ser o próprio objeto de consumo, com suas informações sendo relevantes para o business intelligence. Em um tempo não tão antigo, com um copo abastecido com um café e repousado numa cadeira reclinável, o ser humano abria um jornal para degustar um combo de informações. Com o desenvolvimento de equipamentos tecnológicos, o indivíduo passou a abrir algum aplicativo digital em seu celular, computador ou aparelho semelhante, gerando duas consequências: i) teve, de fato, ampliação na possibilidade de consumir uma informações – Tal fenômeno é acelerado pela própria rede permitir, em qualquer parte do mundo, um ser compartilhar uma informação num site; ii) há uma inversão de valores, onde a pessoa passa a ser a própria mercadoria com suas informações pessoais sendo coletadas, tratadas, armazenadas e compartilhadas.

Sobre tal fenômeno, Arthur Pinheiro Basan e José Couto firmam o entendimento:

Assim, é notável que as empresas que operam no comércio eletrônico, aproveitando-se das informações relacionadas aos hábitos [...], coletadas enquanto os usuários navegam em rede, promovem ofertas publicitárias direcionadas ou mesmo direcionam determinados preços ou condições específicas. Em outras palavras, os dados pessoais dos consumidores conectados à Internet são utilizados pelas empresas fornecedoras, para além de outras práticas de mercado, como para a indevida discriminação, também para a implementação de publicidades personalizadas e muitas vezes não solicitadas. [...] Trabalha-se com a hipótese de que a Internet ampliou as possibilidades de monitoração e, conseqüentemente, de coletas de dados, expondo os consumidores [...].³¹⁴

Trazendo tais apontamentos para a realidade, em verdade se tem que qualquer pessoa, esteja ela na roupagem de consumidor ou não, está sujeita a prática rotineira de coleta, tratamento, armazenamento e divulgação, do rol de dados pessoais. Em decorrência da conexão, o indivíduo consegue acessar um site, e, então, pode dar combos de cliques, ler informações, compartilhar e demais ações eletrônicas. Automaticamente, pela política de coleta de informações, o indivíduo dá cliques e têm dados pessoais coletados, para, posteriormente, serem compartilhados, na sociedade em rede.

Em termos mais nítidos, trazendo aquele apontamento ao atual estágio de desenvolvimento eletrônico, qualquer indivíduo, pelo simples fato de estar conectado e dando cliques em sites, está submetido a seguinte escada de atos: coleta, tratamento, armazenamento e compartilhamento de informações pessoais. Não é importante a qualificação da roupagem de consumidor, em realidade basta o indivíduo estar conectado na rede, fornecendo cliques com seu mouse ou seu touch screen, para que seu rol de informações pessoais seja alvo de um tratamento completo.

“A Era da Informação, de maneira geral, constitui o novo momento histórico em que a base de todas as relações se estabelece através da informação e da sua capacidade de processamento e de geração de conhecimentos”, conforme Isabella Simões.³¹⁵ Esta era de informação é também conhecida como sociedade em rede, onde o traço marcante é a conexão. Pela chance de conexão de diversas pessoas, em nível mundial e ao mesmo tempo, há a

³¹⁴ BASAN, Arthur Pinheiro; COUTO, José Henrique de Oliveira. A monitoração eletrônica do consumidor e a proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental. In: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords.); BORGES, Gabriel de Oliveira Aguiar; REIS, Guilherme (Orgs.). Fundamentos de direito digital: a ciência jurídica na sociedade da informação. Uberlândia: LAECC, 2020, p. 293-294.

³¹⁵ SIMÕES, Isabella de Araújo Garcia. A Sociedade em Rede e a Cibercultura: dialogando com o pensamento de Manuel Castells e de Pierre Lévy na era das novas tecnologias de comunicação. Revista Eletrônica Temática, v. 5, n. 5, 2009, p. 01. Disponível em: https://cursosextensao.usp.br/pluginfile.php/52266/mod_resource/content/1/Sociedade_Cibercultura.pdf. Acesso em: 06 jan. 2022.

possibilidade de bilhões de informações serem compartilhadas diariamente, inclusive aquelas sobre a pessoa, seus hábitos, sua cultura, seus atos e suas características.

“A sociedade da informação é um fenômeno global com dimensões políticas, econômicas e sociais”; e é neste caldo que “a informação assume a forma de um produto social que deve ser compartilhada/socializada”.³¹⁶ A informação é o pilar de sustentação desta sociedade em rede. A informação está para a sociedade em rede, assim como a sociedade em rede está para a informação. É uma via de mão dupla, onde, nesta espécie de sociedade, a informação se assume como um pilar.

Enquanto efeito dominó, temos que a informação é o fator chave para existência da sociedade em rede. As informações não são limitadas as áreas econômicas, culturais, sociais, biológicas, alcançando também o ser humano e todos os seus direitos, valores e propriedades. Sendo a informação um conhecimento compreensível ao indivíduo, se tem que a sociedade em rede é dominada por ela.³¹⁷

Tendo como premissa tais considerações, pode-se alcançar a conclusão de que o ser humano é um ente dotado de informações objetivas (Aqueles relacionadas aos seus atos e gestos perante a sociedade) e subjetivas (Aqueles relacionadas com suas características físicas, mentais, morais e psicológicas). Depois de serem colhidas por ocasião de repetitivos cliques, em diversos sites, estas informações são tratadas, estocadas e compartilhadas. Em apertada síntese, independente da pessoa estar sobre o véu de consumidor, pelo fato de fornecer diversos cliques com seu mouse ou touch screen, seu rol de informações personalíssimas são alvos de tratamento, no mais das vezes até com violação a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Sobre tal fenômeno do indivíduo ser um centro de coleta de informação pessoal, a doutrina aponta:

As sociedades cibernéticas transbordam de algoritmos, há a intensa migração de dados. Esse ciclo tem como essência o compartilhamento de conteúdos [...]. As empresas digitais alavancam infinitos questionários virtuais, e os dados são armazenados em tanques anônimos, cujo são escoados na medida de surgimentos nas interações do mercado. Na era digital os dados são coletados, jamais excluídos, ficando armazenados para futuras operações [...].³¹⁸

³¹⁶ TAVARAYAMA, Rodrigo; SILVA, Regina Célia Marques Freitas; MARTINS, José Roberto. A sociedade da informação: possibilidades e desafios. *Nucleus*, v. 9, n. 1, 2012, p. 259. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3988649.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2022.

³¹⁷ SIQUEIRA, Jessica Câmara. A noção do termo 'informação': Revisão de literatura. *Brazilian Journal of Information Science*, v. 5, n. 1, 2011, p. 84. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/bjis/article/view/1264>. Acesso em: 06 jan. 2022.

³¹⁸ BASAN, Arthur Pinheiro; COUTO, José Henrique de Oliveira. A monitoração eletrônica do consumidor e a proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental. In: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS

E Szinvelski complementa:

Nesse contexto, a grande quantidade de aplicativos, recursos tecnológicos e serviços gratuitos projetados para o entretenimento ou facilitação da vida colocam os cidadãos nessa rota, ou, no mínimo, no âmbito de uma espécie de jogo em que todos são chamados a participar como forma de pertencer à sociedade, cujo impulsionador é o setor privado, por meio de uma massiva coleta e tratamento de um novo ativo financeiro, o qual aglutina diferentes dimensões da personalidade do indivíduo (os dados pessoais) e os torna fonte de riqueza [...].³¹⁹

De fato, nesta sociedade em rede o ser humano é um centro de observação dos sites, porquanto seus dados (os novos ativos), ao serem coletados e compartilhados, servem para o fomento do business intelligence. Dados objetivos, principalmente aqueles que trazem possibilidade de descoberta de gosto do ser, e dados subjetivos são alvos de coleta, tratamento, armazenamento e compartilhamento, nesta sociedade em rede.

Business intelligence “une dados, tecnologia, análises e conhecimento humano para otimizar decisões nos negócios e ultimamente tem dirigido o sucesso das empresas”.³²⁰ Ou seja, business intelligence é um mecanismo que, unindo informações pessoais, é utilizado para tomada de decisões, principalmente em um cenário corporativo. Business intelligence é “importante para tomar ciência do que foi feito, identificar possíveis falhas e oportunidades de melhoria, potencializar ganhos ao tomar decisões mais assertivas baseadas em dados e fatos e não em feeling ou em estratégias de tentativa e erro”.³²¹

Justamente por isso é que as informações pessoais das pessoas são relevantes para o atual estágio de desenvolvimento econômico, afinal, pela forma de business intelligence, os dados servem como parâmetro para a tomada de decisões, com fulcro no resultado e, também, no aumento de lucro. Os dados pessoais das pessoas, sejam eles objetivos ou subjetivos, auxiliam as empresas a tomarem decisões no mercado. Ao se usar business intelligence, há

JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords.); BORGES, Gabriel de Oliveira Aguiar; REIS, Guilherme (Orgs.). Fundamentos de direito digital: a ciência jurídica na sociedade da informação. Uberlândia: LAECC, 2020, p. 302-303.

³¹⁹ SZINVELSKI, Martín Marks. O direito à proteção de dados na sociedade em rede: a perspectiva comparada entre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e a Unidade Reguladora e Controladora dos Dados Pessoais (URCDP) do Uruguai. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2021, p. 17-18. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/10078/M%c3%a1rtin%20Marks%20Szinvelski.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 06 jan. 2022.

³²⁰ TDWI. Business Intelligence. Disponível em: <https://tdwi.org/portals/business-intelligence.aspx>. Acesso em: 06 jan. 2022.

³²¹ MASCARENHAS, Nadiele Domingos; ZITTEI, Marcus Vinicius Moreira. A relevância da tecnologia e aplicação de business intelligence na contabilidade. 18º Congresso USP de Iniciação Científica em Contabilidade, 2021, p. 02. Disponível em: <https://congressousp.fipecafi.org/anais/21UspInternational/ArtigosDownload/3548.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2022.

uma dimensão mais concreta do que a coletividade, formada pela singularidade de cada indivíduo, está com tendência.

Nesta linha, estando inserido em uma sociedade em rede, cuja principal característica é a conectividade, o indivíduo acessa diversificados sites, fornece vários cliques e, automaticamente, têm suas informações personalíssimas coletadas para um indevido tratamento, caso este for feito com desrespeito a LGPD.

Diante deste cenário é que existe a transição do direito à privacidade para o direito à proteção de dados pessoais.

No tocante ao direito à privacidade, a Carta Magna dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.³²²

Desta disposição se extrai que existe uma diferença entre o direito à intimidade e o direito à privacidade.

O direito à intimidade diz respeito à proteção de informações pessoais de âmbito exclusivo, referentes ao que alguém reserva para si, sem qualquer repercussão social. Isto é, em se tratando do direito à intimidade, as informações da pessoa são exclusivas, de tal modo que não terão que circular em folhetos de jornais ou no próprio corpo eletrônico da internet, em realidade são amontoados de dados que, por serem compreensíveis, devem estar sobre o manto da auto reserva.

Este direito à intimidade, também conhecido como “direito de estar só”, diz respeito ao fato relevante de existirem informações pessoais do sujeito, que devem ficar sobre o manto do sigilo, distante da trilha do compartilhamento, especialmente quando não existe interesse público.

Trata-se de um direito que tutela a esfera particular da pessoa, porquanto suas informações íntimas, sem repercussão social relevante à coletividade, devem estar protegidas. É a aplicação da clássica obra “Das Persönlichkeitsrecht”, de Heinrich Hubmann, cujo ideário estabeleceu que o ser humano tem um âmbito de informação reservado para si mesmo, livre de interferências por parte de terceiros.³²³

Pertencendo a espécie “Sapiens”, automaticamente há um direito à individualidade; e Reinhardt, se baseando em Hubmann, descreve: “Individualität ist das zweite Kennzeichen

³²² BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.

³²³ HUBMANN, Heinrich. Das Persönlichkeitsrecht. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.

des Menschen”.³²⁴ Existindo o direito à individualidade, há o direito à intimidade, que assegura ao indivíduo uma tutela no seu rol de informações que não devem ser publicizadas, por serem desprovidas de repercussão geral.

O direito à intimidade, conforme se extrai dos ensinamentos de René Dotti, visa resguardar informações particulares, principalmente relacionadas a própria essencialidade única, típica do ser, de tal modo que, pela peculiaridade da intimidade, terceiros não devem ter acesso a elas.³²⁵

Sobre o âmbito da intimidade, a doutrina elenca que ela “seria um núcleo ainda menor, que perpassa e protege relações mais íntimas ou pessoais”.³²⁶ Partindo destas disposições, é cristalino que o direito à intimidade recai em informações íntimas, pertencentes ao âmbito exclusivo de seu proprietário, cuja essencialidade repousa na sua invisibilidade perante os setores da sociedade (Estado, mercado e entidades paraestatais, como organizações sociais).

Neste caldo, Rosenvald e Cristiano Chaves rezam:

Destrinchando essa estruturação, nota-se que o direito à intimidade consiste em resguardar dos sentidos alheios as informações que dizem respeito, apenas, ao titular [...]. A intimidade [...] jamais manterá correlação com terceiros, sempre se enfeixando na personalidade do seu titular. [...] E, convenhamos, na sociedade hipercomplexa, com altos níveis de exposição social, a intimidade é um direito [...], o direito ao recato, o direito de estar só e de preservar a si mesmo.³²⁷

Quer pela visão, audição ou outros sentidos, informações íntimas devem estar livres de acesso pelo terceiro, afinal elas pertencem ao titular, sendo uma propriedade de natureza especial, cujo tal atributo é resumido na fixação a esfera da personalidade, intocável pela curiosidade da sociedade em rede, onde se predomina o espetáculo.

Uma das características tuteladas pela intimidade é a particularidade confidencial, caracterizada por ser uma informação secreta do titular. Relevante é a particularidade confidencial ser uma informação do titular, para que exista o direito à intimidade, é isso. Sendo um dado íntimo, sem nenhuma repercussão coletiva, somente o seu titular pode decidir lhe divulgar para um terceiro. Assim, um terceiro, usando-se de seus sentidos (audição e escuta, principalmente), somente poderá acessar a informação confidencial caso o titular

³²⁴ REINHARDT, Rudolf. Das Problem des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Archiv für die civilistische Praxis, v. 153, n. 6, 1954, p. 550. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40993410>. Acesso em: 07 jan. 2022.

³²⁵ DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. Revista de Informação Legislativa, v. 17, n. 66, 1980, p. 131-132. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181214>. Acesso em: 07 jan. 2022.

³²⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 489.

³²⁷ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 269.

quiser, de maneira livre e sem vício (Sem dolo, coação física ou mental, ou hipnose), compartilhá-la.

Isto porque existe um direito à intimidade do titular da informação confidencial, sendo caracterizado por conceder uma tutela especial ao dado, tão íntimo que deve ser livre de indevidos compartilhamentos. Em termos mais nítidos, o direito à intimidade resguarda, para o titular de informação íntima, uma tutela, de tal modo que aquela não ficará sobre a posse de nenhum terceiro, exceto, é claro, pela autodeterminação do titular.

“Merecem tutela, no âmbito do direito à intimidade, todos os fatos ou situações cujo desvelamento possa acarretar alguma consequência ruim para a pessoa”, de acordo com Edson Silva.³²⁸ Inclusive, julgados são favoráveis a tal linha ideológica. Cita-se a seguinte decisão:

DANO MORAL. BANHOS EM COMUM. VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE (ART. 5º, X DA CF/88 E ART. 21 DO CC/02). OCORRÊNCIA. Viola direito fundamental e da personalidade do empregado a conduta da empresa que o obriga a tomar banho em comum, sem qualquer divisória entre os chuveiros.³²⁹

É evidente que tal decisão, proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, tutela a intimidade, uma vez que seu âmbito de estruturação dá um enfoque na proteção as partes íntimas da pessoa, as quais devem ficar desconhecidas por terceiros, ainda que do mesmo ambiente fabril.

Em título ilustrativo, destaca-se outro julgamento com a decisão correlacionando o direito à intimidade e sua não violação:

DANO MORAL. VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE. CÂMARA NO VESTIÁRIO DIRECIONADA AOS ARMÁRIOS. NÃO CONFIGURADO. O monitoramento por câmeras de vídeo instaladas no vestiário da empresa direcionadas exclusivamente para os armários, sem abranger o local privativo para troca de roupa dos funcionários, não configura violação a direito de intimidade.³³⁰

Veja-se que nesta decisão, proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, houve a aplicação da clássica teoria da responsabilidade civil: é preciso de um dano,

³²⁸ SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade. SP.: Juarez de Oliveira, 2003, p. 147.

³²⁹ Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT-3). Recurso Ordinário Trabalhista : RO 0001294-72.2014.5.03.0104. Relatora: Cristiana M. Valadares Fenelson. Data de Julgamento: 22/08/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/502603365/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1294201410403008-0001294-7220145030104>. Acesso em: 07 jan. 2022.

³³⁰ Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (TRT-24) : 0025547-52.2017.5.24.0002. Relator: Leonardo Ely. Data de julgamento: 02/09/2020. Jus Brasil, 2020. Disponível em: <https://trt-24.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925403174/255475220175240002>. Acesso em: 07 jan. 2022.

efetivo e concreto, para a caracterização de responsabilidade civil, estejam as partes em uma relação cível ou trabalhista – Observada, é claro, a regra da responsabilidade civil objetiva, comum em alguns casos trabalhistas e abundante na esfera de direito privado. Um dano pode ser na estrutura interna da pessoa, como no caso da intimidade. No caso em tela o dano à informação confidencial foi inexistente, motivo pelo qual não há possibilidade de responsabilidade civil.

Na esfera cível também se cogita de direito à intimidade e responsabilidade civil. Um claro exemplo é o seguinte:

RESPONSABILIDADE CIVIL. FOTOS E VÍDEOS ÍNTIMOS. DIVULGAÇÃO. REDES SOCIAIS. DANO MORAL. A intimidade e a vida privada constituem direitos fundamentais da pessoa (CF, art. 5º, X). Como regra, os dados pessoais encontram proteção no direito à intimidade e privacidade. O dano moral está presente na violação de direito da personalidade causador de séria ofensa à vítima. O sofrimento imposto à vítima deve possuir certa magnitude ou dimensão. Do contrário, constitui mero aborrecimento da vida diária, que não é apto a gerar obrigação de indenizar. Na espécie, foram divulgados fotos e vídeos íntimos da autora nas redes sociais, sem sua autorização. Situação do caso concreto que enseja o dever de reparação. A prova dos autos confirma ter o réu recebido as fotografias e compartilhado. O valor do dano moral deve ser estabelecido de maneira a compensar a lesão causada em direito da personalidade e com atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Mantido o valor arbitrado pela sentença. Apelação não provida.³³¹

Neste caso o julgado foi favorável a violação da intimidade da vítima, afinal se tratam de indevidos vazamentos de informações confidenciais, quais sejam: fotos e vídeos íntimos. Para piorar tal quadro, as fotos e os vídeos foram expostos no corpo eletrônico, cujas características são a agilidade e a repetibilidade no partilhamento de dados. Em questões de segundos, após o indevido compartilhamento das fotos e dos vídeos íntimos, centenas de pessoas já são alcançadas por tal conteúdo, de natureza ilícita e imoral.

Deste julgamento se extrai que, por existirem tais vazamentos de informações confidenciais (vídeos e fotos íntimos, cujo interesse público é inexistente) e um dano moral à vítima, há uma cristalina hipótese de responsabilidade cível em decorrência da violação à intimidade.

Este quadro exposto reforça o ideário de que, em se tratando do direito à intimidade, as informações que possam gerar um dano para seu titular devem estar sobre o manto da tutela.

³³¹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível : AC 70078201167 RS. Relator: Marcelo Cezar Muller. Data de Julgamento: 30 ago. 2018. Jus Brasil, 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/626301752/apelacao-civel-ac-70078201167-rs>. Acesso em: 07 jan. 2022.

“Lo privado es todo lo que está afuera del ámbito del interés público [...]. Lo privado es el ámbito restringido de lo doméstico y lo familiar, de aquellos asuntos del sujeto, que no necesariamente deben ser divulgados masivamente”.³³² Em suma, a intimidade protege a informação privada da pessoa, caracterizada por ser um dado não apenas compreensível ao indivíduo, como também que deve estar livre do espetáculo, na sociedade do compartilhamento.

Isto porque, tal informação é confidencial, pertencente a uma zona restrita que é reservada ao próprio titular, o único capaz, ao menos em tese, que deveria ter a capacidade de partilhá-la para o corpo coletivo. Sobre a intimidade, José Rojo dispõe:

íntimo se refiere a las cosas más profundas e interiores de la persona, que suelen ser reservadas, y, por extensión, a lo relativo a las relaciones más estrechas o cercanas. [...] La intimidad es el conjunto de sentimientos, pensamientos e inclinaciones más guardados en el interior -la ideología, la religión o las creencias-, las tendencias personales que afectan a la vida sexual, determinados problemas de salud que deseamos mantener en total secreto, u otras inclinaciones.³³³

Em suma, a intimidade tutela uma informação privada e que não deve recair ao público, que se insere na sociedade em rede; e este efeito ocorre porque se trata de um dado confidencial, que revela uma intimidade pertencente a esfera particular do indivíduo.

Para Alexandre de Moraes, a “vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc”,³³⁴ e, complementando tal linha de raciocínio, Nathalia Masson destaca que a “vida privada não busca proteger segredos ou particularidades confidenciais de ninguém, tarefa que fica a cargo da tutela da intimidade”.³³⁵

Diferente do direito à intimidade, que tutela informações confidenciais, o direito à vida privada visa tutelar as demais informações, sejam elas relacionadas aos planos comerciais, trabalhistas, familiares ou acadêmicos. O direito à privacidade, portanto, tem sua esfera de proteção em informações que não são confidenciais, logo mais fáceis de serem descobertas por terceiros, em regra.

Desta observação, surge um importante fato: não é porque a informação não é confidencial que terceiros a devem manipular, sem respeitar um possível consentimento.

³³² SENNETT, Richard. El declive del hombre público. Barcelona: Ediciones Península, 1978, p. 26.

³³³ ROJO, José Antonio Días. Privacidad: ¿neologismo o barbarismo?. Revista de estudios literarios, n. 21, 2002. Disponível em: <http://webs.ucm.es/info/especulo/numero21/privaci.html>. Acesso em: 08 jan. 2022.

³³⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

³³⁵ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 219.

Informações pertencentes ao campo da vida privada também devem ser tuteladas pelo Estado democrático.

Em nítidos termos, em um Estado social, cujo humano é o pilar de sustentação, a vida privada também terá que ser protegida frente a tratamentos indevidos, ilícitos ou até mesmo lícitos e abusivos. Ainda que a informação privada não seja confidencial, pertencente ao campo dos segredos, terá que ser alvo de tutela, não podendo ser compartilhada a todo instante, ao menos sem o agente de tratamento não tiver um consentimento livre e sem embaraço.

Para Holthe, a vida privada é um conceito mais abstrato, no sentido de sua ideia abarcar “todos os relacionamentos da pessoa, tantos os subjetivos, quanto os objetivos (relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.)”.³³⁶ O objetivo profissional e a ideia de fazer um projeto de mestrado são informações pertencentes ao campo da vida privada, por exemplo.

O décimo segundo artigo da Declaração Universal de Direitos Humanos até dispõe que “ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada”.³³⁷ Por tal disposição fica claro que o direito à privacidade, no Brasil, tem uma forte proteção. De fato, as informações da pessoa, ainda que não sejam confidenciais, devem ser protegidas frente indevidos compartilhamentos.

Sobre o direito à privacidade, a doutrina firma o entendimento:

Dada a sua dupla dimensão objetiva e subjetiva, o direito à privacidade opera, na condição de direito subjetivo, em primeira linha como direito de defesa, portanto, como direito à não intervenção por parte do Estado e de terceiros no respectivo âmbito de proteção do direito e, como expressão também da liberdade pessoal, como direito a não ser impedido de levar sua vida privada conforme seu projeto existencial pessoal e de dispor livremente das informações sobre os aspectos que dizem respeito ao domínio da vida pessoal e que não interferem em direitos de terceiros.³³⁸

Em termos concretos, pela existência do direito à privacidade, uma informação, ainda que não sigilosa ou íntima, confidencial para a própria pessoa, terá que ficar no manto da tutela jurídica. As informações sobre estudos, vida profissional, acadêmica científica, são particulares, logo devem ser respeitadas pela coletividade.

Isto porque, conforme já apontado pela doutrina de Ingo e seus capangas intelectuais, o direito à privacidade tem uma esfera subjetiva, caracterizada por impedir tanto a coletividade quanto terceiro a realizar um tratamento indevido, desrespeitando a autonomia do

³³⁶ HOLTHE, Leo Van. Direito Constitucional. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 266.

³³⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948.

³³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

titular. Ainda que tais informações não sejam secretas, o Estado democrático consagra expressamente que elas devem ser tuteladas, motivo pelo qual o terceiro e o Estado têm de se absterem de realizarem uma possível interferência.

José Afonso da Silva comenta que o direito à privacidade é um “conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem isso poder ser legalmente sujeito”.³³⁹

Essas informações, aliás, não são confidenciais ou secretas, íntimas a ponto de serem reservadas ao conhecimento, quase sempre, do titular, entretanto devem ser tuteladas pelo direito e até mesmo pelo titular, que deve ter a capacidade de mantê-las, ou não, sobre o seu exclusivo domínio.

O Código Civil também tutela a vida privada, porquanto logra no artigo 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Assim sendo, uma informação privada não poderá ficar sendo compartilhada a todo instante, sem o devido consentimento do titular; e, vale ressaltar, tal regra se aplica ainda que tal informação não seja secreta.

Sobre a dimensão subjetiva do direito à privacidade, Bastos e Ives Martins comentam:

[a] faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada [...], assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.³⁴⁰

Em termos concretos, existindo uma informação da vida privada, o titular tem a capacidade, em virtude do direito à privacidade, de controlar se a mesma poderá circular de sua esfera particular para a pública. Se trata duma dimensão do direito à vida privada, consistente na abstenção do Estado e de terceiro de compartilhar uma informação do titular, sem ter o devido consentimento.

Então, informações particulares e não secretas também devem ser tuteladas frente atividades injuntivas ou intromissões alheias, especialmente em uma sociedade em rede,

³³⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 209. Apud: PENNA, Luisa Ferreira Gonzalez. A Coleta de Dados pelas Novas Tecnologias e o Direito à Privacidade. Monografia (Graduação em direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 37. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/37786/37786.PDF>. Acesso em: 09 jan. 2022.

³⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2, p. 63.

marcada pelo compartilhamento. Para Diniz, “há certos aspectos da vida da pessoa que precisam ser preservados de intromissões indevidas, mesmo que se trate de pessoa notória no que atina à vida familiar, à correspondência epistolar, ao sigilo bancário [...]”.³⁴¹ De fato, ainda que não pertencentes ao campo da confidencialidade, a informação privada é de uma pessoa, motivo pelo qual é ela que terá que escolher se deseja, ou não, compartilhá-la para terceiros.

Sobre tal direito à privacidade e sua diferença com o da intimidade, Ferriani comenta:

O direito à intimidade é o modo de ser da pessoa e significa o afastamento do conhecimento de outros indivíduos sobre assuntos que se referem somente a ela. O direito à privacidade, mais abrangente, é o direito do seu titular de controlar a própria exposição ou a disponibilidade de informações. [...] Realmente são figuras diversas. O direito à privacidade tem um conceito mais amplo, diz respeito ao direito de a pessoa estar só ou viver em paz. A intimidade refere-se a acontecimentos mais particulares e pessoais.³⁴²

Portanto, o direito à intimidade é mais restrito, no sentido de sua esfera de proteção recair em informações confidenciais, cujo interesse público é inexistente, já o direito à vida privada é menos restrito, abarcando qualquer dado que não seja secreto ou confidencial, mas que, mesmo assim, deve ser protegido pelo Estado social.

O direito à privacidade e o direito à intimidade são importantes, é claro. Vive-se em uma sociedade conectada, onde, pela existência da internet, as informações são rapidamente compartilhadas entre computadores, celulares e aparelhos tecnológicos. Basta ter acesso a internet para se inserir no corpo eletrônico, qualificado como um ambiente de intensas e ágeis trocas de informações.

Para se ter uma noção mais precisa sobre a relevância da internet, na sociedade em rede, vejamos os seguintes dados, fornecidos pela União Internacional de Telecomunicação: mais de 4 bilhões de pessoas, em todo o planeta Terra, tem acesso ao corpo eletrônico.³⁴³ Portanto, mais de 4 bilhões de indivíduos ficam expostos ao evento da monitoração eletrônica, consistente no fenômeno, principalmente, de vigia do ser que está acessando o ambiente digital. Mas não é só, pois tal fenômeno abarca também o tratamento de dados pessoais daqueles que navegam.

³⁴¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁴² FERRIANI, Luciana de Paula Assis. O direito ao esquecimento como um direito da personalidade. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18867/2/Luciana%20de%20Paula%20Assis%20Ferriani.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2022.

³⁴³ União Internacional De Telecomunicação. World Telecommunication/ICT Indicators Database. 2019.

Sobre tal fenômeno de monitoração eletrônica da pessoa, José Couto e Zacharias defendem:

Assim, a indústria 3.0 é marcada pela internet, enquanto ambiente que proporciona a conexão mundial de computadores, ligando-se umbilicalmente aos bens modernos. [...] Em outras palavras, a indústria 3.0 é movida pela tecnologia informacional, na qual existem aparelhos com sensores desenvolvidos, conexões ágeis e aparelhos automatizados sendo controlados com a internet. [...] Então, enquanto um sistema global de redes acessíveis e velozes, a internet é responsável por quantitativos fluxos de dados circulando entre os consumidores e os fornecedores. Pelo fato de a economia ser inserida na sociedade informacional, há profundas alterações nas peculiaridades do mercado, em que, diante do fenômeno de algoritmização, os bens tangíveis perdem espaço para os bens intangíveis, que, portanto, tornam-se peças fundamentais para a criação de riqueza. [...] Portanto, na economia digital, os dados pessoais são qualificados como os novos fatores de lucratividade, pois são responsáveis pela riqueza através da monitoração eletrônica [...]. Ainda além, a monitoração eletrônica é agravada por dois fatores, sendo eles: i) superação da apartheid digital; ii) existência do analfabetismo contratual.³⁴⁴

Nesta sociedade em rede o fenômeno da monitoração eletrônica torna-se fator chave para o desenvolvimento do ecossistema eletrônico. A metade da população global, estando conectada, sujeita-se a monitoração eletrônica, com seus dados sendo vigiados, coletados, armazenados e até mesmo compartilhados, pelos diversos agentes da cadeia eletrônica.

Informações íntimas, confidenciais e até mesmo aquelas com interesse público são coletadas e partilhadas, uma vez que existe tal fenômeno da monitoração eletrônica. Para tanto, basta o indivíduo estar conectado, fornecendo repetitivos cliques em seu mouse nos diversos mecanismos dos sites.

Existe um mundo concreto, cujos fatos reais e materializados são sentidos pelo indivíduo. Neste mundo concreto a principal característica é a materialização dos objetos e dos fatos. Por outro lado, também existe o mundo virtual, cujos pilares são intangíveis, não podendo ser tocados e nem sentidos pelo tato. Há “vida concreta, real, de contato físico e material com pessoas e bens; e outra virtual, composta por redes sociais, e-mails, blogs, canais de vídeo, páginas pessoais etc.”.³⁴⁵

É neste cenário de mundo virtual que a monitoração eletrônica se consolida, onde os agentes fazem uma verdadeira vigilância na esfera confidencial e não secreta do indivíduo que fornece sequenciais cliques nos sites. Em apertadas palavras, ao entrar na internet, acessar um ou mais site, fornecer cliques em diversas abas, o indivíduo fica sujeito ao fenômeno da

³⁴⁴ COUTO, José Henrique de Oliveira; COELHO, Luciana Zacharias Gomes Ferreira. A monitoração eletrônica e o silêncio do consumidor como manifestação de recusa na coleta de dados pessoais. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 10, 2021, p. 06-07.

³⁴⁵ BASAN, Arthur Pinheiro; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A tutela do corpo eletrônico como direito básico do consumidor. Revista dos Tribunais, v. 1021, 2020, p. 134.

monitoração eletrônica, de tal sorte que seu rol de informações íntimas e não particulares são expostas a coleta, armazenamento e compartilhamento.

Ainda tratando sobre a sociedade em rede, onde existe a monitoração eletrônica, Castells ensina que ela possui os seguintes pilares: I) a informação é o fator chave para o seu desenvolvimento, afinal serve como “matéria-prima”. Esta “matéria-prima” é relevante, aliás, porque pode ser usada diversas vezes, sem o conteúdo sofrer perecimento (destruição total) ou deterioração (destruição parcial), observado o fato de haver corrompimento de tal arquivo. Diferente de combustível, a informação não tem desgaste com o uso; II) Os equipamentos tecnológicos fazem uma penetração nas esferas pessoais e coletivas das pessoas. Apenas pela existência no século XXI, o indivíduo sofre, diretamente e indiretamente, os impactos das tecnologias. Por exemplo, já existiram épocas onde empresas coletavam os resíduos de pessoas, para saberem de seus gostos e preferências. Com a ascensão da tecnologia, bastam poucos segundos na rede para o indivíduo ter sua vida como um livro aberto perante o terceiro que realiza o tratamento de seu dado. É, em suma, o fenômeno da monitoração eletrônica causando impacto na vida do indivíduo; III) a própria rede torna-se um “combustível” para a manutenção e desenvolvimento da sociedade da informação; IV) Existe a possibilidade de se reverter o conteúdo de uma informação. Se no papel a escrita de caneta não pode ser apagada sem deixar um traço, no ambiente da internet uma informação pode ser editada quantas vezes forem necessárias. Tal fenômeno de reversão é importante, permitindo uma maior facilidade na manipulação da informação; V) Os bens são desenvolvidos para permitirem uma integração dos indivíduos, na internet. Computadores, tablets, celulares e demais aparelhos semelhantes possuem acesso a internet, o que enseja no ciclo de compartilhamento de informações.³⁴⁶

Portanto, a sociedade em rede, que vigora no século XXI (Século do algoritmo), tem como fator chave o corpo eletrônico, onde existem intensas trocas de informações, incluindo das pessoas. É neste caldo que há intenso desenvolvimento de bens tecnológicos com conectividade, possibilitando a existência do ciclo de tratamento de dados pessoais. Celulares ultramodernos, óculos com conexão, sensores potentes e capazes de acelerar a transmissão de informação, computadores equipados com itens modernos, como “SSD”, relógios que acessam a internet, enfim, diversas são as tecnologias que ligam o indivíduo ao corpo eletrônico, criando o seguinte efeito dominó: há tratamento de seus dados pessoais, especialmente para compartilhamento entre os diversos atores desta rede.

³⁴⁶ CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 106-109.

Nos dizeres da doutrina alienígena: “On this basis one can consider that a society is an informational society if it possesses a solid information technology: infrastructure, production and knowledge”.³⁴⁷

A infraestrutura da sociedade em rede se baseia na tecnologia, conforme já visto. São necessários aparelhos que consigam não apenas se conectarem ao corpo eletrônico, mas, devido ao contexto da sociedade atual, onde a informação serve como bem econômico, também ser possível o compartilhamento.

Na sociedade em rede a produção tem sua espinha dorsal moldada, passando a economia a ficar exposta ao processo de desmaterialização. Cada vez com mais frequência se percebe a alocação de recurso para o corpo eletrônico. Nesta modernidade, as propriedades se desmaterializam, passando a estrutura do corpo eletrônico pela necessidade de suportá-las. Para Jeremy Rifkin, esta espécie de sociedade é marcada pelo compartilhamento, e, a cada dia que passa, mais há uma desmaterialização dos bens. Nos dizeres de Cristiano Chaves e Rosenvald, “a posse do capital físico, que já foi o coração da vida industrial, torna-se cada vez mais marginal ao processo econômico”, isto é, “a riqueza já não é mais investida no capital físico”.³⁴⁸ Por consequência deste cenário, a informação pessoal do indivíduo torna-se essencial para o núcleo de produção; e, importante ponderar, isto existe porque é o dado pessoal que move o comércio inteligente, o business intelligence. Gize-se que a produção tem como matéria prima o dado pessoal porque há a possibilidade de descobrir o que o sujeito quer, gosta, tem interesse, ou melhor, com vários dados de diversas pessoas, há chance de se traçar uma operação no mercado de modo mais preciso, rendendo mais lucros líquidos.

Castells dispõe:

I do think we live in a new society already, not in the future but right now. I call that the network society, not information society for the reasons that I hope will become apparent soon. What is new about this society is something very simple to start with ± the technology. The technology is new. It does not mean that the technology produces society. Technology is a part of the society. It is one inextractable dimension of the society at large. The fact that we have new technologies allows possibilities of social and economic organization that did not exist before. In other words, the new information technologies are not the cause of the social transformation, but without these technologies the processes that lead to social transformation could not happen. [...] It is based on computers, network technologies, telecommunications and increasingly based on genetic engineering and development of new nanotechnologies. All these are extraordinary transformations for good or for bad ± I am not judging on the value ± and they

³⁴⁷ CARDOSO, Gustavo. Societies in Transition to the Network Society. CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Edit.). The network Society from Knowledge to policy. Washington: Center for Transatlantic Relations, 2005, p. 26.

³⁴⁸ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Direitos Reais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 273.

provide an infrastructural basis completely different from what we have been living with only 20 ± 25 years ago.³⁴⁹

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma crítica ao pensamento do renomado autor. Desta oração desprende-se que, para Castells, a tecnologia não cria a sociedade. Entretanto, é evidente que a tecnologia cria a sociedade, assim como a sociedade cria a tecnologia. Por exemplo, em um país soberano, como os Estados Unidos, a sociedade sofre impactos diretos e indiretos por ocasião da tecnologia, o que acaba repercutindo em sua moldura. De outro ângulo, a sociedade também cria a tecnologia. Uma nação que, após o devido processo de tributação e arrecadação de dinheiro, financia a tecnologia está nadando na correnteza de valoração da mesma. É a aplicação da teoria de que a sociedade cria a tecnologia.

É de clareza solar que na sociedade em rede existe um intenso uso da tecnologia. Por ocasião da internet, o rol de informações pessoais é coletado, armazenado e compartilhado pelos agentes que operam no corpo eletrônico. Nesta sociedade em rede a informação da pessoa é alvo do tratamento, por parte dos agentes que operam no corpo eletrônico; e tal processo é possível porque a tecnologia permite, seja por existir materialmente (um objeto que dá possibilidade da pessoa de se conectar, por exemplo) e, também, por existir no âmbito da intangibilidade (é a própria rede, que permite o indivíduo acessar os sites disponíveis). Existem “milhares de sistemas computacionais coletando as informações pessoais, monitorando não apenas as atividades empresariais, mas as pessoas e suas preferências íntimas, seus segredos e sua esfera individual”, consoante a doutrina.³⁵⁰

Todos estes procedimentos de tratamentos de informações pessoais existem em consonância com os direitos à privacidade e intimidade. Ainda que exista a consagração constitucional do direito à privacidade e do direito à intimidade, há excessivo tratamento de informação pessoal do indivíduo, pelo simples fato do mesmo, uma vez inserido no corpo eletrônico, fornecer repetitivos cliques em sites aleatórios.

É neste contexto que se pode cogitar do direito à privacidade e do direito à intimidade serem meros papéis, em se tratando de uma proteção ao âmbito de dado pessoal. Ora, são normas constitucionais com eficácia baixa, porquanto o indivíduo, ao estar inserido no

³⁴⁹ CASTELLS, Manuel. The contours of the network society. *Foresight*, v. 02, n. 02, 2000, p. 153. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/14636680010802591/full/html?skipTracking=true>. Acesso em: 13 jan. 2022.

³⁵⁰ BASAN, Arthur Pinheiro; COUTO, José Henrique de Oliveira. A monitoração eletrônica do consumidor e a proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental. In: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords.); BORGES, Gabriel de Oliveira Aguiar; REIS, Guilherme (Orgs.). *Fundamentos de direito digital: a ciência jurídica na sociedade da informação*. Uberlândia: LAECC, 2020, p. 303-304.

ambiente da internet, tem suas informações confidenciais e não secretas coletadas, armazenadas, tratadas e até mesmo compartilhadas.

Há uma fragilidade do indivíduo que está inserido no corpo eletrônico. Pelo fato de o mesmo estar navegando em sites, entrando em abas, seus dados pessoais automaticamente são coletados para, posteriormente, serem compartilhados, provavelmente. É esta a fragilidade do indivíduo, que decorre da baixa eficácia do direito à vida privada e do direito à intimidade. A doutrina descreve este cenário:

O rápido desenvolvimento das tecnologias informacionais, a expansão das redes comunicativas globais e a expansão das mídias digitais corroboraram de modo significativo para edificar-se uma verdadeira sociedade informacional, onde a informação é colocada como a força motriz e mola propulsora dos fluxos informacionais e econômicos na contemporaneidade. [...] O processo de receber e utilizar a informação é o processo do ajuste às contingências do meio ambiente e do efetivo viver nesse meio. De modo que a Internet tem papel de destaque nesse contexto, visto que é por meio dela, como sistema de suporte, que a utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação tornam-se possíveis, gerando a partir dessas tecnologias toda essa nova conjuntura de relações do cenário hodierno. [...] A amplitude cada vez maior dos canais informacionais e comunicacionais pela Internet fazem com que muitos setores da sociedade se estructurem e também levem os indivíduos a divulgarem ou compartilharem seus dados pessoais na rede, espontaneamente ou captados por empresas ou geradoras informáticas que se utilizam desses dados para fins pacíficos ou prejudiciais, para o Estado e para o usuário.³⁵¹

Ainda que existam o direito à privacidade e o direito à intimidade, ao entrar no ambiente eletrônico o indivíduo fica exposto ao fato jurídico da publicização de suas esferas secretas e não íntimas. Fornecendo repetitivos cliques com seu celular, computador, relógio, óculos tecnológicos ou aparelhos semelhantes, suas esferas particulares, englobando as informações pertencentes ao campo da privacidade e da intimidade, são tratadas pelos agentes eletrônicos, especialmente para fins lucrativos.

Portanto, em se tratando de um mundo eletrônico, se tem que o direito à privacidade e o direito à intimidade são pedaços de papéis, sem uma efetividade alta para tutela do combo de informações privadas e confidenciais. O corpo eletrônico existe e, por isso, expõe as informações do sujeito ao fenômeno da publicização.

³⁵¹ OLIVEIRA, Rafael Santos de; BARROS, Bruno Mello Correa de; PEREIRA, Marília do Nascimento. O direito à privacidade na internet: desafios para a proteção da vida privada e o direito ao esquecimento. Revista da Faculdade de Direito UFMG, n. 70, 2017, p. 568-573. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1863/1765>. Acesso em: 14 jan. 2022.

“Nesse sentido, concluiu-se pela existência de um corpo eletrônico, bem como a necessidade por parte dos operadores do Direito de estar atento aos seus limites, no sentido de estabelecer sua tutela nos mais variados ramos da Ciência Jurídica.”³⁵²

É neste contexto que advém a relevância do direito à proteção de dados. Evolui o direito à privacidade para o direito à proteção de dados, com fulcro na proteção do ser humano.

1.1 Definição de dado pessoal: Reflexões a partir da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, do Código Civil Chinês e da Lei de Proteção de Informações Pessoais da República Popular da China

Para Miranda, dado é “um conjunto de registros qualitativos e quantitativos conhecido que, organizado, agrupado, categorizado e padronizado adequadamente transforma-se em informação”.³⁵³ Já, para outra corrente ideológica, o dado “figura como “fato” ou “átomo”, um elemento bruto, desprovido de significação imediata. Algo perceptível e de baixo teor semântico”.³⁵⁴ Setzer descreve que dado é “uma seqüência de símbolos quantificados ou quantificáveis. Portanto, um texto é um dado”, isto é, “um dado é necessariamente uma entidade matemática e, desta forma, puramente sintática”.³⁵⁵

Em se tratando de informação, ela também é uma expressão que tem inúmeros significados, variando conforme cada autor. A informação é “o resultado do processamento, manipulação e organização de dados, de tal forma que represente uma modificação (quantitativa ou qualitativa) no conhecimento do sistema (pessoa, animal ou máquina) que” lhe alcança.³⁵⁶ Para Ewa Braf: “Shortly, information can in this way be viewed as processed

³⁵² COLOMBO, Cristiano. Corpo eletrônico e tutela jurídica. Revista Eletrônica Direito e TI, v. 1, n. 1, 2015, p. 4. Disponível em: <https://direitoeti.emnuvens.com.br/direitoeti/article/view/15/11>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁵³ MIRANDA, R. C. da R. O uso da informação na formulação de ações estratégicas pelas empresas. Ciência da Informação, Brasília, v. 28, n. 3, p. 284-290, 1999. Apud: VALENTIM, Marta Ligia Pomim. Inteligência Competitiva em Organizações: dado, informação e conhecimento. Revista DataGramaZero, v. 3, n. 4, 2002. p. 01. Disponível em: <https://brapci.inf.br/index.php/res/v/3837>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁵⁴ SEMIDÃO, Rafael Aparecido Moron. Dados, informação e conhecimento enquanto elementos de compreensão do universo conceitual da ciência da informação: contribuições teóricas. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação), Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, 2014, p. 72. Disponível em: https://www.marilia.unesp.br/Home/Pos-Graduacao/CienciadaInformacao/Dissertacoes/semidao_ram_me_mar.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁵⁵ SETZER, Valdemar W. Dado, Informação, Conhecimento e Competência. Revista de Ciência da Informação, 1999, p. 01-02. Disponível em: <https://brapci.inf.br/index.php/res/v/7327>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁵⁶ CASTRO, Gilberto Ramos de. Discussão conceitual sobre dado, informação e conhecimento: perspectiva dos alunos concluintes do curso de biblioteconomia da UFPB. Monografia (Graduação em biblioteconomia), Universidade Federal da Paraíba, 2011, p. 18. Disponível em: <http://www.ccsa.ufpb.br/biblio/contents/tcc/tcc-2011/discussao-conceitual-sobre-dado-informacao-e-conhecimento.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.

data. [...] The conversion of data into information thus requires knowledge, and knowledge is specialised”.³⁵⁷

Portanto, sobre o ponto de vista da ciência da informação, um dado é diferente da informação. Isto porque, o dado é um amontoado de informações sem organização e mecânica, de tal modo que é um elemento fático e desprovido de gerar, para o indivíduo, um conhecimento lúcido. Já a informação é o resultado do aperfeiçoamento do dado, sendo uma realidade compreensível para o ser que lhe toca com algum sentido, ou seja, a informação, por ter passado por um procedimento refinatório, é compreensível.

Evidente que este posicionamento não é absoluto. Diversas correntes definem diferente tanto a informação quanto o dado. Ainda assim, na atualidade, o posicionamento majoritário é de que o dado não passou por um procedimento de organização, sintetização e refinamento, o que lhe torna incompreensível, conquanto a informação consiste num conjunto de siglas, símbolos, escritas, e que são compreensíveis para o ser.

Seguindo esta linha ideológica, Danilo Doneda dispara:

Assim, o ‘dado’ apresenta conotação um pouco mais primitiva e fragmentada [...], o dado estaria associado a uma espécie de ‘pré-informação’, anterior à interpretação e ao processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição. Sem aludir ao seu significado ou conteúdo em si, na informação já se pressupõe uma fase inicial de depuração de seu conteúdo – daí que a informação carrega também um sentido instrumental, no sentido da redução de um estado de incerteza.³⁵⁸

Enfim, para esta corrente, a informação, justamente por sofrer um processo de tratamento, é evoluída, sendo compreensível para o indivíduo. A informação diminui a incompreensão, logo a incerteza, e aumenta a compreensão. Por sua vez, os “dados visto de forma isolada, possuem pouco significado, mas quando são combinados e processados geram alto valor para quem a possuem”.³⁵⁹

Esta diferença é relevante, porquanto, caso adotada, obriga que o operador do direito chegue a conclusão de que uma informação dum pessoa existe porque houve um dado

³⁵⁷ BRAF, Ewa. Knowledge or Information - What makes the difference?. Organizational Semiotics: Envolving a Science of Information Systems. Massachusetts: Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 74.

³⁵⁸ DONEDA, Danilo. A Proteção de Dados Como um Direito Fundamental. Revista Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, 2011. p. 94. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>. Acesso em: 17 jan. 2022.

³⁵⁹ SILVA, Arício Medeiros da; SILVA, Natanael Almeida Santos; FORTES, Denise Xavier. Adoção de gestão do conhecimento e big data na saúde pública. Revista Científica da FASETE, 2018, p. 351. Disponível em: https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2018/15/adocao_de_gestao_do_conhecimento_e_big_data_na_saude_publica.pdf. Acesso em: 17 jan. 2022.

tratado. Caso se adote, entretanto, a posição de que o dado equivale a informação, chega-se a conclusão de que a informação existe, assim como o dado. São sinônimos, é isso.

No presente trabalho se adotará a tese de que o dado e a informação são expressões equivalentes. Ao decorrer deste trabalho foram apresentadas concepções de que existem tratamentos em dados, porém é no sentido de existir uma manipulação de tais conteúdos. Isto se deve por influência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que dispõe que o tratamento é “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.³⁶⁰ Nos ensinamentos de Heráclito, o mundo está em constante mudança, sendo caracterizado pela liquidez. Tal pensamento se aplica no presente caso, porquanto o trabalho adota a tese de que a informação e o dado são expressões equivalentes, ainda que, na presente monografia, tenha o uso da palavra “tratamento”. É que ela é empregada, no mais das vezes, de acordo com a dialética da LGPD.

O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD), instrumento normativo que tutela o dado pessoal no âmbito da União Europeia, dispõe que dado pessoal é:

informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.³⁶¹

Para o RGPD, portanto, um dado é pessoal quando o ser identificado ou já estar identificado, revelando uma informação da pessoa, seja ela íntima ou ínfima. Não é tão relevante, é claro, qual o meio para se identificar uma pessoa, mas sim que ela possa ser identificável, seja por meios físicos (v.g. papéis) ou eletrônicos (v.g. informações em arquivos do word).

³⁶⁰ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

³⁶¹ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 17 jan. 2022.

O RGPD considera que o dado pessoal é uma informação. É um conceito amplo, porquanto a informação engloba aquela que é secreta e, também, não confidencial. De todo modo, qualquer espécie de informação pessoal é um dado, observadas as peculiaridades de identificação ou possibilidade.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) elenca que dado pessoal é uma “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Percebe-se, de imediato, uma semelhança com a definição do RGPD, consistente em ser uma informação de um titular identificado ou identificável.

No que tange a diferença, ela inexistente. O RGPD alavanca uma definição de dado pessoal mais precisa, destacando até mesmo exemplo de meio para ter identificação do titular do dado, e, por sua vez, a LGPD é mais restrita, limitando-se a descrever um dado como uma informação de um sujeito identificado (sabe-se que a informação é do indivíduo específico) ou identificável.

O novo código civil chinês já elenca (artigo 1.034):

natural person's personal information is protected by law. Personal information is the information recorded electronically or in other ways that can be used, by itself or in combination with other information, to identify a natural person, including the name, date of birth, identification number, biometric information, residential address, telephone number, email address, health information, whereabouts, and the like, of the person.³⁶²

Para tal código civil da China, o dado pessoal é um instrumento que revela conteúdos pertencentes as esferas confidenciais e não secretas. Por exemplo, informações biométricas e dados de saúde quase sempre são pertencentes ao campo da esfera particular, cujo interesse público é inexistente. Sendo assim, para o referido diploma legal, o dado pessoal engloba uma variedade de informações, estejam elas nos campos mais íntimos, ou não. Ou melhor, o dado pessoal, para tal dispositivo Chinês, abarca até mesmo uma informação sensível.

Há um instrumento próprio para a regulação mais precisa da informação pessoal, na China. É a Lei de Proteção de Informações Pessoais da República Popular da China. Aqui, segundo o artigo 4º, o dado pessoal é qualquer informação de uma pessoa identificada ou

³⁶² Civil Code of the People's Republic of China. Adopted at the Third Session of the Thirteenth National People's Congress on May 28, 2020. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=111290&p_classification=01. Acesso em: 18 jan. 2022.

identificável, esteja aquela em uma plataforma física (papel) ou eletrônica (computador).³⁶³ É uma definição distante da do Código Civil Chinês e mais próxima da LGPD.

Por todo o exposto, se alcança a conclusão de que o dado pessoal é de um titular identificável ou identificado. Revela algumas informações dum sujeito identificado ou identificável, é isso.

A LGPD destaca outra espécie de dado, que é o anonimizado. Para tal espécie, é dado anonimizado quando o titular não puder ser identificado, “considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento”.³⁶⁴ O dado é anonimizado quando o seu titular não pode ser identificado por nenhuma técnica disponível ao momento do tratamento, isto é, inexistem meios técnicos ou tecnológicos, no tempo de tratamento, para se identificar o titular de dados anonimizados.

Ilustrações de anonimizações são descritas por Bruno Bioni:

a) supressão do CPF: por ser um identificador capaz de diferenciar até mesmo pessoas homônimas, sendo um identificador único; logo, a sua disponibilização, ainda que parcial – e.g., cinco primeiros dígitos –, não seria prudente; b) generalização do nome completo: constaria apenas o prenome, desde que fosse observado que os nomes da base de dados não são comuns. O objetivo é evitar que um nome possa ser atribuído a um indivíduo em específico; c) generalização da localização geográfica: em vez de disponibilizar o número completo do CEP, seriam divulgados apenas os seus primeiros dígitos. Assim, haveria uma localização menos detalhada, a fim de quebrar o vínculo de identificação desta informação com um sujeito; d) generalização da idade: em vez de divulgar a idade exata, seria divulgada a faixa etária para viabilizar a categorização dos indivíduos como jovens, adultos ou idosos (coluna “E”) e, por outro lado, inviabilizar a sua individualização, dado o universo de pessoas que se enquadram naquela mesma faixa etária.³⁶⁵

Pelos exemplos, fica claro que o dado está anonimizado quando, através de técnicas avançadas, se oculta o titular da informação, deixando-o imune a identificação ou a possibilidade de ser identificado, no momento do tratamento.

Existem duas correntes cruciais para trabalhar com a anonimização de um dado pessoal, sendo elas: a) aleatorização: Têm alterações nas verdades das informações, com fulcro na destruição de qualquer tipo de ligação do titular e seus dados. Uma técnica bem

³⁶³ The National People's congress Of The people's republic of china. 中华人民共和国个人信息保护法. (2021年8月20日第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过). Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202108/a8c4e3672c74491a80b53a172bb753fe.shtml>. Acesso em: 19 jan. 2022.

³⁶⁴ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 19 jan. 2022.

³⁶⁵ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 71-72.

usada na aleatorização é a “adição de ruídos”, que “modifica atributos no conjunto de dados de modo a torná-los menos precisos, enquanto se mantém a distribuição global”³⁶⁶; b) generalização: “consiste em generalizar ou diluir, os atributos dos titulares dos dados através da alteração da escala ou ordem de grandeza”.³⁶⁷

De toda sorte, ambas as técnicas são relevantes por permitir, ao menos a prima facie, a anonimização dos dados, impossibilitando, ao tempo do tratamento, a identificação ou sua possibilidade.

Trata-se de medida que visa tutelar a informação privada da pessoa, porquanto ao ser divulgada ou partilhada impede uma identificação ou possibilidade de identificação. Neste caldo, a doutrina aponta que “a LGPD toma a “anonimização” como uma referência técnica destinada a garantir a segurança do tratamento de dados pessoais”.³⁶⁸

Pelo procedimento de anonimização de dado pessoal, uma informação, pertencente a um sujeito, torna-se distante da trilha da identificação, afinal impossibilita que, através de técnicas disponíveis ao momento do tratamento, exista uma ligação entre ela e o titular. Consoante Santos, Cerqueira e Meneghetti, o processo de anonimização de dado é “uma forma de reduzir todos esses riscos” à pessoa, isto é, “a anonimização de dados, objetiva que os dados pessoais, sejam eles sensíveis ou somente pessoais, não possam ser relacionados ao seu titular, protegendo assim a sua” esfera particular.³⁶⁹

Ainda sobre tal espécie de dado, a LGPD elenca:

Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido. § 1º A determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios. § 3º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões e técnicas utilizados em processos de anonimização e realizar

³⁶⁶ NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho De Ávila; GIOVANINI, Carolina Fiorini Ramos. Dados não pessoais: a retórica da anonimização no enfrentamento à covid-19 e o privacywashing. *Internet e sociedade*, v. 1, n. 2, 2020, p. 136. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/dados-nao-pessoais-a-retorica-da-anonimizacao-no-enfrentamento-a-covid-19-e-o-privacywashing/>. Acesso em: 19 jan. 2022.

³⁶⁷ Ibidem, p. 136.

³⁶⁸ MASSENO, Manuel David; MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A segurança na proteção de dados: entre o RGPD europeu e a LGPD brasileira. *Revista do Cejur*, v. 8, n. 1, 2020, p. 18. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/download/346/181/614>. Acesso em: 19 jan. 2022.

³⁶⁹ SANTOS, Marina Santos, CERQUEIRA, Norma; MENEGHETTI, Rayssa. Anonimização de dados como garantia ao direito à privacidade na internet das coisas (internet of things-IoT). *Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública*, v. 8, 2020, p. 1.224-1225. Disponível em: <https://editoraverde.org/portal/revistas/index.php/aci/article/view/161>. Acesso em: 20 jan. 2022.

verificações acerca de sua segurança, ouvido o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais.³⁷⁰

Destas disposições, claras ficam as seguintes conclusões:

- i) O dado anonimizado não é pessoal caso não se puder, por nenhuma técnica disponível ao momento do tratamento, identificar o titular. Para ser um dado anonimizado, portanto, é preciso ter a possibilidade de identificação do titular. Um dado anonimizado será pessoal caso o procedimento de anonimização for revertido ou, por esforços razoáveis, puder ser revertido, é isso.
- ii) A Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) pode elencar técnicas de anonimização, além de poder fazer uma fiscalização nos agentes que fazem o tratamento, desde que ouvido o Conselho Nacional de Proteção de Dados.

A Lei de Proteção de Informações Pessoais da República Popular da China, de modo diferente, dispõe que o processo de anonimização faz com que uma informação não identifique ou tenha chance de identificar a pessoa, de modo eterno (artigo 73, inciso quarto). Ou seja, para o direito digital Chinês, um dado anônimo faz com que nunca seja possível identificar a pessoa física. Esta linha é reforçada no artigo 4º, que positiva que um dado anonimizado não é uma informação pessoal duma pessoa física.

A LGPD ramifica o dado pessoal como não sensível e sensível.

No Brasil, como já fora visto, o dado pessoal é uma informação de uma pessoa natural identificada ou identificável. Esta definição vai de encontro com o dado pessoal não sensível, que é aquele que, sobre o ponto de vista da LGPD, frente a um tratamento não tem o condão de criar um dano tão grande. Gediel e Corrêa exemplificam alguns dados não sensíveis: “o nome, o endereço, o telefone, os números dos documentos de identificação, mas também currículos escolares, dados profissionais, fiscais e bancários, dívidas e créditos, meios de pagamento, o endereço eletrônico, o IP”.³⁷¹

³⁷⁰ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

³⁷¹ GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. Revista da Faculdade de Direito UFPR, n. 47, 2008, p. 144. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/15738>. Acesso em: 20 jan. 2022.

A prima facie, partindo da definição da LGPD, um nome, sobrenome ou apelido, um endereço domiciliar, um telefone pessoal ou profissional e o IP, são dados não sensíveis, indicando que não possuem potencialidades tão grandes para gerarem danos aos titulares.

Tal corrente não merece prosperar pelo motivo de que é o caso concreto que deve determinar o potencial de dano que um dado pode causar ao titular, ao ser tratado com abusividade ou ilicitudes. Isto é, não se deve distinguir o dado pessoal em não sensível e sensível para distinguir qual pode gerar mais dano ao titular, ao ser tratado por um controlador ou operador, seja de modo abusivo ou ilícito, em realidade deve se balizar pelo caso concreto.

Seguindo tal linha de raciocínio, Stefano Rodotà dispara que cada tratamento é diferente, logo cada possível dano também será; e, assim sendo, os dados pessoais das pessoas devem ser analisados de acordo com a concretude ontológica, uma vez que não possuem um valor exclusivamente sozinho, “mas em virtude do contexto no qual está” inserido, “ou pelas finalidades para quais” é utilizado, “ou pelas outras informações às quais tem sido” associado.³⁷²

Vejamos um exemplo no século XX, na Alemanha nazista. “The Germans and their collaborators used paper records and local knowledge to identify Jews to be rounded up or killed”, conforme a enciclopédia do holocausto.³⁷³ À época a inteligência artificial, como a conhecida hoje, era inutilizada, sendo os dados dos judeus descobertos por meios físicos e conhecimentos locais. Neste sentido, o World Jewish Congress destaca que, para proceder com a identificação de judeus, os alemães usavam: “registros do censo, declarações de impostos, listas de membros de sinagogas, registros paroquiais (para judeus convertidos), fichas cadastrais policiais de rotina, porém obrigatórias, o interrogatório de parentes”, além de “informações fornecidas por vizinhos e funcionários municipais”.³⁷⁴

Partindo do exposto sobre a LGPD, fato é que, por exemplo, um documento por si só é um dado não sensível. Distanciando-se desta corrente ideológica, se tem que, na Alemanha nazista, os judeus eram descobertos através de documentos. Ou seja, pela descoberta de um simples documento (dado pessoal não sensível), surgiram potenciais danos, de naturezas imensuráveis, não apenas as vidas dos judeus, mas as suas liberdades, integridades físicas, morais e psicológicas, e personalidades. Para a LGPD, o dado pessoal, ao que tudo indica, não tem o condão de criar um dano tão grande à pessoa, entretanto, para a realidade, um dado

³⁷² RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2018, p. 77.

³⁷³ Holocaust encyclopedia. Locating The Victims. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/locating-the-victims>. Acesso em: 20 jan. 2022.

³⁷⁴ World Jewish Congress. Como os alemães sabiam quem era judeu?. Disponível em: <https://aboutholocaust.org/pt/facts/como-os-alemaes-sabiam-quem-era-judeu>. Acesso em: 20 jan. 2022.

pessoal não sensível pode, sim, ser responsável, direto ou indiretamente, pelo sofrimento do indivíduo, ou melhor: pelo dano que sofrerá.

Portanto, alinhamos a teoria de Rodotà: os dados pessoais devem ser analisados na realidade ontológica, não sendo valores individuais e alheios a outros fatos e direitos, por isso devem ser interpretados em contextos que estão inseridos, em formas como estão sendo utilizados.

Enquanto efeito dominó, alcance-se a conclusão de que, em um caso concreto, um dado não sensível pode se transformar em um dado de natureza sensível, com mais potencialidade de dano ao titular frente a um tratamento indevido, abusivo ou ilícito. No caso dos judeus, meros documentos, interpretados sozinhos, são dados pessoais não sensíveis, sem potencial de causar um dano ao titular, a prima facie. Porém, em um contexto de nazismo, com ideologias fortemente contrárias aos valores do indivíduo, um documento pessoal passou a ser um dado pessoal sensível, criando uma enorme probabilidade de, após um tratamento, gerar dano ao titular, de modo indireto.

Seguindo tal linha de entendimento, Konder dispara:

A definição de certo dado pessoal como dado sensível não pode ser estabelecida em abstrato. Deve-se averiguar em concreto, à luz do contexto de utilização daquele dado e da relação que se pode estabelecer com as demais informações disponíveis, a potencialidade de que seu tratamento possa servir como instrumento de estigmatização ou discriminação, à luz da privacidade, identidade pessoal e, de modo geral, da dignidade da pessoa humana.³⁷⁵

Não se deve observar uma informação pessoal, logo um dado do indivíduo, de maneira abstrata ou individual, livre de interferências de terceiros, de um contexto e de uma finalidade, mas, sim, estes elementos devem ser combinados, proporcionando, então, a natureza de sensível, ou não, de um dado.

Imagine que um idoso leigo, para fazer a abertura de conta em um banco online, precise fornecer o número de seu telefone. O número de telefone, se observado individualmente, é um dado não sensível, afinal representa, a prima facie, apenas um meio para se contatar. Caso o número de telefone, por alguma forma, for descoberto por uma pessoa má intencionada, que o utiliza para se passar pela instituição bancária e requerer dados da conta digital, poderá existir um grande dano na esfera moral do idoso. Isto porque, ao ter o dinheiro depositado furtado, no mais das vezes sendo uma quantia não alta, básica para

³⁷⁵ KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomsom Reuters, Brasil, 2019, p. 460.

atender as necessidades normais (v.g. comida, remédio, contas de água e energia, dentre outras), o idoso, sem dúvidas, sentirá um grande desconforto em seu âmbito psicológico, tendo tantas preocupações que sua paz interior se esvaece. Aqui, observando todo o contexto, percebe-se que um dado não sensível passou a ter a natureza de sensível, afinal criou um grande dano na esfera psíquica do idoso.

Sendo assim, o dado pessoal não poderá ser interpretado de maneira restritiva, mas sim ampliativa. A interpretação ampliativa, por levar em consideração o contexto, a finalidade, a relação com outros dados, dentre outros fatos jurídicos, acaba por gerar a consequência de um dado não sensível passar a ser sensível, com efetivo potencial de dano ao titular, seja na esfera física, moral ou psicológica.

Posicionando-se de forma equivalente, Ana Frazão entende que a interpretação de um dado pessoal não sensível “deve ser dinâmica e não estática”, ou seja, deve-se analisar todo um tecido social e ontológico para se verificar se o dado é sensível, ou não, ainda que a LGPD não siga esta corrente.³⁷⁶ Neste sentido, Goulart exemplifica:

Há a necessidade de se contextualizar a situação concreta pois um dado pessoal (não sensível), quando colocado em determinado contexto, pode revelar informações sensíveis. Veja-se, por exemplo, o recente caso do site de encontros extraconjugais Ashley Madison. Um grupo de crackers, como anunciado pela imprensa, conseguiu acesso ao banco de dados daquela empresa vazando dados pessoais de seus usuários. Vazou-se, entre outras informações, os endereços de e-mail dos usuários daquela plataforma. Ora, um endereço de e-mail, quando visto isoladamente, é um dado pessoal; seu mau uso isolado não tem o condão de causar grandes danos ao sujeito. Porém, este mesmo e-mail, quando relacionado a um site de encontros extraconjugais, faz com que se descubra um aspecto altamente sensível do sujeito, qual seja, um tipo de comportamento sexual que, no caso do site, o sujeito certamente gostaria de manter em sigilo. Isso indica que um dado pessoal (e não sensível) se estiver relacionado a um contexto específico pode causar grandes danos ao sujeito.³⁷⁷

São sensíveis os dados “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico”, desde que tenha a vinculação com um indivíduo (Art. 5, II, da LGPD).³⁷⁸

³⁷⁶ FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: o tratamento de dados pessoais sensíveis. JOTA, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-o-tratamento-dos-dados-pessoais-sensiveis-26092018>. Acesso em 21 jan. 2022.

³⁷⁷ GOULART, Guilherme Damasio. Dados pessoais e dados sensíveis: a insuficiência da categorização. Revista eletrônica Direito e TI, v. 1, n. 1, 2015, p. 05. Disponível em: <https://direitoeti.com.br/direitoeti/article/view/22>. Acesso em: 22 jan. 2022.

³⁷⁸ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

Estes são os dados pessoais que a LGPD atribui a natureza de sensibilidade.

De fato, são dados com efetivo potencial para gerar danos ao titular, caso tratados de maneira ilícita (violando uma lei) ou abusiva (previsão normativa autoriza atuação, porém esta é abusiva, extrapola os limites materiais e formais). Vejamos o seguinte exemplo: um indivíduo, sentindo fortes desconfortos nos sistemas biológicos, decide procurar uma sociedade empresária particular e que fornece serviço de tratamento, reabilitação e diagnóstico de doenças. Após a bateria de exames, descobre que está com uma doença com efetivo potencial de dano nas suas habilidades motoras. O resultado do exame, por si só, já é um dado sensível. Pode causar um enorme dano ao titular, quando usado de modo ilícito ou abusivo (v.g. O empregador deste sujeito descobre o resultado do exame, motivo pelo qual o demite. Esta situação é desconfortável, produzindo, no mais das vezes, um abalo na esfera moral do titular daquele dado. Ora, ninguém será discriminado por doença. Nesta ilustração, houve um tratamento ilícito pelo empregador demitir o funcionário doente).

Para ser um dado pessoal sensível, necessário observar o seguinte requisito: a informação está atrelada a uma pessoa física, de carne, osso e espírito. Sem possibilidade de identificação ou vinculação com uma pessoa, não se cogita de dado pessoal sensível, mas, sim, de um dado anonimizado.

Outra questão interessante é que este rol não é taxativo, mas sim exemplificativo. O direito é um fenômeno, conforme já exposto, que se adapta com o tempo, moldando suas estruturas, regras e formatos. Sendo uma ciência de base frágil, que se modifica de acordo com mudanças nos valores sociais e individuais, não conseguiria, em nenhuma hipótese, descrever precisamente quais são os dados pessoais de naturezas sensíveis. Em termos concretos, ainda que o inciso II, do art. 5, da LGPD, descreva alguns dados como sensíveis, não se pode considerá-los como taxativos, restritos, em verdade se deve considerá-los como meros exemplos. Isto porque, a ciência jurídica não consegue precisar todos os fenômenos e fatos jurídicos, especialmente em uma sociedade de risco onde, a cada dia, novos direitos, situações e relações surgem. Levando-se em consideração que, segundo Aurora Tomazini, o direito não consegue regular cada situação específica, preenchendo em normas formais cada conduta e cada resultado, não se pode definir taxativamente o que é um dado pessoal sensível, afinal cada informação, observada na concretude e conexão com outro rol de informações, tem um valor diferente.³⁷⁹

³⁷⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria Geral do Direito (o Constructivismo Lógico-Semântico). Tese (Doutorado em direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 324. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022.

Patricia Peck Pinheiro discorre que, com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, mais nítido ficou o procedimento de identificar um dado pessoal, seja ele de natureza não sensível ou sensível.³⁸⁰ De fato, enquanto que o direito à privacidade tinha uma forte tendência de proteger uma informação não confidencial, pelo direito à proteção de dados existe uma maior facilidade na identificação do rol de informações pessoais. No fundo, a LGPD veio para solidificar uma maior tutela jurídica da informação particular, na esfera da internet. Ainda assim, isso não exclui o comentado acima: não se pode identificar, em lei, todo o dado pessoal sensível, afinal o direito é uma ciência que, com a adaptação das estruturas sociais e individuais, se molda, tendo que regular novos fatos. E, assim sendo, não pode o direito taxar definitivamente o que é o que não é um dado pessoal sensível, sobre pena de perder a eficácia no sentido que está querendo dar para a norma da LGPD: a de proteger a informação do titular.

Há outro ponto que não pode ser negligenciado. Apesar de seguirmos as correntes de que o dado pessoal sensível não poderá ser taxativo e, também, a de que um dado pessoal pode ter a natureza de sensível de acordo com o seu tratamento na realidade concreta, fato é que um dado pessoal sensível, se tratado com ilicitude ou abusividade, pode gerar um imenso dano ao titular. Rony Vainzof, inclusive, defende que tais dados “poderão implicar riscos e vulnerabilidades potencialmente mais gravosas aos direitos e liberdades fundamentais dos titulares”.³⁸¹ De fato, o dado pessoal sensível, por si só, tem o condão de criar um dano grave ao titular diante de um tratamento ilícito ou abusivo.

Para Doneda, apesar da Lei Geral de Proteção de Dados ter levado em consideração que os dados sensíveis têm mais potenciais de gerarem danos aos titulares, “cada vez mais é patente que mesmo dados não qualificados como sensíveis, quando submetidos a um determinado tratamento,” podem se qualificar como sensíveis, afinal “um dado, em si, não é perigoso ou discriminatório – mas o uso que dele se faz pode sê-lo”.³⁸² De fato, conforme já visto, um dado não sensível poderá adquirir esta qualidade a depender do caso concreto, da relação com outras informações, do modo de tratamento e da finalidade. Deve-se levar em consideração vários ingredientes deste caldo.

³⁸⁰ PINHEIRO, Patricia Peck. Proteção de Dados Pessoais: Comentários à lei nº 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

³⁸¹ VAINZOF, Rony. Capítulo I - Disposições Preliminares. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE BLUM, Renato (coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

³⁸² DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

1.2 Os dados pessoais enquanto direitos fundamentais: Da Proposta de Emenda à Constituição 17/2019 à Emenda Constitucional 115/2022

Em princípio, cumpre esclarecer que a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 17/2019 teve justificativas plausíveis, quais sejam: Os dados pessoais são frutos de uma tentativa evolutiva para tutelar a informação personalíssima, especialmente em uma era regida pelo corpo eletrônico, onde existem milhares de informações circulando entre diversos sistemas tecnológicos. Existem países que afirmaram a proteção de dados e, de outro lado, existem nações que vem firmando positivamente para a tutela do dado pessoal. Fato é que, em uma era de informação, onde a tecnologia é responsável por toneladas de informações pessoais sendo transitadas entre sistemas eletrônicos, deve-se ter uma tutela ao cidadão, especialmente. De um lado, temos que a tecnologia eletrônica oportuniza vantagens para uma nação, como nas questões relativas ao emprego e aumento de índice de qualidade de vida; de outra banda, a tecnologia, ao ser usada com ilegalidade ou abusividade, sem um padrão de vinculação com a boa-fé, a ética e a moral, pode gerar danos tanto ao patrimônio quanto a pessoa, que se insere na sociedade de risco. Neste contexto é que se deve tornar a proteção de dados pessoais como um direito fundamental, devendo ser expressamente positivado na Carta Magna.³⁸³

Os objetivos centrais da PEC 17/2019 foram acrescentar na Constituição o inciso XII-A, ao artigo 5º (é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais), e o inciso XXX, ao artigo 22º (Compete privativamente à União legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais).³⁸⁴

No que toca ao primeiro objetivo, que é o de tornar a proteção de dados pessoais um direito fundamental, duas correntes podem ser visualizadas, até então.

De um lado, há a corrente negacionista, que defende que a proteção de dados pessoais não deve ser considerada um direito fundamental, especialmente porque já existem regulações, em sede do tecido constitucional, do direito à privacidade e do direito à intimidade. Dispondo sobre tal corrente, vejamos o seguinte posicionamento:

³⁸³ Para ver mais informações sobre tal PEC, consultar o link abaixo. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7925004&ts=1640110351856&disposition=inline>. Acesso em: 22 jan. 2022.

³⁸⁴ Ibidem.

Malgrado seja correto afirmar que as TICs transformaram substancialmente as relações sociais e consigo os paradigmas protetivos da pessoa diante das novas ameaças à privacidade, não é razoável supor que esse fato configuraria, per si, pretexto relevante para a aprovação da PEC. Do contrário, a proposição segundo a qual a privacidade não abrangeria as manifestações nos meios eletrônicos teria que ser verdadeira, o que certamente seria uma maneira limitada de se entender as características dos direitos fundamentais, nomeadamente a generalidade, a amplitude e o fenômeno da irradiação constitucional. Alinha-se a isso a imprescindibilidade de se compreender o Direito racionalmente, enquanto ciência avaliatória da sociedade, devendo promover a solução de conflitos e, acima de tudo, a proteção de pessoas por meio da promoção de alterações na realidade fática, o que se aplica essencialmente ao processo legislativo. Portanto, considerando as razões expostas, carece a PEC 17/19 de fundamentos consistentes para alteração da constituição, sobretudo pela extensão positiva dos direitos fundamentais na era da pós-modernidade. [...] Em suma, o objetivo aqui não foi, de forma alguma, negar o direito fundamental à proteção de dados, muito pelo contrário, é patente a necessidade de inovação legislativa em prol da garantia e do reconhecimento desses direitos, o que não leva a decorrência lógica de que se deva constitucionalizar toda sorte de interesses momentâneos. As informações pessoais e sua respectiva proteção já encontram reconhecimento pelo ordenamento jurídico, inclusive com legislações rigorosas regulamentando seu tratamento em ordem infra, como é o caso da Lei de Acesso à Informação, Lei Geral de Proteção de Dados e Marco Civil da Internet. Conforme discorrido, o direito à proteção de dados goza de status superior como espécie do direito à privacidade, dispensando a necessidade de PEC para seu reconhecimento, haja vista o conceito material e formal dos direitos fundamentais, e a abertura do rol desses direitos para além da constituição, segundo o disposto no art. 5º, § 2º, da Carta Magna. É patente o fenômeno do big-bang legislativo: a cada mudança, uma nova lei. Entretanto, máxime no âmbito constitucional, PECs não devem ser aprovadas com efeitos meramente simbólicos, muito pelo contrário, a mutação constitucional deve ser a última ratio, não só por razões de segurança jurídica, mas também pelos custos com a movimentação do aparato público em torno de sua aprovação.³⁸⁵

Portanto, para a corrente negacionista, a proteção de dados pessoais não deveria ser um direito fundamental expresso na Constituição Federal, uma vez que já existe a regulação da proteção a informação através da privacidade e intimidade. Alegam que a privacidade e a intimidade, por si só, deveriam tutelar o que a proteção de dados protege: a informação não confidencial e a informação secreta, ambas personalíssimas.

E, indo até além, para a referida corrente a proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental expresso na Carta Magna é uma representação do fenômeno de inflação de direitos fundamentais. Uma Proposta de Emenda à Constituição é instrumento de criação de norma excepcional, porquanto altera não apenas a norma mais superior (Constituição Federal), mas também altera a realidade, porquanto a Carta Magna impactará os fatos jurídicos, especialmente aqueles de natureza econômica. Tal fenômeno de big bang legislativo não tem que ser utilizado por ideologia, mas sim para gerar segurança jurídica à sociedade

³⁸⁵ FURTADO, Samuel Nunes; COUTO, José Henrique de Oliveira; MARTINS, Fernando Rodrigues. Críticas à PEC 17/2019. O simbolismo da proteção de dados pessoais como direito fundamental expresso. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 12, 2021, p. 09-10.

através de uma Constituição rígida e que é alterada apenas quando realmente precisa. No caso em tela, os direitos à privacidade e intimidade já tutelam as esferas particulares do indivíduo, motivo pelo qual a PEC 17/2019 representa um big bang legislativo, sendo desnecessário pela informação privada já ter sua sede de proteção no âmbito constitucional.

Vive-se a era da tecnologia, onde o indivíduo, pelo simples fato de estar conectado e acessando diversificados sites, tem seu rol de dados pessoais colhidos, armazenados e compartilhados, de tal modo que suas informações confidenciais e não secretas ficam vulneráveis. O indivíduo passa a ser vulnerável com seus dados sendo recolhidos pelos agentes que atuam no corpo eletrônico. Nas lições de Zygmunt Bauman, a espinha dorsal do sistema eletrônico passa por uma alteração, onde o indivíduo, ao invés de acessar um site para comprar um produto ou contratar um serviço, passa a ser o próprio produto com seus dados pessoais sendo tratados pelos agentes da internet.³⁸⁶

Para Castells:

What is new in our age is a new set of information technologies. [...] Furthermore, we are only at the beginning of this technological revolution, as the Internet becomes a universal tool of interactive communication, as we shift from computer-centred technologies to network-diffused technologies, as we make progress in nanotechnology (and thus in the diffusion capacity of information devices).³⁸⁷

Para a corrente negacionista, mesmo existindo uma sociedade tecnológica, cujo pilar se solidifica no uso de tecnologias de informação e comunicação (TIC'S), tal fato não é suficiente para a evolução do direito à privacidade para o direito fundamental à proteção de dados pessoais, expressamente positivado na Constituição Federal. Em realidade, deveriam ser privilegiados os direitos à intimidade e à privacidade, já expressos na Carta Magna, para a tutela da informação secreta e não confidencial. Com isso, se evitaria não apenas um big bang de legislações, que causa ausência de celeridade normativa até a efetiva publicação e, posterior, publicação, mas também alavancaria a tal da segurança jurídica.

“Entretanto, apesar da discussão aparentar ser recente em âmbito nacional, veja que a Constituição Federal de 1988, no inciso X de seu artigo 5º, já trazia a proteção à intimidade

³⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercado-ria. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

³⁸⁷ CASTELLS, Manuel. Materials for an exploratory theory of the network society. British Journal Of Sociology, v. 51, n. 1, 2000, p. 10. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-4446.2000.00005.x>. Acesso em: 22 jan. 2022.

como um direito fundamental, ou seja, já visava tutelar a privacidade do indivíduo”, conforme posição vanguardista de Calaza.³⁸⁸

Do outro lado da moeda, temos a corrente afirmativa de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental, devendo constar expressamente na Carta Magna, em que pese já ter a tutela da vida privada e da intimidade. Ou seja, ainda que as informações privadas e não secretas sejam tuteladas, respectivamente, pela privacidade e intimidade, há a necessidade de a proteção de dados pessoais ter existência em âmbito constitucional, com natureza de fundamental.

Samuel Warren e Brandeis Louis, já em 1890, perceberam que os jornais estavam publicando matérias que impactavam, diretamente e indiretamente, na personalidade da pessoa; e foi neste cenário que desenvolveram a teoria de que a vida privada deveria ser resguardada, principalmente com a autodeterminação informativa do titular de dado para controlar o que sai de sua esfera de controle.³⁸⁹

Em se tratando do direito à intimidade, René Ariel Dotti leciona que ele tem seu âmbito de incidência naquela informação privada, tão ínfima que inexistente interesse coletivo para acessá-lo, ao menos sem existir o consentimento do titular.³⁹⁰ Em termos mais nítidos, existe uma informação, vinculada a um sujeito ou que pode o vincular através de técnicas científicas ou computacionais, que é tão particular que tem ausência de interesse público para acessá-la. Daí porque Edson Silva declina que, em se tratando do direito à intimidade, deve-se prezar pela proteção de “todos os fatos ou situações cujo desvelamento possa acarretar alguma consequência ruim para a pessoa”.³⁹¹

Não obstante ambos direitos estarem expressamente positivados em sede constitucional, há a necessidade, para a teoria afirmativa, de regulamentação da proteção de dados pessoais. Banhando-se nas águas de Ingo Wolfgang Sarlet, ainda que exista a tutela da informação privada em sede constitucional, é de bom tom elevar como fundamental a proteção de dados pessoais, pelos seguintes motivos:

³⁸⁸ CALAZA, Tales. O direito à privacidade: origem histórica e jurídica. In: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords.); BORGES, Gabriel de Oliveira Aguiar; REIS, Guilherme (Orgs.). Fundamentos de direito digital: a ciência jurídica na sociedade da informação. Uberlândia: LAECC, 2020, p. 180-181.

³⁸⁹ WARREN, Samuel D.; LOUIS, Brandeis. The Right to Privacy. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, 1890, p. 194-200. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1321160>. Acesso em: 22 jan. 2022.

³⁹⁰ DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. Revista de Informação Legislativa, v. 17, n. 66, 1980, p. 131-132. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181214>. Acesso em: 22 jan. 2022.

³⁹¹ SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade. SP.: Juarez de Oliveira, 2003, p. 147.

- a) a despeito das interseções e articulações com outros direitos, fica assegurada à proteção de dados a condição de direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção próprio;
- b) ao direito à proteção de dados passa a ser atribuído de modo inquestionável o pleno regime jurídico-constitucional relativo ao seu perfil de direito fundamental em sentido material e formal já consagradas no texto da CF, bem como na doutrina e na jurisprudência constitucional brasileira, ou seja:
 - 1) como parte integrante da Constituição formal, os direitos fundamentais possuem status normativo superior em relação a todo o restante do ordenamento jurídico nacional;
 - 2) na condição de direito fundamental, assume a condição de limite material à reforma constitucional, devendo, ademais disso, serem observados os assim chamados limites formais, circunstanciais e temporais, nos termos do art. 60, §§1º a 4º, da CF;
 - 3) também as normas relativas ao direito à proteção de dados são – nos termos do art. 5º, §1º, CF – dotadas de aplicabilidade imediata (direta) e vinculam todos os atores públicos, bem como – sopesadas as devidas ressalvas, consoante será tratado em tópico específico – os atores privados.³⁹²

Para a corrente afirmativa, portanto, a proteção de dados pessoais terá que ser positivada expressamente na Carta Magna, devendo constar aliada aos direitos à intimidade e privacidade. Isto porque, se assim fosse, contribuiria para:

a) colocação de seus status em nível de fundamental, logo com os atributos de vinculatividade, respeito por parte de terceiros e universais. Sendo vinculativo, portanto, o direito fundamental à proteção de dados exigiria que a administração pública e terceiros, ao operarem seus fatos jurídicos em sentido amplo, o observassem. Pelo fato de ser universal, todo ser humano teria tal direito à proteção de dados, de tal modo que a vinculatividade sempre seria observada.

b) deixar o direito fundamental à proteção de dados pessoais com mais efetividade, uma vez que é uma regra superior às demais regras infraconstitucionais. Segundo Barile, “ao se falar de direitos fundamentais em uma ordem jurídica democrática está a se tratar tanto de normas jurídicas que geram uma alta carga de obediência”.³⁹³ E, assim sendo, a vinculatividade teria uma alta carga de obediência, especialmente quando o assunto é tratamento de dados através de celebração de contratos eletrônicos.

c) serviria como uma condição para alteração legislativa ou inovação jurídica, especialmente em âmbito infraconstitucional. O Direito Constitucional elenca que o poder

³⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental expresso na Constituição Federal Brasileira de 1988: Contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 14, n. 42, 2020, p. 186. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18864/2/PROTEO_DE_DADOS_PESSOAIS_COMO_DIREITO_FUNDAMENTAL_NA_CONSTITUICAO_FEDERAL_BRASILEIRA_DE_1988.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.

³⁹³ SILVEIRA, Daniel Barile da. Os direitos fundamentais, sua efetividade e necessidade de declaração. Migalhas, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/federalismo-a-brasileira/288564/os-direitos-fundamentais-sua-efetividade-e-necessidade-de-declaracao>. Acesso em: 22 jan. 2022.

derivado pode estabelecer modificações na Carta Magna, desde que respeite limitações materiais explícitas, como os direitos e garantias individuais. Então, caso a proteção de dados pessoais for reconhecida como fundamental, uma alteração ou inovação legislativa teria que lhe observar, sobre pena de inconstitucionalidade. Gize-se que a administração pública é regida pelo princípio da legalidade, dentre outros. Por este motivo, o “Poder Público não pode atuar sem que exista uma norma que o autorize a tanto”.³⁹⁴ Assim sendo, a administração pública, para efetuar uma inovação ou alteração na esfera jurídica, através da promulgação ou alteração de norma, teria que observar uma limitação imposta ao poder derivado reformador, que é a de observar os direitos e garantias individuais. Caso a proteção de dados pessoais ter a natureza de fundamenta, tal poder constituinte derivado reformador lhe observará, portanto.

Ainda sobre este tema, veja-se que, para a corrente afirmativa, ainda que existam os direitos à privacidade e intimidade positivados na Carta Magna, a proteção de dados pessoais deveria estar expressa também. É que, em respeito ao ser humano, o ente que mais merece tutela em um Estado Constitucional, a proteção de dados pessoais, se elevada ao nível de direito fundamental, colaboraria com uma maior tutela do ser.

Dentre algumas características do direito à privacidade, pode-se apontar: a) é um direito de estar só, logo sem terceiros fazendo acesso ao campo individual; b) a informação tem uma restrição no que tange a sua acessibilidade; c) ainda que não seja pertencente ao campo secreto, a privacidade tutela uma informação personalíssima, ligada com um indivíduo.

Por sua vez, existe o direito à intimidade, consistente em uma proteção especial à pessoa. Para se livrar do fenômeno da sociedade do espetáculo, que se maximiza em um ambiente tecnológico com fortes tendências de ligações pela internet, o indivíduo tem, em sede constitucional, a garantia individual do direito à intimidade, cujo âmbito de suporte é em dado secreto, logo desprovido de interesse público.

Ambos os direitos (privacidade e intimidade) foram e são importantes, ainda, para a proteção do ser humano. Ao limitar a coletividade, a administração pública e o terceiro de acessar uma informação dum titular, automaticamente há o ampliamiento de tutela na esfera da personalidade. É que, com tal restrição a liberdade daqueles agentes, o dado de um titular está com mais proteção, especialmente por dois motivos: primeiro, o agente que tratar uma informação, secreta ou não, sabe que, por se tratar de um atributo da personalidade, pode ser

³⁹⁴ MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 1, n. 1, 2014, p. 25. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/73561/77253/99028>. Acesso em: 22 jan. 2022.

responsabilidade civilmente diante de um dano. Indo até além, o que trata uma informação está até mesmo sujeito a uma possível responsabilização na esfera criminal, tal como pelo delito de violação de correspondência (pena é de detenção, de um a seis meses, ou multa). Justamente pela possibilidade de desfalque patrimonial ou penal, a liberdade do que trata uma informação pessoal torna-se mais restrita, logo há mais tutela ao indivíduo. Segundo, com tais direitos expressamente positivados no tecido constitucional, se tem que a informação, seja ela secreta ou não confidencial, está mais protegida. É uma espécie de tutela limitada ou relativa, afinal, frente aos outros direitos, poderá ser sopesada. Depende do caso concreto para ter o sopesamento. Ainda assim, aqueles direitos representam garantias individuais, de tal modo que o titular de uma informação sofre, com menos frequência, um tratamento, caso comparado com um cenário hipotético de qualquer informação não ser abarcada pela proteção jurídica.

Para aumentar o quadro de proteção ao humano, para a corrente afirmativa, necessário se faz a elevação do direito à proteção de dados como fundamental, intrínseco a qualquer indivíduo pelo fato de sua existência. Então, ao lado dos direitos fundamentais à intimidade e privacidade, deve constar a proteção de dados pessoais.

Consoante Botelho:

A proteção ao direito fundamental ao tratamento de dados pessoais objetiva a redução de riscos no que tange a coleta e utilização futura de dados pessoais. A proteção abarca todo o ciclo de vida do dado, o que vai desde à coleta até o seu descarte, englobando diversas fases que devem ser desenvolvidas em conformidade com a LGPD.³⁹⁵

De fato, se tem que o direito fundamental à proteção de dados pessoais tem seu pilar na proteção ao humano. A *prima facie*, pode parecer existir uma identidade de efeitos no tocante aos direitos à privacidade, intimidade e proteção de dados. Todos, no final, tutelam um dado pessoal, uma informação. Ainda assim, existem diferentes graus de âmbito de incidência. A privacidade, como já se observou, tutela uma informação não confidencial, já a intimidade protege uma informação secreta, onde é invisível o interesse público. A proteção de dados pessoais, por sua vez, além de tutelar uma informação privada, também destaca modos, técnicas e princípios para a realização de tratamento de dados.

³⁹⁵ BOTELHO, Marcos César. A proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental: considerações sobre a lei geral de proteção de dados pessoais. *Argumenta Journal Law*, n. 32, 2020, p. 203. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1840/pdf>. Acesso em: 26 jan. 2022.

Nos dizeres de Rodotà, “a proteção de dados estabelece regras sobre os mecanismos de processamento de dados e estabelece a legitimidade para a tomada de medidas”.³⁹⁶ A proteção de dados, se analisada sobre um espectro mais largo, se traduz não apenas na tutela jurídica de uma informação personalíssima, intrínseca ao titular, mas também se alinha com princípios, regras, métodos e técnicas de tratamentos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Portanto, existe uma semelhança entre o direito à proteção de dados pessoais e os direitos à privacidade e intimidade, qual seja: tutelam, ao final, a informação personalíssima, intrínseca ao indivíduo identificável ou identificado. Ainda assim, guardam divergentes degraus de incidência: o direito à privacidade recai na informação não secreta, o direito à intimidade recai no dado confidencial e, por fim, a proteção de dados pessoais tutela um dado sensível, ou não, além de estar umbilicalmente conectado com outras técnicas, princípios e modos de tratamentos.

Pedrosa e Guedes defendem:

[...] embora alguns autores defendam que a proteção de dados já estaria englobada pelo direito fundamental de privacidade, é necessário que haja uma diferenciação. A proteção de dados ultrapassa a tutela da privacidade, tendo em vista as diversas formas de controle que o tratamento desses dados pode resultar.³⁹⁷

Se o sonho de fazer economia numa pessoa era tutelado pelo direito à privacidade, em se tratando da proteção de dados pessoais tal informação também será protegida, havendo, para tanto, uma obrigação do que trata de respeitar um rol de finalidades, princípios, modos e técnicas, típicos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. A proteção de dados pessoais é mais ampla e efetiva, porquanto além de proteger um dado pessoal, também destaca diretrizes a serem seguidas pelos que fazem o tratamento, especialmente para fins econômicos.

Menciona Diego Santos que o:

progresso científico-tecnológico e o desenvolvimento de novos mecanismos de comunicação e de difusão de informações suscitam diversos problemas para a constituição e extensão da personalidade [...], a ponto de demandar do direito

³⁹⁶ RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2018, p. 17.

³⁹⁷ PEDROSA, Clara Bonaparte; GUEDES, Vivian Frade. A proteção de dados pessoais como direito fundamental. II Congresso do Conhecimento: Estado, Educação, Constituição e Democracia na Era Tecnológica - I. 2019, p. 28. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/3tk2g038/213p131z/3eHwSUOP2DNyVG30.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2022.

soluções adequadas à proteção da pessoa. Certamente a proteção de dados surge nesse cenário como um potencial direito [...].³⁹⁸

Vive-se na era da tecnologia, que é marcada pela internet. O corpo eletrônico se sustenta enquanto pilar da sociedade contemporânea, a sociedade do risco, a sociedade digital. Pessoas, em todos os instantes, estão conectadas, ligadas diretamente porque estão em um ambiente digital, imaterial e intocável, e indiretamente porque estão distantes do senso do tocar. Ainda assim, na sociedade digital há a conexão de pessoas, independente de credo, religião, origem, raça, etnia, orientação sexual.

Para que tal cenário fosse possível, foi preciso o aperfeiçoamento da internet. Um telefone, que cabe no bolso de uma vestimenta, consegue uma conexão com qualidade, mas nem sempre fora assim. No século XX, nos Estados Unidos, a internet fora criada para proteção da nação contra ataques nucleares, e, mais tarde, com a evolução desta tecnologia, a comunidade acadêmica passou a demandá-la.³⁹⁹ De todo modo, verídico é que a sociedade em rede existe por decorrência da internet, um mecanismo que permite não apenas a aproximação das pessoas, em tempo real e independente do lugar físico que estiverem, como também o contínuo e imparável fluxograma de tratamento de dados, consistente na coleta, armazenamento, tratamento e, por fim, compartilhamento, por parte dos atores eletrônicos.

É neste caldo que se insere a necessidade de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, não mais sendo suficiente somente o direito à privacidade. Enquanto que este direito tutela uma informação não confidencial, aquele também assim o faz, porém vai além por dispor que, para o tratamento de dados pessoais, deve-se respeitar um conjunto de regras e princípios.

A sociedade em rede oportuniza a ascensão de novos modos de ser ver o ser humano, porquanto o mesmo passa a ser alvo de um tratamento excessivo de dados pelo evento de estar navegando, abrindo sites, fornecendo cliques em contratos eletrônicos, aceitando cookies, enfim, tal sociedade, “que introduziu a reestruturação e organização de novos modos de ser e estar no mundo”, criou um impacto, direto e indireto, no ecossistema da privacidade, tornando as informações, de campo íntimo ou não, vulneráveis ao fenômeno da coleta e

³⁹⁸ SANTOS, Diego Ferreira dos. A proteção dos dados pessoais como nova espécie de direito da personalidade. Revista ESMAT, v. 13, n. 21, 2021, p. 139. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/432/319. Acesso em: 27 jan. 2022.

³⁹⁹ LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. Cadernos ASLEGIS, v. 48, n. 17, 2013. Disponível em: http://www.belins.eng.br/ac01/papers/aslegis48_art01_hist_internet.pdf. Acesso em: 27 jan. 2022.

partilhamento; e, então, se fez necessária a evolução da privacidade ou intimidade para a proteção de dados pessoais, em uma análise extensiva.⁴⁰⁰

A doutrina dispara que “em um contexto em que se tenta dar ao indivíduo uma maior autonomia no controle de suas próprias informações, nasce o direito à proteção dos dados pessoais”.⁴⁰¹ Indo até além, tal evolução também é acompanhada por princípios, técnicas e regras que auxiliam na tutela do dado sensível, ou não, em uma análise à luz do caso concreto. Dentre as principais inovações que advém com a proteção de dados, citam-se finalidades a serem observadas no tratamento e princípios que devem ser respeitados.

Então, alega a corrente afirmativa que, em respeito ao ser humano, ao lado dos direitos à intimidade e privacidade, deve ter vigência e efetividade a proteção de dados pessoais. Isto porque, em uma interpretação extensiva, isto tanto limitaria o poder constituinte quanto forneceria, de fato, mais tutela à informação do titular, especialmente por existirem finalidades, princípios e técnicas a serem respeitadas pelo agente que realiza o devido tratamento.

O direito à proteção de dados pessoais não limita ou exclui o direito à privacidade ou o direito à intimidade, em realidade é apenas um complemento para ampliação na tutela da informação do titular. Nesta trilha, Bioni leciona que, em respeito ao ser humano e sua necessidade de tutela de informação sensível ou não e confidencial ou não secreta, a proteção de dados pessoais tem que ser um direito.⁴⁰²

No presente trabalho nos filiamos a tese de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental, devendo constar expressamente na Carta Magna, ao lado do direito à privacidade e do direito à intimidade; e, em uma interpretação extensiva, isto gera impactos positivos: limita a autonomia e capacidade do poder constituinte, especialmente o derivado, e fornece ao titular uma maior segurança frente a um possível tratamento, haja vista existirem técnicas, princípios e regras a serem observadas.

Os dados pessoais podem ser interpretados de modo diferente, conforme o tempo e o espaço. Em um cenário medieval, por exemplo, não se cogitaria sequer de uma proteção ao

⁴⁰⁰ FLÔRES, Mariana Rocha de; SILVA, Rosane Leal da. Desafios e perspectivas da proteção de dados pessoais sensíveis em poder da administração pública: entre o dever público de informar e o direito do cidadão de ser tutelado. *Revista de Direito*, v. 12, n. 02, 2020, p. 04. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10327>. Acesso em: 27 jan. 2022.

⁴⁰¹ CARNEIRO, Aline Ferreira Costa; BRITO, Lucimeire Zago de; TAVARES, Viviane Ramone. Compliance digital: novas perspectivas sobre ética na sociedade da informação. In: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords.); BORGES, Gabriel de Oliveira Aguiar; REIS, Guilherme (Orgs.). *Fundamentos de direito digital: a ciência jurídica na sociedade da informação*. Uberlândia: LAECC, 2020, p. 217.

⁴⁰² BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 92.

dado pessoal, ainda mais com status de fundamental. Não se tem, em tempos antigos, tecnologia capaz de divulgar, com rapidez e de modo global, um rol de informações de pessoas, motivo pelo qual há limitação no conhecimento. Raro efeito, notícias com mais destaque eram mais escritas, porém sem comparação com a potencialidade que existe atualmente no que diz respeito a propagação de um conteúdo. Com o aperfeiçoamento da internet e dos aparelhos com aptidão para conectar indivíduos, independente da situação de localização geográfica, algumas sequelas à pessoa surgiram.

Assim, o indivíduo passa a figurar como um vidro, sendo vulnerável frente ao cenário do corpo eletrônico. Ao fornecer cliques, navegar em sites, aceitar cookies, celebrar contratos eletrônicos, os dados pessoais da pessoa são coletados, armazenados, tratados e compartilhados pelos diversos agentes, especialmente para finalidades econômicas. Surge, por isso, a primeira sequela de deixar a pessoa como vulnerável, como um vidro. Há uma exposição maior ao risco de lesão ao sistema da personalidade frente ao tratamento de dados pessoais, por parte dos agentes que operam na internet.

À doutrina:

O conceito de dados pessoais pode ser interpretado de acordo com o tempo vigente [...]. já no século XXI, o conceito evoluiu pela influência da sociedade informacional, sendo os dados pessoais direitos fundamentais relativos ao indivíduo, mostrando suas peculiaridades físicas, ínfimas, psicológicas, morais, e sociais, integrando, portanto, todas as características humanas em informações.⁴⁰³

No século XXI o conceito de dado pessoal enquanto direito fundamental adquiriu tal atributo em decorrência da própria sociedade, que se insere em um mundo de conexão ou compartilhamento, especialmente sobre as informações personalíssimas, sensíveis ou não, secretas ou não. Nesta senda a pessoa fica exposta ao cenário de hipervulnerabilidade, onde suas informações, como regra quase que absoluta, são coletadas para serem tratadas economicamente. Surgem, portanto, riscos aos titulares de dados frente aos tratamentos ilícitos ou abusivos.

Portanto, os dados pessoais são direitos fundamentais, devendo constar expressamente no âmbito da Constituição Federal, com fulcro no ser humano, finalidade de todas as coisas existentes.

⁴⁰³ BASAN, Arthur Pinheiro; COUTO, José Henrique de Oliveira. A monitoração eletrônica do consumidor e a proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental. In: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords.); BORGES, Gabriel de Oliveira Aguiar; REIS, Guilherme (Orgs.). Fundamentos de direito digital: a ciência jurídica na sociedade da informação. Uberlândia: LAECC, 2020, p. 304.

Seguindo tal linha ideológica, em 2022, à Constituição Federal foram acrescentadas as seguintes disposições:

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022)

Art. 21. Compete à União: XXVI - organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXX - proteção e tratamento de dados pessoais.

É o reconhecimento da teoria que afirma que ao lado do direito à intimidade e do direito à privacidade deve existir o direito à proteção de dados, mais abrangente com seus mecanismos e técnicas para a tutela da informação, especialmente em um contexto de sociedade do compartilhamento.

Ao se assegurar, para o titular, a proteção de dados nos termos da lei, automaticamente devemos fazer uma associação com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que, com eficiência, dispõe sobre meios, fins, técnicas, princípios e regras a serem seguidas antes, durante e após o tratamento de dados pessoais.

A proteção nos termos da lei vai além das explicações da Carta Magna, atingindo também a LGPD e outros dispositivos jurídicos que tutelam a informação personalíssima, como a Lei nº 12.965, conhecida como Marco Civil da Internet.

1.3 A virada kantiana e a questão da legalidade de tratamento de dados pessoais: Limites de aceitabilidade para despersonalizar a personalidade

Gustavo Tepedino e Chiara Spadaccini de Teffé ponderam:

A cada minuto, uma infinidade de dados é extraída, transferida e organizada de forma incalculável. Cadastros em lojas, logins em sites e a utilização de mídias sociais e aplicativos de transporte fornecem dados pessoais a diversos destinatários, públicos e privados, sem que muitas vezes seja possível ao titular controlar a finalidade da utilização de suas informações, quem realizará o tratamento e por quanto tempo. Dados genéticos, preferências culturais, estéticas e de consumo, orientações políticas ou religiosas e opção sexual: tudo é coletado em tempo real e nos mais variados meios. Tais informações relacionam-se diretamente com os direitos da personalidade e afetam as liberdades fundamentais do ser humano, devendo ser protegidas de forma destacada e contextualizada com o desenvolvimento tecnológico.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. O consentimento na circulação de dados pessoais. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 25, p. 83-116, 2020, p. 84. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/521/389>. Acesso em: 29 jan. 2022.

De fato, em segundos diversificados dados pessoais, de diferentes titulares, são coletados, tratados, armazenados e compartilhados entre os agentes eletrônicos que operam na internet; e, vale ressaltar, que tais informações são de facetas variadas, abrangendo desde nomes, sobrenomes, apelidos, endereços, números, contatos de telefones até orientações sexuais, dados genéticos sobre a saúde e a doença, os gostos, as preferências, os sonhos, as fantasias sexuais, dentre outros.

Para que este cenário fosse e continue sendo possível, foi necessária a construção de uma extensa cultura digital, englobando desde pequenos hábitos, como acessar sites para consumir conteúdos, fornecer cliques, celebrar acordos eletrônicos, aceitar todos os cookies de um portal, até os grandes costumes, dentre eles: a) construção de itens tecnológicos, com processadores evoluídos a ponto de permitirem uma navegação fluída, sem travamentos ou problemas; b) inovações nos sistemas de software, para permissão de mais troca de dados; c) evolução no sistema de conexão, ganhando-se mais velocidade para compartilhamento.

Essa cultura digital esbarra diretamente e indiretamente na linha da proteção de dados pessoais, privacidade e intimidade. Com os equipamentos eletrônicos e com conexão rápida, há possibilidade de excessivo tratamento em dados pessoais. Para além disso, os sistemas são programados para otimizarem o fluxo de circulação nas informações personalíssimas. Se no passado, em título de exemplo, os dados pessoais eram coletados de maneira limitada (v.g. já houve um momento histórico em que o lixo era coletado por um conglomerado de comerciantes, para saber quais eram os gostos de pessoas de determinadas localidades. Com isso, poderiam fornecer às massas o que elas gostariam de consumir), na atualidade há uma facilidade tanto para a coleta de dados quanto para seu tratamento. Desde o momento em que o indivíduo acessa um portal, aceitando cookies, até quando ele decide fazer uma contratação pela rede, centenas de informações lhe são retiradas.

Inclusive, um estudo alemão, encomendado pelo Ministério Federal da Justiça e Defesa do Consumidor, pondera:

Der Markt für (personenbezogene) Verbraucher- bzw. Nutzerdaten hat sich durch die steigende Nachfrage von Werbetreibenden, E-Commerce, Politik, Verbänden und Marktforschern im Segment des Dialogmarketings und der Bonitätsauskünfte stetig weiterentwickelt. Personenbezogene Konsumentendaten und klassische Postadressen dienen nicht mehr nur der Werbewirtschaft, sondern liefern mittlerweile die Grundlage für ein wachsendes Ökosystem an Aggregatoren, Listbrokern, Datenhändlern, Auskunftsteilen und weiteren Anbietern, die sich auf die Anreicherung von Datenclustern spezialisiert haben [...]. Dabei wirken zwei zentrale Treiber für das Marktwachstum: Einerseits der Siegeszug des datenbasierten Marketings und andererseits die zunehmend automatisierten Kreditvergabe- und

Bonitätsprüfungsdienste. Beide Branchen versprechen ihren Unternehmenskunden durch die automatisierte Analyse, Auswertung und Ansprache von Kunden Kosteneinsparungen, die vor allem durch den Erwerb und die Anreicherung von Kundendaten funktionieren.⁴⁰⁵

Indo até além, tal estudo não deve se restringir na área do consumidor. Qualquer indivíduo, pelo simples fato de estar conectado, acessando sites, fornecendo cliques, aceitando todos os cookies e até estabelecendo contratos eletrônicos, está sujeito ao tratamento de seu rol de dados pessoais, tais como sobre seus gostos, preferências, sonhos, fantasias, saúde, sistema financeiro individual e familiar, telefone, endereço eletrônico.

Em palavras mais sólidas, seja destinatário de produtos ou serviços ou qualquer indivíduo, ao estar no corpo eletrônico, via qualquer aparelho com acesso ao sinal advindo do satélite (a internet), fornecendo cliques, aceitando cookies, estabelecendo negócios eletrônicos, a pessoa fica exposta ao fenômeno do tratamento de dados pessoais, de tal modo que informações, sensíveis ou não e secretas ou não confidenciais, tanto são coletadas e armazenadas quanto compartilhadas, pelos diversos agentes.

É este o funcionamento da sociedade em rede, fortemente influenciada pela cultura digital. É um ciclo quase que absoluto. Primeiro, após o indivíduo, com conexão, estabelecer cliques em suas diversas navegações, há a automática presunção de permissão, em decorrência das frágeis políticas de privacidade, de que há consentimento para um possível tratamento de dados pessoais. Segundo, os agentes eletrônicos armazenam os dados em sistemas tecnológicos, fortemente munidos com capacidade para processar, em alto grau e complexidade, trilhões de informações. Posteriormente, após inaugurar um contexto, o possuidor de tal dado o compartilha com os diversos agentes eletrônicos, tal como para angariar uma tendência de produto através de publicidade direcionada.

Para Nico Schur:

Diese Digitalisierung schreitet rasant voran und durchzieht mittlerweile so gut wie alle wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bereiche. Viele körperliche Wirtschaftsgüter stehen bereits in Wettbewerb mit ihrem unkörperlichen Gegenstück, das sie unerbittlich vom Markt drängt, und selbst dort, wo eine Substitution nicht in Frage kommt, werden körperliche Güter mit informationstechnischen Komponenten versehen, um sie in der digitalen Welt abzubilden. Diese Entwicklungen betreffen den privaten Bereich ebenso wie die industrielle Produktion, die sich im Zuge der sog. Industrie 4.0 grundlegend wandeln

⁴⁰⁵ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. ÖKONOMISCHER WERT VON VERBRAUCHERDATEN FÜR ADRESS UND DATENHÄNDLER: Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, 2017, p. 14. Disponível em: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Berichte/Oekon_Wert_Daten_Adresshaendler.pdf?__blob=publicationFile&v. Acesso em: 01 fev. 2022.

soll, hin zu einer datengetriebenen Wirtschaft. Die datengetriebene Wirtschaft verspricht enorme Wachstums- und Effizienzpotentiale durch die Auswertung von Daten. Zwar erlaubten bereits relationale Datenbanktechnologien die Auswertung von Daten, doch erst im Zuge der vorangeschrittenen Digitalisierung und der deutlich gesteigerten Rechenleistung von Computern ist die Datenauswertung in ein Stadium geschritten, das bisherige Ansätze revolutioniert. [...] Diese Objektivierung mündet in eine vielschichtige Kontroverse darüber, was der angemessene Rechtsrahmen für den Datenhandel ist.⁴⁰⁶

É nesta cultura digital que o capital físico passa por uma profunda alteração, afinal os bens físicos, cada vez com mais frequência, tornam-se menos relevantes frente os bens intangíveis, logo pertencentes a realidade não tocável. É o processo de desmaterialização, onde os bens intangíveis se tornam pilares da cultura digital, permitindo até mesmo a engrenagem no tratamento de dados.

À doutrina francesa a cultura digital alterou a organização da sociedade, incluindo o comércio. Sobre “La société de l’information” e seus impactos, há uma verdadeira transformação em todos os setores da sociedade, não havendo uma restrição ao âmbito do comércio.⁴⁰⁷ Por exemplo, na contemporaneidade há uma desmaterialização dos ativos econômicos, sendo onerosos os bens intangíveis, como a propriedade intelectual, o direito autoral e até mesmo os dados pessoais, especialmente no cenário de business intelligence. Não é atoa que ao se ingressar em um site de compras, por exemplo, o endereço, nome, idade, estado civil, endereço, telefone, são coletados, afinal são dados intangíveis e que servem como motor para o desenvolvimento do comércio eletrônico.

Neste contexto de cultura digital, Wozny exemplifica bem:

[...] si l'utilisateur achète une table de ping pong, il est très probable qu'il voit apparaître jusqu'à plusieurs jours après son achat, au cours de sa navigation, des publicités pour des filets ou des raquettes. Plus sujette à caution qu'une table de ping pong, une recherche sur une maladie peut permettre de supposer l'état de santé d'un utilisateur.⁴⁰⁸

Em suma, o atual estágio da humanidade presencia o processo de desmaterialização daquilo que é materializado na realidade ontológica. Justamente por isso, os dados pessoais,

⁴⁰⁶ SCHUR, Nico B. Die Lizenzierung von Daten: Einordnung, Grenzen und Möglichkeiten von vertraglichen Zugangs- und Datennutzungsrechten in der digitalen Ökonomie. Mohr Siebeck, 2020, p. 01.

⁴⁰⁷ CURIEN, Nicolas; MUET, Pierre-Alain. La société de l’information. Paris: La documentation française, 2004, p. 09-10.

⁴⁰⁸ WOZNY, Mallorie. Exploitation des données personnelles : raison commerciale, raison d’état et opportunités. Diplôme national de master, Ecole Nationale Supérieure des Sciences de l’information et des Bibliothèques, 2017, p. 59. Disponível em: <https://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/documents/67751-exploitation-des-donnees-personnelles-raison-commerciale-raison-d-etat-et-opportunites.pdf>. 01 fev. 2022.

sensíveis ou não, são basilares para o desenvolvimento do ecossistema digital, permitindo o funcionamento da sociedade digital.

Pelo simples fato de o indivíduo estar conectado, dando cliques em sites, aceitando cookies ou até mesmo celebrando contratos eletrônicos, o mesmo é alvo de um tratamento de dados, onde suas informações são subtraídas de sua esfera para, então, serem compartilhadas, pelos agentes da internet.

Este procedimento, importante mencionar, existe porque o indivíduo está inserido em uma cultura digital, onde a espinha dorsal da sociedade em rede é o compartilhamento, em uma alta velocidade e sem embaraços com processadores potentes.

Sobre o papel da informação à cultura digital, a doutrina italiana sacramenta:

In questo senso, una delle cifre unificanti del nostro tempo è costituita la centralità dell'informazione e della sua diffusione, in veste ormai essa stessa di bene di consumo e di scambio. L'informazione, nell'era tecnologica, diventa dato raccolto massivamente, rapidamente trasmesso, tramite la rete Internet, e avente il più disparato contenuto. [...] Da un punto di vista fenomenico, la raccolta dei dati personali si realizza in vario modo: in occasione della conclusione di un contratto avente a oggetto beni o servizi e funzionalmente all'esecuzione delle prestazioni, ovvero all'ulteriore utilizzo da parte del titolare del trattamento a fini di vendita a terzi; da parte di social network, ove l'interazione digitale vede la rete sociale luogo di volontaria condivisione da parte degli utenti di contenuti che inevitabilmente contengono informazioni personali e che deliberatamente esprimono l'identità sociale dell'utente (dati relativi alla propria immagine, gusti, attraverso i tasti di apprezzamento o condivisione); da parte di motori di ricerca. La circolazione dei dati, attraverso la vendita a terze parti (anche per finalità pubblicitarie), è fonte di profitto per il titolare del trattamento. Lo sfruttamento commerciale delle informazioni personali come beni immateriali disponibili e negoziabili rappresenta la principale attività delle imprese che forniscono servizi digitali e una realtà fortemente caratterizzante l'odierno quadro economico.⁴⁰⁹

Por todo o exposto até aqui, evidente é que o ser humano, estando inserido em uma cultura digital, tem sua vida informacional sendo excessivamente tratada pelos agentes que operam no corpo eletrônico. Ao navegar em diversos sites, aceitar cookies e celebrar contratos eletrônicos, o indivíduo fica submisso ao tratamento de dados; e, vale citar, tal procedimento vai desde a coleta e o armazenamento até o método de compartilhamento.

Então, o ser humano está sendo utilizado como um meio para atingir um fim, que geralmente é voltado para o âmbito econômico (v.g. usar milhões de dados para saber o que, qual a quantidade, a qualidade, de um produto que atenda uma grande massa de consumidor; através de um banco de dados, criar uma propaganda direcionada, fomentando o consumismo

⁴⁰⁹ CAGGIANO, Ilaria Amelia. Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo (GDPR) e analisi comportamentale. Iniziali spunti di riflessione. Diritto, Mercato, Tecnologia, 2017, p. 04-05. Disponível em: https://www.dimt.it/wp-content/uploads/2017/06/images_pdf_Caggiano.pdf. Acesso em: 01 fev. 2022.

desenfreado daquele que não tem educação financeira e é bombardeado com uma enxurrada de propaganda sobre o produto ou serviço que tem afinidade).

Assim, por exemplo, ao celebrar um contrato eletrônico e ter seu rol de dados pessoais coletados, armazenados e compartilhados pelos agentes, que os armazenam em seus bancos de dados, há o que se denomina de tratamento do ser humano como um meio, não como um fim. Isto porque, o ser humano está sendo usado, direta e indiretamente, como um meio para os agentes eletrônicos atingirem sua finalidade, ou seja, não se cogita de aplicação de virada kantiana no presente caso, pelo contrário, se aplica a inversão kantiana, onde o indivíduo, pelo simples fato de fornecer cliques, aceitar cookies ou celebrar contratos no âmbito da internet, torna-se um meio para o alcance de uma finalidade.

Conforme verificado acima, o dado pessoal é uma riqueza para a sociedade em rede, baseada no compartilhamento e no risco. Neste sentido, as informações sensíveis, ou não, em uma análise à luz do caso concreto, são coletadas e compartilhadas para finalidades econômicas, quase como regra absoluta. Automaticamente, com esta linha ideológica presente, tem-se que o ser humano torna-se um caminho para o fim econômico.

Exemplificando: Ao celebrar um contrato eletrônico para a aquisição de um objeto de fábrica têxtil, os mecanismos de tal negócio permitem ao agente eletrônico a tratar os dados pessoais daquele, podendo fazer até compartilhamentos onerosos, na atualidade. Este processo, por derradeiro, transforma o indivíduo em um meio para o agente eletrônico alcançar seu fim.

Em tese de doutorado, Rogério Alves descreve que o indivíduo, em uma análise à luz da obra de Kant, é o “único ser da terra que possui entendimento e o único capaz de colocar a si mesmo fins”, enfim, o homem é o fim de tudo, é o estado “terminal”.⁴¹⁰ Sendo o ser humano a fonte de gravitação de todos os fatos e da própria administração pública, terá que ser tratado com decoro, sendo um fim em si mesmo, dotado de personalidade e que merece amparo para ter toda sua existência sobre o véu da dignidade.

“Em uma primeira análise, deve-se considerar que essa “virada kantiana” no Direito nada mais é do que o redirecionamento da pessoa humana para o epicentro do sistema jurídico”, consoante a doutrina.⁴¹¹ Isto porque, em se tratando da virada kantiana, passa o ser

⁴¹⁰ ALVES, Rogério Pacheco. O DNA Kantiano dos Direitos Humanos e sua Crítica a partir da Filosofia Imanente de Spinoza. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2015, p. 30.

⁴¹¹ BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. O efeito jurídico do ato médico na interrupção da gravidez: a vida como dano. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Uberlândia, 2019, p. 42. Disponível em: <http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/24672/1/EfeitoJur%C3%ADdicoAto.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2022.

humano a se figurar como pilar não apenas da administração pública, que terá que se solidificar e atuar com respeito aquele, como também do particular. O Estado e cada indivíduo devem observar o fenômeno de que o “Homo sapiens” está como centro de gravitação de todo o ordenamento jurídico, devendo as leis, os atos normativos, os julgados, as atuações públicas, os fatos jurídicos em sentido amplo e as ações humanas, observarem a personalidade, intrínseca e universal, bastando existir um ser.

Para Wolfgang, verídico “é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano”.⁴¹² Portanto, em uma análise à luz da teoria de Kant, o ser humano não poderá ser tratado como uma coisa ou um instrumento, que geralmente são meios, mas sim como um fim, afinal sua personalidade, um atributo indissociável de sua esfera subjetiva, reclama uma proteção normativa e real.

Portanto, a pessoa humana não mais é invisível, como já fora em séculos passados (v.g. recorde-se que no tópico 2.2.1, do capítulo 2, foi descrito que o escravo era um meio para atingir fins de terceiros, na idade antiga), sendo, por óbvio, “qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta”, tendo em vista que ela assume um pilar estruturante da teoria geral do direito.⁴¹³

Ao estabelecer o período pós guerra, congruentes mudanças na forma do Estado começaram a surgir. Primeiro, abandona-se o Estado omissivo, que deveria ter uma atuação mínima em prol do melhor interesse do particular. Segundo, começa a administração pública a ser dirigente, guiando-se em prol de estabelecer uma igualdade entre aqueles que são desiguais, tais como pela positivação do Código de Defesa do Consumidor. Terceiro, neste Estado social o dirigismo começa a ganhar contornos mais coloridos, fazendo com que o individualismo cedesse espaço para o interesse público. Não só isso, como também o ser humano passa a ter a sua dimensão existencial reconhecida, devendo ser um fim em si mesmo, livre de ser um instrumento para alcance de um objetivo econômico.

Rosenvald e Cristiano Chaves descrevem tal cenário como conseqüência do Estado social, onde do indivíduo é afastado a característica da invisibilidade, lhe colocando o véu da personalidade; e, assim sendo, o sapiens torna-se o organismo central de toda atuação da

⁴¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34.

⁴¹³ TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 341-342.

administração pública, onde as “normas são feitas para a pessoa e para a sua realização existencial”.⁴¹⁴

No Brasil, a virada kantiana exerce uma forte influência, fazendo com que diversas restrições sejam impostas as atividades, ou seja, em benefício do indivíduo, existem limitações no tecido normativo, para assegurar àquele como um fim em si mesmo, não um objeto ou instrumento.

Em termos sólidos, para garantir o ser humano como um fim em si mesmo, o Estado de Direito positivou diversas normas que limitam atividades econômicas, sociais e laborais. É, em suma, a tentativa de se reconhecer o ser humano.

Exemplos desta ideologia de tratar o ser como um fim se encontram no capítulo II, do Código Realense, na parte “Dos Direitos da Personalidade”.

O artigo 11 do CC é enfático ao dispor: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Por causa desta disposição normativa é que se proíbe o comércio de órgãos, no Brasil. Em se tratando de um cenário onde o ser humano deve ser reconhecido como um fim em si mesmo, deixar como lícito o comércio de algum órgão seu lhe torna um meio para um terceiro ter algum objetivo alcançado. Tornar legal a comercialização de órgão também faz com que o indivíduo passe a ser um instrumento com valor.

Caso o indivíduo for um objeto com valor, se poderia cogitar de aplicar as regras obrigacionais e contratuais, em um ilustrativo contrato de compra e venda de órgãos. Exemplificando, caso o ser alienasse um rim com defeito, teria o comprador o direito a reclamar vício redibitório?. É uma situação delicada, porquanto envolvem riscos dos mais elevados, especialmente para a própria existência.

Enfim, para se alcançar uma maximização de que o ser humano deve ser um fim, não um meio, é ilegal o comércio de órgão. É que, caso pudesse ser adquirido onerosamente um pedaço do corpo do sapiens, automaticamente teria o reconhecimento de que o indivíduo é um meio, inclusive com a característica de ser oneroso.

É por meio deste art. 11 que também existe a vedação a barriga de aluguel onerosa, também conhecida como gestação em útero alheio ou surrogath mother. À doutrina, a barriga de aluguel “é a técnica utilizada pela Ciência Médica para permitir que uma paciente,

⁴¹⁴ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 172.

biologicamente impossibilitada de gestar ou de levar a gravidez até o final, possa ter um embrião - resultante de fecundação com o seu óvulo - gestado em útero de terceira pessoa”.⁴¹⁵

Não raramente, problemas de saúde impossibilitam uma mulher de realizar uma gestação. Neste sentido, surgiu o que se denomina de gestação em útero alheio, onde uma mulher empresta seu ventre para gestar embriões de terceiros. Portanto, uma mulher, estranha a uma relação conjugal, em se tratando de um relacionamento tradicional, cede seu corpo para fazer uma gestação, com embriões de terceiros.

Tal técnica é permitida pelo Conselho Federal de Medicina. A resolução 2.294, de 27 de maio de 2021, destaca sobre a cessão temporária de útero, nos seguintes moldes:

As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de RA para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira. [...]. Demais casos estão sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina. 2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente. 3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente: 3.1 Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; 3.2 Relatório médico atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; 3.3 Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; 3.4 Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, públicos ou privados, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério; 3.5 Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez; 3.6 Aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.⁴¹⁶

Portanto, tal regra prestigia o tratamento do ser humano como um fim, não um meio. Gize-se que, no Brasil, uma mulher não pode cobrar aluguel por emprestar o corpo para fazer uma gestação com embriões de terceiros, de tal modo que tal ato deve ser filantrópico, partindo da boa-fé interna e da vontade de auxiliar. Assim, não pode ser um ato que existe por causa de uma aquisição patrimonial.

⁴¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 571.

⁴¹⁶ BRASIL. Resolução CFM Nº 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em: 03 fev. 2022.

Têm duas situações distintas, sendo a primeira a barriga de aluguel sem cobrar, que é permitida, e a segunda a barriga de aluguel onerosa, onde a genitora, cessionária de seu corpo, exige-se uma pecúnia, seja de modo parcelado ou à vista. Esta última é ilegal, no Brasil, por violar a fundamentação de que o ser é um fim em si mesmo, não um meio.

Em outros campos da realidade, a virada kantiana também exerce sua influência. Um caso emblemático e que gerou repercussão, em âmbito nacional, foi o arremesso de anões, na França. Inclusive, a Académie de Versailles, em um breve panorama, retratou que o prefeito de Morsang-sur -Orge (França) proibiu o arremesso de anões.⁴¹⁷

No julgado de tal caso, um tribunal Francês decidiu pelo seguinte:

Considérant que l'attraction de "lancer de nain" consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération. [...] Considérant que le respect du principe de la liberté du travail et de celui de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police municipale interdise une activité même licite si une telle mesure est seule de nature à prévenir ou faire cesser un trouble à l'ordre public ; que tel est le cas en l'espèce, eu égard à la nature de l'attraction en cause. [...] Article 1er : Le jugement du tribunal administratif de Versailles du 25 février 1992 est annulé.⁴¹⁸

É uma clara tentativa de restabelecer que o ser humano tem uma personalidade, a qual merece ampla tutela. Tenha ou não a pessoa uma deficiência física, intelectual, visual, auditiva ou múltipla, a mesma tem uma personalidade, merecendo ser tratada com decoro, ou melhor, merece amplo respeito, por parte do poder público, da iniciativa particular e de terceiros. No caso da França, tal decisão visou justamente resguardar a personalidade, um atributo do humano que atravessa a autonomia e qualquer espaço geográfico, bastando existir um sapiens para tê-la.

No Brasil, por sua vez, ainda não se tem um caso expoente sobre o arremesso de anões. Isto se deve em grande parte pelo artigo 11 do CC barrar algumas disposições do próprio corpo, seja com consentimento ou não do indivíduo. Arremessar anão nada mais é do que um meio para se alcançar a finalidade de entretenimento de terceiros, enfim, é utilizar uma pessoa com deficiência como meio para se divertir através de seu arremesso.

⁴¹⁷ BEILIN, Aline; MARCHAND, Valérie. L'affaire dite du lancer de nain. Académie de Versailles, 2020.

⁴¹⁸ Statuant au contentieux. N° 136727. Rapporteur: Mlle Laigneau. Lecture du vendredi 27 octobre 1995. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007877723/>. Acesso em: 04 fev. 2022.

Um último exemplo merece ser ensinado.

Em 2018, He Jiankui, pesquisador da Universidade de Ciência e Tecnologia do Sul da China, e sua equipe realizaram edições genéticas em embriões. Esse experimento, que ocorria sigilosamente desde 2016, fora para imunizar os embriões contra o Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV).⁴¹⁹ Para realizarem tal projeto, os cientistas recrutaram, com respeito à manifestação de vontade consciente, oito casais heterossexuais, onde os pais eram HIV-positivo e as mães não. Não obstante, posteriormente, uma família não prosseguiu adiante, restando, portanto, sete casais. Então, foram feitas 13 implantações de embriões em cinco mulheres, onde apenas duas engravidaram.⁴²⁰

Os pesquisadores escolheram a codificação genética CCR5 para procederem com as mutações, visto que 1% da população do Norte europeu não possui 32 pares de bases nitrogenadas no gene CCR5, e, enquanto efeito dominó, eles se tornam resistentes ao HIV-1.⁴²¹ É que esse gene é responsável pelo vírus do HIV-1 entrar na célula humana e, já hospedado, se espalhar nos sistemas corporais. Nas palavras de Francisco J. Díaz et al: “From the literature one can conclude that $\Delta 32/\Delta 32$ genotype confers a high degree of protection to HIV infection”.⁴²²

Para isso, os cientistas utilizaram a técnica CRISPR/Cas9, que possibilita a edição do genoma através de uma clivagem no DNA feita pela proteína Cas9, sendo essa guiada por uma sequência de RNA.⁴²³

Após tal caso se tornar público, houve muita repercussão. Em se tratando do âmbito jurídico, o Tribunal Popular do Distrito de Shenzhen Nanshan, ao julgar tal caso, condenou He Jiankui em 3 anos de reclusão, lhe aplicou uma multa e, também, lhe direcionou a penalidade de nunca mais poder utilizar tecnologias de reprodução.⁴²⁴

⁴¹⁹ CYRANOSKI, David. What CRISPR-baby prison sentences mean for research. Nature, 03 de jan. de 2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-020-00001-y>. Acesso em: 06 fev. 2022.

⁴²⁰ GREELY, Henry T. CRISPR'd babies: human germline genome editing in the 'He Jiankui affair'. Journal of law and the biosciences, v. 6, n. 1, 2019. Disponível em: <https://academic.oup.com/jlb/article/6/1/111/5549624>. Acesso em: 06 fev. 2022.

⁴²¹ COHEN, JON. Did CRISPR help—or harm—the first-ever gene-edited babies?. Science, 1 ago. 2019. Disponível em: <https://www.science.org/content/article/did-crispr-help-or-harm-first-ever-gene-edited-babies>. Acesso em: 06 fev. 2022.

⁴²² DIAZ, Francisco J. et al. Frequency of CCR5 Delta-32 Mutation in Human Immunodeficiency Virus (HIV)-seropositive and HIV-exposed Seronegative Individuals and in General Population of Medellin, Colombia. Mem. Inst. Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, v. 95, n. 2, 2000.

⁴²³ AREND, Marcela Corso; PEREIRA, Jessica Oliveira; MARKOSKI, Melissa Medeiros. O Sistema CRISPR/Cas9 e a Possibilidade de Edição Genômica para a Cardiologia. Arquivos Brasileiros de Cardiologia, São Paulo, v. 108, n. 1, 2017, p. 81. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/abc/a/S7rhCRLnYjVmCDfTrdSYTDs/?lang=pt>. Acesso em: 07 fev. 2022.

⁴²⁴ REGALADO, Antonio. He Jiankui faces three years in prison for CRISPR babies. MIT Technology Review, 30 dez. 2019. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2019/12/30/131061/he-jiankui-sentenced-to-three-years-in-prison-for-crispr->

Neste caso, o embrião, um ser humano à luz da teoria da concepção, foi utilizado como meio para se alcançar duas finalidades, por parte de Jiankui, quais sejam: ter fortuna e fama. Para o tribunal, tal edição genética teve essas duas finalidades.⁴²⁵

De fato, a equipe tratou o embrião como um meio para se alcançar, principalmente, as finalidades de fama e fortuna, especialmente ao se levar em conta que tal pesquisa não tem base científica sólida. Em pesquisa, Henry Greely destacou que tal procedimento de edição genética para excluir as 32 bases nitrogenadas fora sem sucesso, enfim, mencionou:

He Jiankui did not successfully make this 32-base-pair deletion in either of the twins, who had other, unexpected, mutations in their CCR5 genes. These seem very likely to make those genes non-functional, but do those particular mutations have the same safety profile as CCR532? We have no idea.⁴²⁶

Portanto, neste caso, o ser foi utilizado como meio para o alcance de finalidades. É, enfim, uma colisão frontal e horizontal com todos os ideais advindos da virada kantiana, que tutela o indivíduo, pelo simples fato de sua existência. Utilizar o corpo humano para edição genética, com finalidades comerciais e de vaidade, é abominável, especialmente ao se considerar que, do fruto de tal processo técnico, os embriões nascerão com genes diferentes, frutos de mutações em laboratórios e nunca antes vistos.

Do outro lado da moeda, existem casos onde é permitido tratar o ser humano como meio para atingir um fim, ainda que exista toda a construção da virada kantiana e a posituação dos direitos da personalidade no Código Realense.

É o caso da prostituição, também conhecida como prestação de serviços corporais por profissionais do sexo. Para Maria Lidianie e Roberta Jucá:

[...] a prostituição deve ser entendida como uma atividade de prestação de serviços sexuais em favor de uma contraprestação pecuniária, que deve ser analisada como um fator histórico mutável, pois várias foram as modificações ocorridas com o tempo, adequando essa atividade às características e aos avanços de cada sociedade. Ela pode acontecer de forma autônoma, quando a profissional não depende de

[babies/#:~:text=The%20Chinese%20scientist%20and%20two%20associates%20were%20sentenced%20after%20a%20secret%20trial.&text=The%20Chinese%20scientist%20who%20created,prison%20by%20a%20Chinese%20court](#). Acesso em: 07 fev. 2022.

⁴²⁵ XIAONAM, He. “基因编辑婴儿”案一审宣判 贺建奎等三被告人被追究刑事责任. 央视新闻客户端, 30 dez. 2019. Disponível em: <http://m.news.cctv.com/2019/12/30/ARTIt3JhoV7SsTVQK1zw0z8S191230.shtml>. Acesso em: 07 fev. 2022.

⁴²⁶ GREELY, Henry T. CRISPR'd babies: human germline genome editing in the 'He Jiankui affair'. *Journal of law and the biosciences*, v. 6, n. 1, 2019, p. 155. Disponível em: <https://academic.oup.com/jlb/article/6/1/111/5549624>. Acesso em: 07 fev. 2022

ninguém para o exercício dessa atividade, ou dependente, quando a mulher trabalha para outrem, podendo haver exploração ou não.⁴²⁷

Enfim, a prostituição nada mais é do que um negócio jurídico oneroso, onde, geralmente, é a mulher que presta um serviço corporal para o homem e este, por sua vez, fornece àquela uma remuneração, em dinheiro ou outros bens, como joias. É um contrato oneroso, sinalagmático, afinal ambas as partes possuem deveres, consensual, jamais de adesão, sobre pena de se figurar como estupro, e de execução rápida.

Em troca da posse temporária do corpo da mulher, o homem lhe fornece a propriedade de um bem móvel ou imóvel. Por se tratar de um contrato consensual, gize-se que ambas as partes, baseando-se em suas autonomias, estabelecem as cláusulas, no mais das vezes orais. De todo modo, fato é que a prostituição é um serviço corporal.

Apesar de todo este contorno contratual e obrigacional, não se pode esquecer que a prostituição vai totalmente contra os princípios e regras da virada kantiana. Colocar a mulher como um meio para um homem atingir um fim (sentir prazer sexual) é uma representação de ausência de eficácia da virada kantiana.

O ser humano, incluindo a mulher que presta serviço corporal, tem uma personalidade, a qual reclama respeito pelo corpo coletivo e pelo terceiro. Assim, a prostituição, em uma análise à luz da teoria de Kant, é contrária ao pilar de tal virada, porquanto sujeita uma pessoa como um meio para outra alcançar um fim.

Outra exceção ao ser humano ser tratado como um fim é o esporte do boxe. Tratando sobre o MMA, Neto e Luiz Silva discorrem que ele é um esporte que, apesar de ser regulamentado pelo Estado do Brasil, incluindo com amparo de fomento no tecido constitucional, gera uma enorme violência na salubridade orgânica do ser humano, de tal modo que, com frequência, se observa excessividade por parte de um lutador; e os autores, para exemplificarem estas excessividades, escrevem sobre o boxeador que golpeia o adversário que está caído, sem potencial para gerar qualquer lesão de grau leve, médio, grave ou gravíssimo.⁴²⁸

Por causa de lesões no boxe algumas pessoas até já morreram. Em 2021, na região de Zimbábue, Taurai Zimunya, após receber um golpe que lhe nocauteou, teve que receber

⁴²⁷ PINHEIRO, Maria Lidiane; JUCÁ, Roberta Laena Costa. A regulamentação da prostituição e a efetividade dos direitos fundamentais das profissionais do sexo. Revista Opinião Jurídica, n. 11, 2009, p. 250-251. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1861>. Acesso em: 04 fev. 2022.

⁴²⁸ NETO, Antônio Carvalho; SILVA, Luiz Henrique B. de Azevedo. Reflexos jurídicos da violência na prática desportiva. Revista Faculdade Montes Belos, v. 5, n. 2, 2012, p. 04-08. Disponível em: <http://revista.fmb.edu.br/index.php/fmb/article/view/62/57>. Acesso em: 06 fev. 2022.

serviços médicos, entretanto, após dois dias de sua entrada no hospital, teve seu óbito decretado.⁴²⁹ Houve um nexo de causalidade entre o nocaute e o óbito.

O boxe, em suma, é um esporte que é permitido, no Brasil. Apesar de tal regularidade, é um esporte com muita violência e que, com frequência, cria um quadro grave de lesões aos boxeadores.

Além disso, também é um esporte que coloca o ser humano como meio, afinal é o espetáculo da diminuição da integridade física do ser humano que é o responsável pela finalidade de terceiros ganharem pecúnia com suas apostas ou se divertirem com os golpes poderosos.

Ainda que tal esporte coloque o boxeador como um meio para geração de um fim, é tolerado pelo ordenamento jurídico do Brasil. Estamos diante, mais uma vez, de uma situação onde é lícito tornar o ser humano como meio para alcance de um fim, é isso.

A bibliografia não autorizada é outro caso de tratamento do ser humano como meio para atingir um fim. Sobre tal espécie de bibliografia, veja-se que existe, no mais das vezes, uma colisão entre dois direitos da pessoa: o da proteção de dados pessoais e o da liberdade de imprensa.

De um lado, existem informações que pertencem ao indivíduo, revelando aspectos seus íntimos e ínfimos, os quais são ocultos para o público. Também têm dados que revelam informações de interesse público, como gostos pessoais, vontades e projetos. Cite-se que tanto os dados sensíveis quanto os não sensíveis e os privados e os íntimos merecem tutela, de tal modo que suas proteções se darão de diferentes maneiras dependendo do caso concreto (v.g. não se é proporcional e razoável divulgar o tamanho do pênis de uma pessoa, em uma bibliografia não autorizada. Logo, neste possível cenário, a liberdade de imprensa deve ceder ao direito à proteção de dados).

Dos direitos à privacidade e intimidade ao direito à proteção de dados pessoais, evidente que teve uma ampliação de mecanismos de controle de dados para o titular, conforme já fora visto. Ainda assim, a proteção de dados pessoais tem uma característica idêntica aos direitos à intimidade e privacidade, qual seja: tutelar uma informação.

Assim, o titular tem um direito de proteção em seu rol de informações, de tal modo que, muitas das vezes, sua vontade terá que ser respeitada frente ao desejo de terceiro de acessá-la e até mesmo tratá-la, como por meio de divulgação.

⁴²⁹ VICKERS, Steve. Taurai Zimunya: Questions asked as Zimbabwean boxer dies after fight. BBC Sport, 03 nov. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/sport/africa/59156447>. Acesso em: 06 fev. 2022.

Por outro lado, tem-se o direito à liberdade de imprensa. Tal direito é tão relevante na contemporaneidade que Orwell, em seu livro 1984, destacou: “Quem controla o passado, controla o futuro. Quem controla o presente, controla o passado”. É que, controlando a mídia, um regime autoritário pode apagar o passado, podendo criar uma meia-verdade, ou seja, uma mentira que se torna verdade por não ser questionada e ser repassada várias vezes para a coletividade. Joseph Goebbels, antigo ministro de Hitler, já até defendeu que uma mentira contada mil vezes torna-se uma verdade.⁴³⁰

Enfim, a liberdade de imprensa é essencial para a manutenção da democracia. Com ela, pode-se divulgar informações de uma pessoa, contribuindo para a consolidação do passado e da própria história. Nadando nestas águas, Maria Leyser destaca que, em um Estado Democrático, deve-se assegurar liberdade e livre iniciativa à imprensa, especialmente para impedir uma prévia ou posterior censura contra fatos.⁴³¹

Portanto, quando se está diante de uma situação concreta onde a vida da pessoa será divulgada, ainda que sem autorização, se está diante de um confronto a virada kantiana, uma vez que tais dados são meios para terceiros atingirem seu fim, que é o de sanar a curiosidade, o de saber sobre a personalidade do titular e o de preservar a própria história.

Logo, na bibliografia autorizada se usa o combo de dados privados e não confidenciais do indivíduo (é, então, tornar-lhe um meio) para consolidação de três finalidades: i) sanar curiosidade alheia, especialmente quando o alvo é muito famoso; ii) saber sobre os atributos da pessoa; iii) preservar os fatos, com finco em tentar construir um futuro melhor.

Há uma tratativa do ser humano como meio para alcance da finalidade de espetáculo, é isso. Tal bibliografia não autorizada, inclusive, é permitida pela República Federativa do Brasil.

Por todo o exposto, percebe-se que, no Brasil, existe um artigo que tutela a personalidade da pessoa, porém, ainda assim, a mesma poderá, a depender do caso concreto, ser tratada como um meio para alcance de uma finalidade. Em termos concretos, o Brasil é signatário da ideologia kantiana, devendo a administração pública se guiar pelo princípio de proteção ao indivíduo. Prova deste seguimento se encontra na parte de personalidade do código civil. Ainda assim, o Brasil permite, em diversos casos, o tratamento do indivíduo como um meio.

⁴³⁰ Braço direito de Hitler, Goebbels era ministro da Propaganda do nazismo. Jornal Nacional, 17 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/01/17/braco-direito-de-hitler-goebbels-era-ministro-da-propaganda-do-nazismo.ghtml>. Acesso em: 07 fev. 2022.

⁴³¹ LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Direito à liberdade de imprensa. [S.I.] :Juarez de Oliveira, 1999.

Não se trata de um rompimento total com a teoria kantiana, afinal têm muitos dispositivos jurídicos que alavanca o ser humano como centro de gravitação, onde todas as suas esferas (físicas, morais, psicológicas, tangíveis e intangíveis) são tuteladas, ficando livres de lesões ou ameaças. Um exemplo é o artigo 13 do CC: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Se está em uma era onde o indivíduo merece amplo respaldo de proteção, onde sua existência tem que ser garantida pela administração pública. Passou-se da época jurássica onde o indivíduo era invisível pelo Estado, inaugurando uma etapa onde qualquer fato jurídico terá que ser analisado à luz dos valores do humano. A existência deste cenário se deve pelo impacto das ideologias kantianas, no Brasil.

Para Anderson Schreiber, “os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana”.⁴³² Pelo simples fato de o indivíduo pertencer ao gênero “Homo” e a espécie “sapiens”, logo pelo simples fato de ser um ser humano, tem que ter sua existência construída com vigas de proteção, enfim, deve-se emaranhar fatos jurídicos que interfiram na livre existência do Homo sapiens.

No Brasil, a virada kantiana começou a exercer uma forte influência com a positivação da Constituição Federal de 1988. Isto porque, diversas normas constitucionais tutelam o ser humano (v.g. o Fundamento da República é a dignidade da pessoa humana, segundo o art. 1, III, da C.F.). Neste sentido, o indivíduo passou a merecer um tratamento especial, consistente em ser uma finalidade, não um meio, como sempre fora tratado na história global.

Lorenzoni e Galimberti dissertam:

Outrossim, é possível notar uma grande influência da filosofia kantiana ao valorizar homem como centro e objeto detentor da razão e da racionalidade. É a partir do homem e para o homem que existiriam leis que resguardassem a sua dignidade [...]. Ao observar o princípio mais importante resguardado pela CF que é o da dignidade da pessoa humana e portanto, merece maior destaque, este torna-se a base do ordenamento republicano e democrático no qual a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi constituída, sempre priorizando que o indivíduo seja objeto central e tenha garantia de proteção.⁴³³

E Gilberto Fachetti complementa:

⁴³² SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 13.

⁴³³ LORENZONI, Lara Ferreira; GALIMBERTI, Tatiane Priori. Idealismo e processo: a influência de Kant nas bases do positivismo jurídico. Anais do III Congresso de Processo Civil Internacional, 2018, p. 182. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/26037>. Acesso em: 07 fev. 2022.

O conteúdo mínimo de Estado de direito indispensável e indisponível, que encontramos, hoje, nos catálogos de direitos fundamentais das nossas constituições, é herança kantiana. [...] Kant oferece importantes contribuições para a compreensão do atual paradigma do Direito, embasado em uma filosofia dos valores e na preocupação com a correção do Direito a partir de um critério de justiça centrado no ser humano (personalismo ético, humanismo, “biocentrismo”, jushumanização).⁴³⁴

De fato, com as linhas ideológicas traçadas por Kant, o ser humano passou a ser visto, devendo sua existência ser concretizada na realidade, sendo respeitada não apenas pelo indivíduo, contrariando a lógica de que o lobo é o lobo do homem, mas também pela administração pública social.

Passa o indivíduo a ser o centro de toda a esfera jurídica, sendo o Estado um interlocutor dos interesses de cada um, devendo levar em consideração cada característica personalíssima, em uma mera valorização de que cada ser humano é único, dotado de personalidade própria e, ao mesmo tempo, universal.

O indivíduo invisível se assume como visível. Enquanto efeito dominó, o Estado social, com seus pilares de valoração do ser humano, terá que construir e manter fatos, leis e atos administrativos que tutelem os sapiens. É tal cenário não pode ser negado, afinal é o ser humano a fonte de todos os fatos jurídicos.

Em tempo idêntico, se percebe que, no Brasil, o indivíduo pode ser tratado como um meio para um terceiro atingir uma finalidade. Por isso, a República Federativa do Brasil adota um posicionamento de kantianismo relativo, não absoluto. Esta linha ideológica, por derradeiro, é adotada porque o Brasil permite o ser humano ser tratado como um meio, conforme já visto.

De um lado da moeda, não se pode fazer arremesso de anões, vender órgãos ou cobrar aluguel para hospedar um embrião, e, por outro, pode-se ter prostituição, campeonatos de lutas e até mesmo publicações de bibliografias não autorizadas. Caso fosse uma teoria kantiana absoluta, estes três últimos itens seriam vedados. Sendo, no Brasil, adotada a teoria relativa, os três elementos são lícitos, não sendo restringidos totalmente pela administração pública.

Não se perde totalmente a conexão com a virada kantiana, pois, ainda que permitidas, não eternizam, em caráter universal, o fato jurídico do indivíduo ser tratado como meio. Esgotados o tempo de cessão do corpo, a batalha corporal e o interesse público pela obra com

⁴³⁴ SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A teoria do direito em Kant: aspectos relevantes e atuais. RJLB, v. 2, n. 6, 2016, p. 584-585. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_0563_0588.pdf. Acesso em: 07 fev. 2022.

dados personalíssimos, por exemplo, há um retorno ao status quo, de tal modo que o indivíduo se torna novamente um fim em si mesmo, não um meio.

É reconhecida a possibilidade do ser estar sendo usado como um meio, porém os efeitos disto cessarão, em algum momento. Finalizado o fato jurídico que coloca o ser humano como meio, o mesmo volta ficar tutelado pelo véu da teoria pura de Kant.

Em termos graníticos, no Brasil, adota-se uma teoria de kantianismo relativa, porquanto, conforme já verificado acima, o ser humano pode ser tratado como um meio, não um fim. Ainda assim, ao se colocar o ser humano como um meio, ora ou outra o efeito disto cessará, voltando o indivíduo ficar sobre o véu da teoria pura de Kant, que é a de que o indivíduo é um fim, não um meio.

E quando o indivíduo, ao ser tratado como um meio, jamais tem a possibilidade de novamente se sentir sobre égide da teoria pura de Kant, como no caso do lutador de boxe?. Mais para frente, ao se abordar a teoria de que o Direito é um instrumento para regularização da sociedade, veremos tal resposta.

Ainda assim, necessário mencionar que, para o presente trabalho, existirão limites de aceitabilidade para fazer a despersonalização da personalidade, ou seja, colocar um ser como meio, não um fim. São elas: i) temporariedade de colocar o ser como um meio, não um fim – foi a explanada acima; ii) universalidade da personalidade individual, ainda que um ou mais indivíduos estejam sendo tratados como fins; iii) Direito como mecanismo para dar solidificação à sociedade; iv) a despersonalização não ser distante do que o corpo coletivo julga como possível.

Mesmo que tais eventos de submissão do indivíduo como meio sejam permitidos, isso não retira da coletividade, de um modo geral, a característica de ter que ser tratada como um fim, não um meio. Não é porque uma pessoa está fazendo cessão de seu corpo que os bilhões de sapiens perderão também a característica de serem fins em si mesmos, não meios.

Portanto, ainda que uma pessoa esteja sendo usada como meio, outras bilhões existem, sendo submissas a teoria pura de Kant. Com isso, existe um fortalecimento na estrutura jurídica do Estado que consagra que o indivíduo merece tutela, devendo sua existência ser assegurada para que o mesmo seja valorizado, podendo viver e desenvolver livremente sua personalidade, livre de embaraços.

Assim, ao se reconhecer, no Brasil, a possibilidade do ser humano ser portador de uma personalidade, devendo, na medida do possível, ser tratado como um fim, automaticamente o Estado se solidifica em prol do humano, balizando seus atos para proteger a existência deste.

Ainda assim, a principal característica que torna lícito o kantianismo relativo repousa no fato da Ciência do Direito ter que servir para regular o que acontece na realidade, ou seja, para que o mundo e suas estruturas funcionem, necessário é que o Direito seja um instrumento, usado pelo Estado, para permitir suas limitações e afloramentos; e, partindo desta linha, se tem que a virada kantiana relativa torna-se uma teoria adequada a ser seguida.

Sergio Cavalieri Filho destaca que “a criação de um direito justo, com efetivo poder transformador da sociedade, entretanto, não é obra apenas do legislador, mas também, e principalmente, de todos os operadores do direito”.⁴³⁵ Destas disposições se extrai o seguinte: O Direito tem um potencial para modificar a realidade, transformando as estruturas sociais da sociedade, impulsionando ou restringindo e limitado ou declarando que determinados atos e fatos jurídicos podem continuar a existirem.

O direito positivado pelo Estado é, de fato, um instrumento que permite a engrenagem da sociedade, suas pessoas, os hábitos e os costumes. Isto porque, é através do Direito que existe a criação de uma norma ou de um princípio, sendo uma norma que, ao ser implementada, gera impactos no impulsionamento da sociedade; ora, o direito é instrumento de “manutenção ou restabelecimento equilibrado de um sistema”.⁴³⁶

Para Hans Kelsen, o Direito é utilizado para limitar, ampliar ou preservar um comportamento humano.⁴³⁷ Logo, no fundo, o Direito é um instrumento para regular a sociedade, que é um corpo composto pela singularidade de cada pessoa, física ou jurídica.

Sílvio de Salvo Venosa até elenca:

O direito objetivo é constituído por um conjunto de regras destinadas a reger um grupo social, cujo respeito é garantido pelo Estado (norma agendi). [...] O Direito busca, portanto, a adequação da sociedade, sua melhor convivência, embora cada sistema possa usar métodos diversos. [...] Desse modo, do vulgar ao erudito, transitamos pelo vocábulo direito com absoluta frequência, pois o Direito nunca se desgarra da vida social, em qualquer de suas acepções.⁴³⁸

Enfim, o desenvolvimento da sociedade está para o direito, assim como o direito está para o desenvolvimento da sociedade. É que o Direito serve como instrumento de regulação da sociedade, permitindo tanto a sua existência quanto o seu funcionamento.

⁴³⁵ FILHO, Sergio Cavalieri. Direito, Justiça e Sociedade. Revista da EMERJ, v. 5, n. 18, 2002, p. 65. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁴³⁶ OLIVEIRA, Robson rocha de. Dos conceitos de regulação às suas possibilidades. Saúde Soc., v. 23, n. 4, 2014, p. 1201. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/pkTKqybVJWpgbR6D4VfdwHt/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 fev. 2022.

⁴³⁷ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 04.

⁴³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Introdução ao Estudo do Direito. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

Partindo destas constatações, não poderia o Direito do Estado, no Brasil, ser omissos no tocante a regularização de alguns casos onde o ser humano seja um meio, não um fim. De fato, existe toda uma construção teórica que privilegia a essência do indivíduo, devendo este ser tratado como um fim, em prol de preservação de sua existência. Porém, também existe o Direito concreto, que tem que estar regularizando o que acontece na realidade, mesmo aquelas situações que fogem ao controle da moralidade e da preservação do próprio ser, como no caso do boxe.

O Direito há de ser prático, com fortes tentáculos nos pilares de concretude e integralidade nos efeitos das regulações. Logo, ao se levar em consideração que existem diversas ações humanas que criam a seqüela do indivíduo ser um meio, não um fim, o Direito não poderia adotar o kantianismo absoluto, sobre pena de ser uma norma sem eficácia, afinal, ainda que vedasse tais fenômenos de despersonalização, eles continuariam ocorrendo.

Ao que tudo indica, o Direito prefere permitir o ser humano ser tratado como um meio frente algumas reiteradas condutas da sociedade do que validar a teoria kantiana absoluta, que consagra que o indivíduo sempre terá que ser um fim, nunca um meio. Com este seguimento ideológico normativo, automaticamente o Direito admite o risco de uma despersonalização que gera a consequência do indivíduo não mais poder ser um fim, tal como na morte pelo boxe.

É um risco admitido pelo ordenamento jurídico, ao que tudo indica.

Ainda assim, os valores advindos da teoria de Kant são poderosos, gerando impactos positivos para cada ente personalíssimo. Levando-se em consideração que o ser humano tem um valor, universal e intrínseco, não se poderia tolerar barbaridades contra sua existência, tal como a relativa ao comércio de órgão.

Enquanto efeito dominó, sempre que possível, deve a administração pública, em respeito ao ser humano, um ente que merece amplo respaldo jurídico, mitigar os possíveis danos em decorrência da despersonalização da personalidade, isto é, quando o indivíduo é tratado como um meio, não um fim, o poder público deve mitigar possíveis riscos para a existência do indivíduo.

Isto é devido pela influência do ideário kantiano, que eleva o ser humano ao centro do ordenamento jurídico ao tentar lhe conferir um tratamento com dignidade. Sobre os impactos das ideias de Kant, Emanuel Stobbe dispõe:

Existir como fim em si mesmo significa existir como fim (e não como um mero meio) em um Reino dos Fins, possuindo uma dignidade (e não apenas um preço).

Existir como fim em si mesmo é, assim, existir como um valor absoluto [absoluter Wert]. Para garantir tal valor absoluto, Kant relaciona a condição de fim em si mesmo à própria natureza racional [vernünftige Natur] do ser humano – enquanto sua humanidade, entendida em um sentido não antropológico (empírico), mas de uma Metafísica dos Costumes (racional). Tal natureza racional existe como fim em si mesmo, na medida em que, porque o ser humano possui razão prática, considerada sua vontade livre, autônoma, ele deve ser respeitado como fim em si mesmo – e, portanto, enquanto valor absoluto e consequentemente dotado de dignidade. Que o ser humano se entende como fim em si mesmo por meio de sua natureza racional, disso ele tira que todo ser racional (grupo do qual ele próprio faz parte) deve ser respeitado como fim em si mesmo.⁴³⁹

Com a teoria de Kant exaurindo seus jatos de efeitos, se tem a consequência imediata da preservação da existência do indivíduo, sempre que possível, ser um parâmetro de baliza à atuação da administração pública. Portanto, uma vez que existe o ser, de carne e osso, o poder público terá que lhe tratar com louvor, concretando sua existência através de medidas que lhe assegurem uma vida com a personalidade preservada.

Então, nos casos onde é permitida a tratativa do ser como um meio, deve a administração se guiar com políticas que mitiguem danos ao existencialismo do indivíduo quando o mesmo serve como meio, não como fim.

Gize-se que algumas práticas de despersonalização, ainda que respeitem algum dos requisitos acima, não são toleráveis pelo ordenamento jurídico, afinal são consideradas distantes do limite de tolerável pelo Estado.

No Brasil, o regime de governo é a democracia indireta, onde a vontade do povo é exercida através dos parlamentares eleitos, via sistema proporcional ou majoritário. Assim, no fundo, a administração pública, especialmente na zona legislativa, é mera representação do que é o povo. Enfim, o corpo estatal é um espelho da sociedade.

“Democracia representativa é aquela em que o povo, fonte primária do poder, elege representantes, periodicamente, para tomar as decisões políticas”, de acordo com Paulo Macedo.⁴⁴⁰ Em suma, em se tratando de democracia indireta ou representativa (adotada no Brasil), o legislativo é um espelho do que a sociedade é.

Partindo daí, se tem que pode existir alguma situação que coloque o ser humano como meio, porém tal fato é distante dos valores da sociedade, logo da administração pública, sendo, portanto, intolerável, ainda que respeite um ou mais requisitos para a

⁴³⁹ STOBBE, Emanuel Lanzini. Um debate sobre o conceito kantiano de "fim em si mesmo": Um conceito descritivo ou normativo. Estudos Kantianos, v. 5, n.1, 2017, p. 408. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/ek/article/view/7101/4567>. Acesso em: 09 fev. 2022.

⁴⁴⁰ MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira. Revista de Informação Legislativa, v. 45, n. 178, 2008, p. 183. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/rl/edicoes/45/178/rl_v45_n178_p181.pdf. Acesso em: 09 fev. 2022.

despersonalização da personalidade. É o caso, por exemplo, da alienação de um rim. Ainda que não coloque o indivíduo em uma posição eterna de ser um meio (sempre ser um objeto oneroso), é um fato que não é tolerável pela administração pública, que é mero espelho da sociedade.

Vive-se em uma era de pós-positivismo, que, consoante Barroso, é responsável pela aproximação do Direito com o fenômeno da ética, enfim, a administração pública não mais está imune aos valores da sociedade, em realidade é fortemente influenciável pelo que a sociedade define como certo e errado.⁴⁴¹

Justamente por isso, o fenômeno de colocar a pessoa como um meio nem sempre é admitido, porquanto em algumas modalidades se afasta da noção de certo ou errado que é definido pela sociedade, logo pela administração pública, ainda que respeite algum dos requisitos para se proceder com a despersonalização.

Exposto todo este contexto, retorna-se ao apontamento do fenômeno do tratamento de dados pessoais frente a virada kantiana.

Ao estabelecer um contrato eletrônico existencial, o indivíduo fica exposto ao seguinte tratamento: sua vida privada e não secreta é alvo de uma varredura, de tal modo que os dados são coletados para, então, serem armazenados e utilizados ou compartilhados, geralmente com indícios de aumento de receita líquida.

Justamente por tal cenário, Zygmunt Bauman descreve que está havendo uma transição ontológica na forma de como a pessoa, especialmente a figura do consumidor, se posiciona no cenário de livre concorrência e comércio; e, vale ressaltar, isto existe porque a pessoa está sendo a própria mercadoria com seus dados pessoais servindo de ativos econômicos para movimentação da indústria cujo combustível é o compartilhamento.⁴⁴²

Razão assiste ao autor acima. No momento em que o indivíduo estabelece um contrato eletrônico, há o seguinte efeito dominó: por seus dados pessoais serem rentáveis economicamente, o titular passa a ser um produto. Enfim, pós fornecer um click dizendo que “concorda com os termos e serviços”, termos típicos de qualquer contrato eletrônico existencial, o indivíduo torna-se uma mercadoria com seus dados pessoais sendo coletados para servir à indústria da intangibilidade.

Para Richter e Slowinski:

⁴⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 4, n. 15, 2001, p. 32. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 09 fev. 2022.

⁴⁴² BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

Access to data – understood as information stored in digital datasets – plays a major role for individuals’ well-being and societal development.⁴⁴³ Data can serve various purposes: It can be used by companies to optimize internal processes. Companies can provide data as part of specific products or services, or they can further analyze the data and use it to derive new knowledge. Especially within the last decade, higher data storage capacities, faster means of data transmission and more powerful computing performance have significantly advanced the possibilities of data-driven innovation. In today’s age of machine learning, significant innovation relies on huge amounts of training data and therefore on the availability of vast datasets.⁴⁴³

Indo além, os dados também são coletados nos contratos eletrônicos existenciais, servindo como meios para fins de empresários que atuam no ambiente digital, isto é, após o procedimento de coleta de informação do indivíduo que estabeleceu aquela espécie de negócio jurídico, os empresários os utilizam com fins econômicos, tal como para promover fomento de publicidade.

Reconhece, assim, o dado pessoal como pertencente a esfera da personalidade da pessoa e, ao mesmo tempo, como um bem econômico à indústria do compartilhamento. Há uma pista com duas vias, é isso. Na “ida” o dado pessoal representa o ser, entregando informações que lhe identificam ou que possam lhe identificar através de técnicas. Na “volta” o dado pessoal serve como um combustível à indústria do compartilhamento, especialmente porque serve para fomento de marketing e criação de tendências no mercado.

Neste caldo, Olivia Enriquez defende: “en la economía digital, la información se ha convertido en moneda de cambio: ha adquirido un valor elevado y permite que distintos modelos de negocio tengan su sustento en la misma”.⁴⁴⁴ O dado pessoal, enquanto uma informação, também se insere neste quadro. Isto porque, ao se saber informações íntimas e secretas do indivíduo, por exemplo, o mercado pode lhe direcionar um produto através da publicidade. É rentável e vantajoso ao que fornece, com habitualidade, organização e profissionalismo, serviço ou produto no mercado digital.

Ao estabelecer um contrato eletrônico existencial e fornecer o combo de dados pessoais, o indivíduo se assume como um produto para o mercado do compartilhamento digital, é isso.

Informações desde origem racial e genética até as relacionadas a vida sexual ou ao posicionamento político, com a aceitação “dos termos e das condições” dos contratos

⁴⁴³ RICHTER, Heiko; SLOWINSKI, Peter R. The Data Sharing Economy: On the Emergence of New Intermediaries. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, v. 50, n.1, 2019. Disponível em: 11 fev. 2022.

⁴⁴⁴ MENDOZA ENRIQUEZ, Olivia Andrea. Marco jurídico de la protección de datos personales en las empresas de servicios establecidas en México: desafíos y cumplimiento. *Rev. IUS*, v. 12, n. 41, 2018, p. 270. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v12n41/1870-2147-rius-12-41-267.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2022.

eletrônicos existenciais, são alvos do tratamento de dados, consistente na coleta, armazenamento, possíveis tratamentos e, finalmente, o compartilhamento.

É um ciclo que se repete. Primeiro o indivíduo estabelece um contrato no ambiente digital, e, pelo simples fato jurídico de clicar nos “termos e condições”, tem uma extensa e ágil varredura, por parte do empresário digital, no seu rol de informações, sejam elas sensíveis, não sensíveis, privadas ou não secretas.

Inclusive, a doutrina pondera:

A clickwrap é a uma nova ferramenta usada pelos contratantes [...] para estabelecimento de um contrato, o de natureza eletrônica. Trata-se de uma ferramenta não apenas com diferentes formas, tamanhos e cores, como também ineficiente para concretização da coleta, do armazenamento e do tratamento de dados pessoais (objeto secundário [...]). O contrato eletrônico, cujo objeto é o dado pessoal de consumidor, está com vício.⁴⁴⁵

As palavras acima se aplicam ao contrato eletrônico existencial, porquanto o indivíduo, ao concordar com os “termos e condições”, fica submisso a ser um produto com seu combo de dados servindo como ativos à indústria do compartilhamento. É, então, o fenômeno do indivíduo ser um produto com seus dados pessoais tendo valorações econômicas.

⁴⁴⁵ COUTO, José Henrique de Oliveira. Planos de existência e validade do negócio eletrônico para tratamento de dados pessoais de consumidores por empresários digitais: análise à luz da clickwrap. In: CALAZA, Tales; TAVARES, Viviane Ramone (Coords.). Direito civil 5.0: novas teses envolvendo direito e tecnologia. Uberlândia: LAECC, 2022, p. 217.

Capítulo IV: Contrato eletrônico existencial e proteção da pessoa: análise à luz da clickwrap

“Uma existência vivida inteiramente em público, na presença de outros, torna-se, como diríamos, superficial”. (Hannah Arendt)

“O espírito humano precisa prevalecer sobre a tecnologia”. (Albert Einstein)

1 Contrato eletrônico existencial

1.1 O dado pessoal enquanto objeto negocial versus a regulação da clickwrap para tutela da pessoa

Quando da celebração do contrato eletrônico existencial, o indivíduo torna-se um produto, afinal seus dados pessoais são coletados, armazenados e até mesmo compartilhados, especialmente para o fomento da economia 4.0. Justamente por isso, Zygmunt Bauman destaca que o indivíduo está sendo uma mercadoria, havendo uma alteração no quadro de consumo, consistente no fenômeno do indivíduo não apenas ser consumidor, mas também ser consumido.⁴⁴⁶

Razão assiste para Jeremy Rifkin quando defende que estamos na sociedade do compartilhamento, sendo os objetos intangíveis os motores de seu abastecimento.⁴⁴⁷ Inclusive, a todo momento os dados pessoais das pessoas estão sendo tratados, com fulcro no compartilhamento para criação de novas tendências no mercado ou fomento de publicidade.

José Couto, em doutrina de direito societário, descreve:

Partindo daí, temos que os empresários estão direcionando seus esforços para munirem-se com propriedades privadas intangíveis, afinal, por estarem inseridos em uma sociedade em rede, a informação torna-se fator-chave para o desenvolvimento da indústria e do mercado financeiro.⁴⁴⁸

O empresário que atua na internet, se valendo do consentimento presumido do indivíduo quando da celebração do contrato eletrônico existencial, possui o poder de fazer tratativa em dado pessoal do aceitante. Isto porque, conforme já exposto, vive-se em uma era

⁴⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

⁴⁴⁷ RIFKIN, Jeremy. Sociedade com Custo Marginal Zero. M.books, 2015.

⁴⁴⁸ COUTO, José Henrique de Oliveira. Resumo de teoria geral do direito empresarial, empresa e empresário. 1. ed. Uberlândia: Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados, 2022, p. 63.

onde a informação é fator-chave para o impulso tanto da sociedade do compartilhamento quanto da economia 4.0. Tendo mais dados, consegue o empresário fazer uma alocação mais racional de recursos, criar publicidades mais eficientes e lançar produtos ou serviços que atendam mais os interesses do corpo coletivo, o conglomerado de indivíduos.⁴⁴⁹

Na prática, baseando-se nos moldes de estruturação da sociedade, se tem que a maioria esmagadora de contratações eletrônicas são existenciais, tendo em vista que existem dados pessoais como objetos. Em termos mais nítidos, fazendo uma observação da realidade do Brasil, é uma regra quase absoluta que o contrato eletrônico contenha regras e princípios permitindo o tratamento de dados pessoais, de tal modo que, por isso, ganha a natureza de existencial.

Ana Rita comenta:

Chegamos agora ao núcleo central desta dissertação, que se prolonga pelos capítulos seguintes: a reflexão sobre a inserção de cláusulas contratuais gerais nos enunciados apresentados ao utilizador de um site de comércio eletrónico que manifeste a intenção de contratar. Normalmente, o utilizador aceita formar o contrato através de um click num botão virtual de aceitação, que implica a sua submissão aos termos do contrato. [...] Os terms of service agreements (TOS) e os click wrap agreements são as formas mais comuns de contratar na Internet. Estes são contratos celebrados exclusivamente “em linha”, numa loja virtual, onde o utilizador se limita a aderir aos termos que vão surgindo no ecrã.⁴⁵⁰

Tais matrizes são perfeitamente aplicáveis ao contrato eletrônico existencial, afinal, aqui, as cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo empresário, devendo o indivíduo se submeter a elas, não podendo discutir. Na relação de consumo isto está excessivamente presente, porquanto, para acessar um objeto ou um serviço, o consumidor terá que se submeter as regras e aos princípios estabelecidos unilateralmente pelo empresário que atua na internet.

⁴⁴⁹ Tal alocação, baseada no uso de informações de pessoas, é feita usando o business intelligence, principalmente. Angeloni e Reis até definem o Business Intelligence: “o conceito de Business Intelligence com o entendimento de que é Inteligência de Negócios ou Inteligência Empresarial compõe-se de um conjunto de metodologias de gestão implementadas através de ferramentas de software, cuja função é proporcionar ganhos nos processos decisórios gerenciais e da alta administração nas organizações, baseada na capacidade analítica das ferramentas que integram em um só lugar todas as informações necessárias ao processo decisório. Reforça-se que o objetivo do Business Intelligence é transformar dados em conhecimento, que suporta o processo decisório com o objetivo de gerar vantagens competitivas”. ANGELONI, Maria T.; REIS, Eduardo S. Business Intelligence como Tecnologia de Suporte a Definição de estratégias para melhoria da qualidade do ensino. Encontro Nacional de Pós Graduação em Administração, 2006.

⁴⁵⁰ OLIVEIRA, Ana Rita Simões de. A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais (em especial, nas transações realizadas via Internet) e outros desafios colocados pelo comércio eletrónico ao direito dos contratos. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 50. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/42817/1/Ana%20Rita%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2022.

Por derradeiro, ao estabelecer um contrato eletrônico existencial, o indivíduo fica sobre o poder e controle do empresário que atua no corpo digital, uma vez que não tem aptidão concreta para negociar o conteúdo, incluindo aquele sobre a sua própria vida privada. Por ocasião desta situação, Meryem Edderouassi destaca:

Toutefois, si la technique de l'acceptation par un simple clic est facile et ne présente aucune difficulté pour l'internaute, il n'en demeure pas moins que les risques d'une mauvaise manipulation de la souris ou le manque de maîtrise de la technologie sont susceptibles d'affaiblir la protection du cyber consommateur et de l'amener à s'engager sur un contrat qu'il ignore sa portée juridique.⁴⁵¹

Esteja o sujeito na figura do consumidor ou não, pelo fato do contrato eletrônico existencial ser celebrado, em regra, através da aceitação dos “termos e condições”, em razão da clickwrap agreements, automaticamente o empresário digital terá a liberdade para realizar um completo e complexo tratamento nos dados pessoais, tais como: a) poderá coletar o e-mail, o telefone, os comentários, outras aquisições financeiras, futuras intenções com base em anotações, endereço, nome, sobrenome e apelido, pessoas próximas, número do CPF, data de aniversário, possíveis preferências; b) poderá armazenar em banco de dados, com fulcro em uma futura utilização onerosa; c) poderá alienar os dados pessoais para terceiros ou até mesmo fazer uma possível doação; d) pode fazer combinações de diversos dados para fomento de publicidade, marketing, bem como inovações no mercado.

Em se tratando de contrato eletrônico existencial, o indivíduo, como regra, faz uma declaração de vontade viciada, afinal adota-se uma teoria de consentimento presumido, conforme já verificado. Isto porque, o indivíduo almeja, no mais das vezes, adquirir um serviço ou um produto, logo é este o objeto a ser alcançado. Mas, pela não proibição do consentimento presumido, acaba o empresário digital conseguindo o poder para coletar os dados pessoais do indivíduo que celebrou tal espécie contratual, afinal o mesmo, através de gestos, deu repetitivos cliques.

Jonathan Obar tem o seguinte entendimento:

Consent is fundamental to legal approaches to privacy online (Federal Trade Commission [FTC], 1998). Across international contexts (i.e., United States, Canada, the European Union [EU], and elsewhere) where privacy laws are designed based on Fair Information Practice Principles (FIPPs), lawful data management practices are defined, in most cases, as those to which users have consented. This generally involves data management practices associated with data collection, organization, use, retention, and disclosure. There are exceptions unique to extreme

⁴⁵¹ EDDEROUASSI, Meryem. Le contrat électronique International. Droit. Université Grenoble Alpes, 2017, p. 196.

legal scenarios, such as disclosure practices involving law enforcement, but for the most part, consent is a “cornerstone” of privacy law modeled on the FIPPs (see Office of the Privacy Commissioner of Canada [OPC], 2016). What complicates this reality is the extent to which users are able to provide consent and the forms of consent delivered. [...] The clickwrap is a digital prompt that enables the user to provide or withhold their consent to a policy or set of policies by clicking a button, checking a box, or completing some other digitally mediated action suggesting “I agree” or “I don’t agree”. [...] The legal literature addressing clickwraps suggests that in combination with the availability of full policies elsewhere on the site or app, clickwraps facilitate an “adhesion contract”. An adhesion contract is presented to individuals in a take-it-or-leave-it manner. [...] What is clear is that as a political economic mechanism, the clickwrap benefits corporate interests motivated to maintain the status quo while failing to deliver digital privacy and reputation protections associated with meaningful engagement in consent processes.⁴⁵²

Não é porque a clickwrap agreements, uma característica do contrato eletrônico existencial, é utilizada em larga escala que não deve ficar imune aos planos de existência e validade da tábua axiomática privada, o Código Realense. Ora, partindo-se da concepção de que o ser, com seu consentimento, ambiciona um produto ou um serviço, não que seu dado pessoal seja um objeto secundário ou primário do negócio, há um defeito na escada ponteana.

Falta-se o consentimento válido e livre de vício para o empresário tratar o dado pessoal do indivíduo, é isso. É que a pessoa, quando da celebração do contrato eletrônico existencial, quer sanar alguma dificuldade em sua vida particular ou social, não colocar sua vida privada como um palco de espetáculo, logo colocando seu combo de informações personalíssimas como objetos do instrumento negocial.

Neste contexto é que o pensamento de Obar merece ser aplaudido. Clickwrap agreements é o mecanismo do contrato eletrônico existencial para a concretização do consentimento presumido, representando interesses corporativos e falhando na tutela da intimidade, privacidade e proteção de dados pessoais.

É de bom tom enfatizar que o contrato eletrônico existencial não representa um consentimento livre de vícios, mas sim uma declaração de vontade com defeito. Conforme já verificado, quando da sua celebração, a pessoa está com uma intenção direcionada para um sentido, não para o sentido de experimentar sua vida privada sendo exposta ao fenômeno de mercantilização. Por isso, trata-se de mecanismo que representa o interesse empresarial, no fundo.

Além do mais, tal mecanismo do contrato eletrônico existencial é falho no que tange a proteção aos dados pessoais. Pelo simples clique, há a presunção de que o indivíduo consente

⁴⁵² OBAR, Jonathan A; OELDORF-HIRSCH, Anne. The Clickwrap: A Political Economic Mechanism for Manufacturing Consent on Social Media. *Social Media + Society*, v. 4, n. 3, 2018, p. 01-14. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2056305118784770>. Acesso em: 05 mar. 2022.

para seu rol de dados pessoais sejam tratados, sejam sendo coletados, armazenados ou compartilhados. À doutrina alemã: “Dabei werden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem potentiellen Vertragspartner im Fenster, in dem der Vertragsabschluss erfolgen soll, angezeigt und können durch einen Klick angenommen werden”.⁴⁵³ Ainda assim, não se pode perder de vista que na contratação eletrônica existe o vício do consentimento, consistente na falha do que o indivíduo quer com o que ocorre na realidade.

Em suma, o contrato eletrônico existencial tem como objeto a informação da pessoa. Não é porque tem esta natureza existencial que, na prática, a pessoa ficará imune aos efeitos das cláusulas contratuais. Em realidade, o que se observa é uma clickwrap, instrumento típico de tal espécie contratual, que é responsável pelo ser humano passar a ter seu rol de dados pessoais tratados, principalmente para destinações econômicas.

O contrato eletrônico existencial tem um aspecto de adesão, sendo apenas uma parte (empresário) que estabelece as regras e os princípios contratuais. É comum tal contrato possuir características que se afastem do respeito à proteção de dados pessoais. Para piorar este cenário, como ponderam Anna Ramos e Héctor Valverde, as regras se distanciam da trilha do respeito à proteção de dados, especialmente por dois fatores: primeiro, o tempo necessário para ler as cláusulas é grande; segundo, as cláusulas são difíceis de interpretação, sendo lidas e compreendidas por aqueles com mais acesso a educação superior.⁴⁵⁴

Quando do estabelecimento do contrato eletrônico existencial, se tem que o indivíduo tem seu rol de dados pessoais livres para o empresário digital coletar, armazenar e compartilhar. É um efeito dominó não apenas por tal instrumento ser adesivo, como também pelas regras serem difíceis de interpretação racional e serem longas para uma leitura eficiente. E, indo além, também existe tal cenário porque há a clickwrap agreements, de tal modo que a pessoa, por fornecer seu consentimento presumido, gera a permissão para o empresário lhe tratar como um objeto, um meio, não como uma pessoa, um fim.

“A simples atitude de clicar em uma caixa de diálogo e aceitar os Termos de Prestação de Serviços e a Política de Privacidade evidentemente não é algo que possa afirmar pela

⁴⁵³ BOSS, Carina. Verbraucher- und Datenschutz bei Online-Versanddiensten: Automatisierte Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit durch ein Browser-Add-on. Kassel University, 2015, p. 55.

⁴⁵⁴ RAMOS, Anna Luíza Salles; SANTANNA, Héctor Valverde. A efetividade do direito à informação adequada em relação aos termos de uso e serviço e políticas de privacidade. Revista de Direito do Consumidor, v. 134, n. 30, 2021, p. 181. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017f66f51c19e8fb064d&docguid=I9bb9f33099b411eb83ace7cb388538aa&hitguid=I9bb9f33099b411eb83ace7cb388538aa&spos=3&epos=3&td=18&context=29&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 mar. 2022.

concessão do consentimento”, consoante Divino.⁴⁵⁵ De fato, existe um consentimento presumido para o tratamento de dados pessoais, afinal o indivíduo, ao estabelecer o contrato eletrônico existencial, ambiciona adquirir um objeto patrimonial, porém, em decorrência das frágeis políticas de privacidade, acaba por sofrer um tratamento de dados.

À doutrina:

Em outras palavras, Point and click e click wrap são espécies de contratos, celebrados em meio eletrônico, por meio dos quais uma das partes assume o cumprimento de uma prestação tão logo acione ("clica") o botão que gera a aceitação ("de acordo"). [...] O que se quer ressaltar é a demonstração de que os elementos presentes no point and click agreement e no click and wrap agreement se amoldam perfeitamente ao elenco de requisitos essenciais dos contratos.⁴⁵⁶

Não se concorda com o referido posicionamento, especialmente quando se trata a questão do consentimento frente ao tratamento de dados pessoais no contrato eletrônico existencial. É que a pessoa está ambicionando adquirir um objeto de conteúdo patrimonial, em regra, não ter sua vida privada e íntima expostas ao tratamento de dados, porém não importará porque se aceitou a clickwrap agreements, tida pela lei como expressão máxima de vontade, respeitadora de toda a estrutura ponteana.

Em concretos termos, o indivíduo celebra um contrato eletrônico existencial, mas pela clickwrap e suas frágeis políticas de privacidade acaba virando um objeto com seu rol de dados pessoais sendo tratados. Este fato jurídico se deve, importante citar, porque houve um consentimento presumido, expressado pela clickwrap.

Allyson Haynes firma o entendimento: “Like other online agreements, privacy policies are more likely to bind consumers if they are entered into via “clickwrap”.”⁴⁵⁷ Não só o consumidor, como também qualquer indivíduo que estabelece um contrato eletrônico existencial pela clickwrap agreements. Uma verdade é quase que absoluta: ao fornecer o consentimento presumido, resta-se o indivíduo com uma violação na sua esfera de

⁴⁵⁵ DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Reflexões céticas, principiológicas e econômicas sobre o consentimento necessário à coleta e tratamento de dados. *Derecho PUCP*, n. 83, 2019, p. 606. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/21471/21905/>. Acesso em: 07 mar. 2022.

⁴⁵⁶ NETO, Antonio Rulli. O comércio eletrônico e as novas formas contratuais: point and click agreement e click and wrap agreement. *Revista De Direito do Consumidor*, v. 105, 2016, p. 66-70. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017f670f1ca67f4eea6a&docguid=Ibcef98502d6e11e6aba2010000000000&hitguid=Ibcef98502d6e11e6aba2010000000000&spos=8&epos=8&td=18&context=124&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 mar. 2022.

⁴⁵⁷ HAYNES, Allyson W. Online privacy policies: contracting away control over personal information?. *Penn State Law Review*, Vol. 111, No. 3, 2007, p. 589.

personalidade, porque o empresário digital realizará um tratamento de dados pessoais, afinal houve a concordância dos “termos e condições” – consentimento presumido.

E isto se deve, principalmente, graças ao clickwrap representar, por força de lei e não da verdadeira declaração de vontade, um consentimento do indivíduo com todos os “termos e condições” do negócio jurídico eletrônico existencial. Há a presunção de consentimento até mesmo para o empresário digital tratar os dados pessoais do humano, independente se o mesmo ignorava ou não a cláusula ou as cláusulas que permite (iam) tal(tais) cenário(s) de tratamento(s).

Em linha de entendimento semelhante, Velázquez Gardeta argumenta:

Las cláusulas clickwrap (véase una definición en Specht vs. Netscape) y browsewrap agreements responden a una mecánica de funcionamiento muy extendida y que en ocasiones no ofrece las suficientes garantías para una aceptación consciente de todos los compromisos contractuales. [...] Así, por ejemplo, en el caso de los contratos, la emisión del consentimiento a través de cláusulas del tipo clickwrap agreement y la dificultad de comprensión de los compromisos contractuales dada la necesidad de avanzar por enlaces (links) a otras páginas web a las que se remite el contrato pueden evidenciar una situación de indefensión en la parte contratante más débil que hay que evitar.⁴⁵⁸

O contrato eletrônico existencial, cujo objeto basilar é o dado pessoal, tem uma relação fraca com o elemento volitivo, pois a clickwrap, na realidade ontológica, não representa o consentimento cristalino e livre de vícios. Não importa, ainda assim, pois a clickwrap faz parte do consentimento presumido, motivo pelo qual o empresário digital tem liberdade contratual para coletar, armazenar e compartilhar os dados pessoais.

Há uma relação de vício no “consentimento” do contrato eletrônico existencial e a clickwrap agreements. Jonathan Obar e Oeldorf-Hirsch entendem que tal vício é visto em três problemáticas: i) clickwrap não gera um conhecimento sólido para o indivíduo sobre as etapas de consentimento; ii) clickwrap, em que pese ser aceita como fenômeno à celebração contratual, não valoriza a declaração volitiva; iii) clickwrap não incentiva a busca pela sabedoria das cláusulas contratuais, logo desencoraja o consentimento poderoso.⁴⁵⁹

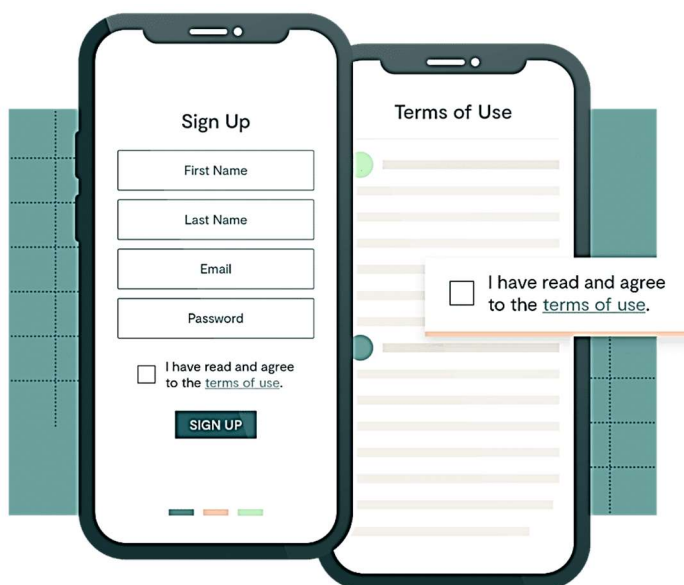
Enfim, gize-se que o contrato eletrônico existencial tem como objeto primordial o rol de dados pessoais, de tal modo que sem tal objeto não há de cogitar na natureza existencial. E, indo além, nesta espécie de contratação o titular fica hipervulnerável pelo seu consentimento,

⁴⁵⁸ GARDETA, Juan M. Velásquez. Nuevos Retos Jurídicos Planteados por las relaciones de consumo online. Revista de Direito do Consumidor, v. 84, 2012.

⁴⁵⁹ OBAR, Jonathan A; OELDFORF-HIRSCH, Anne. The Clickwrap: A Political Economic Mechanism for Manufacturing Consent on Social Media. Social Media + Society, v. 4, n. 3, 2018, p. 01-14. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2056305118784770>. Acesso em: 08 mar. 2022.

fornecido pela clickwrap, ser presumida, não real ou concreta. Esta é a regra. Ao concordar com os termos e condições, onde tem cláusula que permite o tratamento de dado pessoal, automaticamente o indivíduo passa a ter sua personalidade exposta ao fenômeno de visibilidade tratativa pelo empresário.

É neste contexto que se insere a necessidade de regulação da clickwrap. Frente ao tratamento de dados pessoais em decorrência da contratação eletrônica existencial deve-se haver um tratamento normativo para a clickwrap.



Fonte: What Is a Clickwrap Agreement?. Ironclad

O exemplo acima, retirado do portal Ironclad, retrata bem como é, hodiernamente, a clickwrap do contrato eletrônico e, por analogia, do contrato eletrônico existencial.

O indivíduo faz uma conta, colocando diversificados dados pessoais, dentre eles: i) nome, sobrenome, apelido (geralmente é opcional); ii) endereço de uma ou mais residências; iii) número de telefone celular ou caseiro; iv) endereço eletrônico; v) senha (aliás, em se tratando de senhas, diversas pessoas utilizam as mesmas senhas para inúmeros sistemas digitais, como a mesma senha de um banco para acessar um facebook); vi) número do cartão de crédito, número de segurança e nome do titular (com tais dados, já é possível identificar se a pessoa é de classe rica, por exemplo).

Munido de tais dados preenchidos, no mais das vezes até obrigatórios para a celebração de uma aquisição financeira ou gratuita, há aptidão concreta para negociar. Porém, quando do estabelecimento do referido pacto existe a famosa frase “i have read and agree to

the terms of use”, também conhecida como “concordo com os termos e condições”, “aceito as condições e as regras”, enfim, diversas são as nomenclaturas.

Porém, para celebrar o contrato eletrônico faz-se necessário o indivíduo aceitar tais “termos e condições”. Em termos concretos, para que o contrato eletrônico exista e tenha validade, em regra, necessário é declarar o consentimento, que é presumido, através da clickwrap, que é a caixa a ser marcada.

Sobre tais caixas retangulares, que simbolizam a clickwrap, José Couto e Luciana Zacharias sacramentam que elas “são marcadas com cliques do mouse enquanto forma de aceitação ou não de um contrato em um negócio jurídico eletrônico. Além disso, a checkbox poderá assumir diversos formatos, tal como oval, retangular ou redondo”.⁴⁶⁰ Indo até além, tais caixas podem ser marcadas pelo touch screen, o que não descaracteriza uma clickwrap.

Para aceitar os “termos e as condições” o indivíduo deve, através de seu mouse ou touch screen, fornecer a declaração de vontade presumida. Logo, há o uso da caixa retangular, que pode ser de diversos formatos e cores, para manifestar o interno (vontade subjetiva) e o externo (declaração objetiva e concreta da vontade).

É neste cenário que, com frequência, se inaugura o contrato eletrônico existencial, porquanto nessas espécies contratuais os “termos e condições” ultrapassam o aspecto patrimonial, repousando também no âmbito extrapatrimonial, especificamente com as cláusulas que permitem o tratamento de dados.

Rosane Leal da Silva firma o entendimento de que a pessoa:

Ingressa no site organizado pela empresa (que tanto pode ter estabelecimento físico ou somente realizar contratações virtuais), interage com os produtos e serviços disponíveis (usualmente descritos no site e com recursos para a visualização de suas especificidades) e, em caso de interesse na efetivação do contrato, elege a forma de pagamento e disponibiliza os dados pessoais e bancários para a consumação da operação.⁴⁶¹

Para a celebração de um contrato eletrônico existencial se faz necessária a aceitação presumida de aderência ao combo de direitos e deveres, o que gera, enquanto consequência, a aptidão concreta do empresário digital tratar os dados pessoais daquele; e isto, é claro, é quando ter cláusulas neste sentido.

⁴⁶⁰ COUTO, José Henrique de Oliveira; COELHO, Luciana Zacharias Gomes Ferreira. A monitoração eletrônica e o silêncio do consumidor como manifestação de recusa na coleta de dados pessoais. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 10, 2021.

⁴⁶¹ SILVA, Rosane Leal da. Contratos eletrônicos e a proteção de dados pessoais do consumidor: diálogo de fontes entre o código de defesa do consumidor e o marco civil da internet. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, v. 2, n. 1, 2016, p. 78. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/805>. Acesso em: 10 mar. 2022.

É o conjunto de dados pessoais (v.g. e-mail, telefone, nome e apelido, gostos, preferências e tendências, endereço, profissão, números de documentos de identidade, principalmente o CPF e o RG) que faz o contrato ser eletrônico existencial. Tendo a possibilidade, por parte do empresário digital, de fazer o tratamento de um ou mais dados pessoais, sejam eles sensíveis ou não, secretos ou não, há uma contratação eletrônica existencial.

À doutrina: “Los contratos de clickwrap son consensuales y, por tanto, bastará con la coincidencia de voluntades para su perfección. La forma es, entonces, libre. Lo único será que en estos casos el contrato deberá ser probado por medios alternativos al papel y a la firma”.⁴⁶² Entretanto, observando mais afundo o que é a clickwrap e como ela se posiciona junto com o contrato eletrônico existencial, perceptível é que ela não necessariamente representa uma verdadeira concordância com os “termos e condições”. Com frequência, a pessoa ambiciona ter domínio em um bem ou em um serviço, entretanto, pelo fato jurídico de fornecer uma série de cliques, acaba se tornando um objeto com suas informações particulares sendo tratadas.

Desvirtua-se a declaração volitiva, é isso.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais destaca em seu art. 7, I, que o tratamento de dados pessoais requer um consentimento; e, indo além, o artigo oitavo pondera que é necessário, para aquilo, um consentimento sem estar viciado, logo sem ignorância, erro, dolo, coação física ou moral.

O que se observa quando da celebração do contrato eletrônico existencial é um desrespeito a ambos artigos (7, I, e 8), pois o indivíduo, no mais das vezes, está fornecendo sua vontade livre de vícios para se munir com um produto ou fazer uso dum serviço, não ter informações de sua personalidade sendo alvos de tratamentos.

Para tratamento de dado, Bruno Miragem, banhando-se na LGPD, comenta:

São requisitos substanciais os que digam respeito à qualidade do consentimento. Conhecimento e compreensão por aquele de quem se requer o consentimento são elementos essenciais para sua configuração. Daí o sentido de que se trate de uma manifestação de vontade livre – significa dizer, isenta de pressões ou ameaças diretas ou indiretas que contaminem a decisão [...]. Exige-se também que seja uma manifestação de vontade informada. [...] Por fim, a lei define que a manifestação deve ser inequívoca. Assume o sentido de que o consentimento, quando expresso

⁴⁶² NAVAS, Adriana Acuña; ESQUIVEL, Eugenio Cordero. Los contratos de shrinkwrap, clickwrap y browwrap: Un enfoque desde la perspectiva del Derecho del Consumidor. Universidad de Costa Rica, 2014, p. 117. Disponível em: <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Los-contratos-de-shrinkwrap-clickwrap-y-browwrap-Un-enfoque-desde-la-perspectiva-del-Derecho-del-Consumidor.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

[...], deve ser compreendido por ele como tal. Visa-se impedir a manipulação da vontade daquele do titular dos dados.⁴⁶³

Na prática, a clickwrap da contratação eletrônica existencial desencontra os quatro pilares do consentimento para tratamento de dados, que são: vontade deve ser informada, inequívoca, pura e consciente. É que o sapiens está buscando um rumo, porém seu consentimento presumido gera a aptidão concreta do empresário de lhe tolher informações do campo da personalidade.

Fornecendo o click ou aceitando os termos e condições, dados desde gostos, vontades, preferências até aqueles que dizem respeito ao âmbito secreto, que não tem interesse público, estão sujeitos ao tratamento. Um dado pessoal revela um conteúdo, um fato ou um evento de uma pessoa. É uma informação que está atrelada a personalidade. Sendo assim, o dado pessoal, por ser coletado em contratação existencial eletrônica, faz com que o empresário digital tenha uma sabedoria mais plena sobre a pessoa.

É nesta trajetória que se deve prezar pela valorização de que a liberdade e a responsabilidade são inseparáveis. Ora, após estabelecer a contratação eletrônica de natureza existencial, o indivíduo ficará sobre o “microscópio” do que está com suas informações, o empresário digital ou terceiros que fizerem posse ou terem a propriedade. Terá que ter o empresário, então, uma responsabilidade elevada, afinal é a vida privada de uma pessoa que está sofrendo tratativa, não uma coisa qualquer.

Verbicado e Martins, inclusive, entendem que existe um impasse à pessoa em decorrência da nova forma de contratar no ambiente online, qual seja: por ser um negócio de adesão, onde as cláusulas são elaboradas unilateralmente, o indivíduo terá que aceitar, ou não, para adquirir um produto ou um serviço, não tendo o poder-escolha de refazer ou discutir um conteúdo; e é por este cenário que existe uma violação ao sistema de proteção de dados, afinal a clickwrap é tida como um consentimento expresso e cristalizado de todos os termos e condições (incluindo aqueles que permitem a despersonalização da personalidade), o que, como já se observou, não corresponde à verdade absoluta.⁴⁶⁴

⁴⁶³ MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados pessoais (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. Revista dos Tribunais, v. 1009, 2019, p. 191-192. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017f722ee6c4d3d1e0c0&docguid=I15a84330d0a911e991f7010000000000&hitguid=I15a84330d0a911e991f7010000000000&spos=2&epos=2&td=4000&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁴⁶⁴ VERBICADO, Dennis; MARTINS, Ana Paula Pereira. A contratação eletrônica de aplicativos virtuais no Brasil e a nova dimensão da privacidade do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 116, 2018, p. 372. Disponível em:

A consequência imediata deste cenário é visível na proteção de dados pessoais. Informações personalíssimas sensíveis e não, em uma ótica de análise do caso concreto, conforme já se verificou no capítulo III, se tornam objetos valiosos. Sejam dados genéticos, biométricos, de saúde ou financeiros ou simples e-mail's, telefones e endereços, pelo fato de ter utilizado da clickwrap, típico da contratação eletrônica existencial, o indivíduo fica exposto ao fenômeno de tratamento de dados pessoais.

Guilherme Magalhães Martins leciona que “os dados pessoais se destacam cada vez mais como um ativo na economia da informação, com a inteligência gerada pela ciência mercadológica”.⁴⁶⁵ Esta logística é aplicável na contratação eletrônica existencial. Isto é fácil de notar, bastando uma análise de como a “concordância com os termos e condições” vai muito além da aquisição de um objeto ou de um serviço, repousando também na esfera da vida privada.

Quando da celebração do contrato eletrônico existencial o indivíduo fica exposto ao fenômeno de ser um objeto, porque seus dados pessoais poderão ser tratados pelo empresário que atua na internet. Por força não do consentimento e sim de outros elementos, como as frágeis políticas da privacidade e a ausência de uma regulamentação, o evento do clique gera a permissão do empresário de tratar os dados pessoais do aceitante.

Em submarino.com.br, para adquirir produto ou um serviço é necessário fazer a cessão, através da clickwrap, de alguns dados pessoais, dentre eles: “nome, CPF, endereço, e-mail e data de nascimento”.⁴⁶⁶

Consultando a sessão de política e privacidade da submarino.com.br, tem o seguinte tópico: “por que solicitamos seus dados pessoais?”. Nele constam que tais dados são

<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017f724ad1d15195b485&docguid=Ica4b4970396211e8b422010000000000&hitguid=Ica4b4970396211e8b422010000000000&spos=7&epos=7&td=18&context=121&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁴⁶⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. A lei geral de proteção de dados pessoais (Lei 13.709/2018) e a sua principiologia. Revista dos Tribunais, v. 1027, 2021, p. 206. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017f740f21f022389539&docguid=I12030af0aa3511eb9991d2e7d2bebf9&hitguid=I12030af0aa3511eb9991d2e7d2bebf9&spos=14&epos=14&td=4000&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁴⁶⁶ MILAGRES, Marcelo de Oliveira; GONÇALVES, Thatiane Rabelo. A despersonalização na contratação eletrônica: a realidade dos contratos de fato. Revista de Direito do Consumidor, v. 117, 2018, p. 492. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017f742c59912270a789&docguid=I2390059060ad11e89352010000000000&hitguid=I2390059060ad11e89352010000000000&spos=7&epos=7&td=9&context=145&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 mar. 2022.

coletados para os seguintes tratamentos: “· entregar os produtos adquiridos ou o serviço contratado; · otimizar sua interação conosco; · garantir a segurança do site, de seu aplicativo e dos dados que processa; · informar o Cliente sobre as ofertas e divulgar os nossos serviços; · cumprir obrigações legais; · fins administrativos e de gestão. O fornecimento dos dados permite: · entregar os produtos ou serviços adquiridos; · realizar o processo de troca ou devolução de produtos, dentro do prazo estabelecido pelo CDC (Código de Defesa do Consumidor); · enviar atualizações sobre o status do pedido e comunicações de serviços; · enviar brindes ou oferecer benefícios; · coordenar com parceiros a entrega ou disponibilização de serviços; · prestar serviços adequados às necessidades do Cliente; · melhorar a experiência de compra dos clientes no Submarino; · fazer análises e pesquisas de mercado; · manter o Cliente informado sobre os produtos e serviços que oferecemos; · executar publicidade online direcionada; · prevenir, detectar e investigar atividades que estejam em desacordo com o nosso Código de Conduta ou que sejam proibidas ou ilegais; · melhorar nosso website, produtos e serviços.”⁴⁶⁷

É um exemplo de contratação eletrônica existencial. Existem diversas outras.

Na amazon.com.br, tal cenário se repete, porque, para celebração desta espécie de contratação, o indivíduo terá os seguintes dados coletados: “o endereço do protocolo de internet (IP) usado para conectar o seu computador à internet; login, endereço de e-mail, e senha; a localização de seu dispositivo ou computador; informações de interação com o conteúdo como, por exemplo, downloads de conteúdo, streams, dados de reprodução, incluindo duração e número de streams e downloads simultâneos, e dados de rede para qualidade de streaming e download, incluindo informações sobre seu provedor de serviço de internet; métricas de dispositivos como quando o dispositivo está em uso, uso de aplicativos, dados de conectividade e quaisquer erros ou eventos de falha; métricas de Serviços da Amazon (por exemplo, ocorrências de erros técnicos, suas interações com recursos e conteúdos de serviços, suas preferências de configuração e informações de backup, localização de um dispositivo com aplicativo aberto, informações sobre imagens e arquivos carregados, tais como nome do arquivo, datas, horários e localização de suas imagens); configurações de versões e fusos horários; histórico de uso conteúdo e de compras, que algumas vezes agregamos a informações similares de outros clientes para criar recursos como Mais vendidos; o clickstream (fluxo de cliques) completo de URLs (Uniform Resource Locators) para, através e a partir do nosso web site incluindo data e horário; produtos e

⁴⁶⁷ Para mais informações, ver o seguinte: <https://www.submarino.com.br/landingpage/politica-de-privacidade>. Acesso em: 10 mar. 2022.

conteúdos visualizados ou buscados por você; tempos de resposta de páginas, erros de download, tempo de visita em certas páginas e informações de interação com a página (como rolagens, cliques e movimentos do mouse); e números de telefone usados para ligar para o número do nosso Serviço de Atendimento ao Cliente”.⁴⁶⁸

Piorando tal cenário, veja-se que a Amazon usa os dados das pessoas para as seguintes operações:

- a) “Compra e entrega de produtos e serviços: Usamos suas informações pessoais para receber e organizar pedidos, entregar produtos e serviços, processar pagamentos e nos comunicar com você sobre pedidos, produtos, serviços e ofertas promocionais”.
- b) “Fornecimento, correção e melhoria de Serviços da Amazon: Usamos suas informações pessoais para oferecer funcionalidades, analisar desempenhos, corrigir erros e melhorar a usabilidade e a efetividade dos Serviços da Amazon”.
- c) “Recomendações e personalização: Usamos suas informações pessoais para recomendar funcionalidades/recursos, produtos e serviços que podem ser de seu interesse, identificar suas preferências, e personalizar sua experiência com os Serviços da Amazon”.
- d) “Serviços de voz, imagem e câmera: Quando você usa nossos serviços de voz, imagem ou câmera, processamos os dados de sua voz, imagem, vídeos e outras informações pessoais para responder às suas dúvidas, prestar os serviços solicitados para você e melhorar nossos serviços”.
- e) “Cumprimento de obrigações legais: Em alguns casos, coletamos e usamos suas informações pessoais para cumprir com leis. Por exemplo, coletamos de vendedores informações sobre o local do estabelecimento e as informações da conta bancária para verificação de identidade e outros fins”.
- f) “Comunicação com você: Usamos suas informações pessoais para nos comunicarmos com você com relação aos Serviços da Amazon por diferentes canais (por exemplo, telefone, e-mail, chat)”.
- g) “Publicidade: Usamos suas informações pessoais para exibir anúncios baseados em interesses sobre recursos, produtos e serviços que possam ser do seu interesse.

⁴⁶⁸ Ver mais sobre a política de privacidade em: <https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909010>. Acesso em: 10 mar. 2022.

Nós não usamos informações que identificam você diretamente para mostrar anúncios baseados em interesse”.

- h) “Prevenção de fraude e riscos de crédito: Tratamos informações pessoais para impedir e detectar fraude e abuso a fim de proteger a segurança de nossos clientes, da Amazon e de terceiros. Também podemos usar métodos de score/avaliação para avaliar e administrar os riscos de crédito”.
- i) “Finalidades para as quais pedimos seu consentimento. Também podemos pedir o seu consentimento para tratar suas informações pessoais para uma finalidade específica que comunicarmos a você. Quando você concorda com o tratamento de suas informações pessoais para uma finalidade específica, você pode revogar o seu consentimento a qualquer momento e nós pararemos de tratar seus dados para essa finalidade específica”.

Como se não bastasse, ainda há a possibilidade de o indivíduo ter seu rol de dados pessoais tratados pelo empresário digital que está lhe fornecendo diretamente o contrato eletrônico de natureza existencial. Neste caso, além da plataforma digital, como Amazon e submarino, o empresário digital que usa daquela também terá a aptidão de fazer uma série de tratamento nos dados pessoais, especialmente as que versem sobre reprodução, compartilhamento, monitoramento, coleta, difusão e processamento.

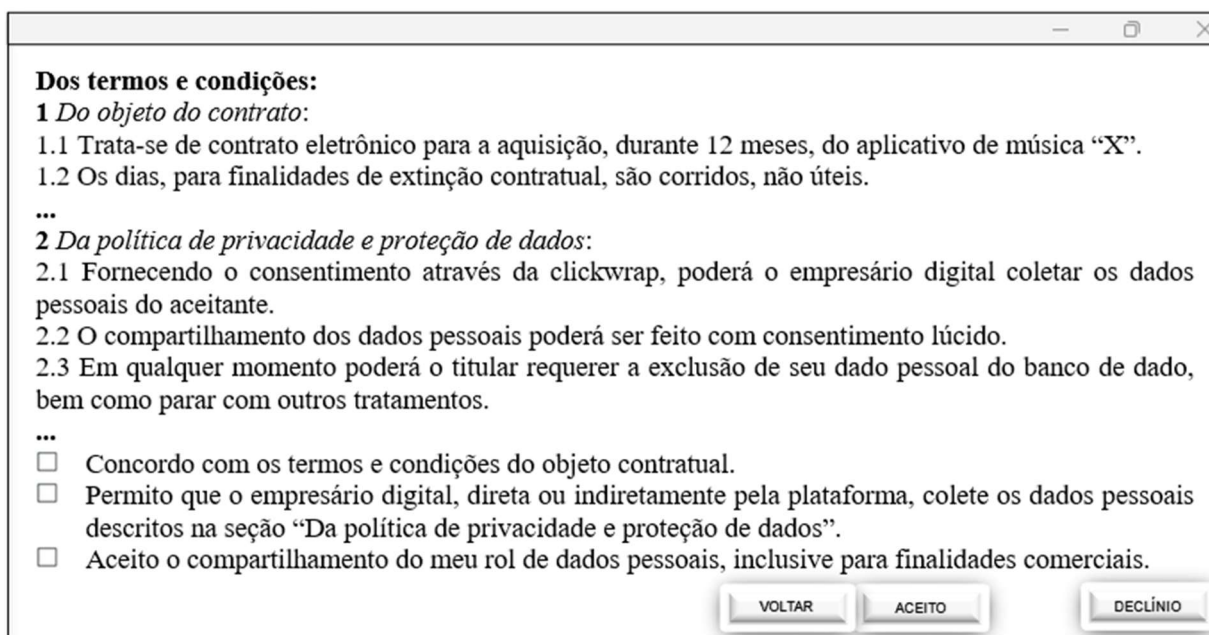
“Nesta roda viva tecnológica dos dados pessoais, tecnologias cada vez mais invasivas são utilizadas para extrair e analisar padrões de comportamentos online e estas informações passam a constituir a base de diversas atividades empresariais”, segundo Jordan Oliveira e Lorena Abbas.⁴⁶⁹ É a mesma lógica para a contratação eletrônica existencial, cuja tecnologia de clickwrap permite ao empresário digital ter, com facilidade, não apenas o acesso aos dados pessoais do aceitante, como também a disponibilidade para tratá-los.

O dado pessoal é um objeto do contrato eletrônico existencial, podendo ser tratado quando da celebração do negócio eletrônico com natureza existencial. Isto porque, para a esfera jurídica, o simples fato de o indivíduo fornecer repetitivos cliques gera a presunção de aceitação efetiva com todas as regras e princípios, o que, observando a realidade, vai contra a realidade, onde, muitas das vezes, sequer há consciência sobre um extenso tratamento nas informações privadas.

⁴⁶⁹ OLIVEIRA, Jordan Vinícius de; SILVA, Lorena Abbas da. Cookies de navegador e história da internet: desafios à lei brasileira de proteção de dados pessoais. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 22, n. 36, 2018, p. 313. Disponível em: <https://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2767>. Acesso em: 11 mar. 2022.

Frente a tal cenário é que se deve prezar pela regulamentação jurídica da clickwrap, afinal é um instrumento que vai em desencontro com a trilha de valoração do indivíduo pelo seu direito fundamental à proteção de dados pessoais, inclusive com sede no tecido constitucional.

Vejamos abaixo um modelo de clickwrap regulamentada, que deveria ser intrínseca ao contrato eletrônico existencial, e que auxiliaria na proteção do rol de dados pessoais.



Dos termos e condições:

1 Do objeto do contrato:

1.1 Trata-se de contrato eletrônico para a aquisição, durante 12 meses, do aplicativo de música “X”.

1.2 Os dias, para finalidades de extinção contratual, são corridos, não úteis.

...

2 Da política de privacidade e proteção de dados:

2.1 Fornecendo o consentimento através da clickwrap, poderá o empresário digital coletar os dados pessoais do aceitante.

2.2 O compartilhamento dos dados pessoais poderá ser feito com consentimento lúcido.

2.3 Em qualquer momento poderá o titular requerer a exclusão de seu dado pessoal do banco de dado, bem como parar com outros tratamentos.

...

☐ Concordo com os termos e condições do objeto contratual.

☐ Permito que o empresário digital, direta ou indiretamente pela plataforma, colete os dados pessoais descritos na seção “Da política de privacidade e proteção de dados”.

☐ Aceito o compartilhamento do meu rol de dados pessoais, inclusive para finalidades comerciais.

VOLTAR ACEITO DECLÍNIO

Ao invés de fornecer apenas um clique nos “termos e condições”, criando o consentimento presumido, não efetivo e real, de que está anuente até mesmo com seu rol de dados pessoais serem tratados, devem ser aplicados, por exemplo, modelos onde exista a possibilidade mais ampla do indivíduo ter uma autonomia sobre o que poderá, ou não, e qual será o limite para um tratamento em sua vida personalíssima.

No exemplo acima não apenas se exige um clique no mouse, porém três.

Um clique é destinado a contratação do objeto ambicionado pelo indivíduo de imediato, que é um produto ou um serviço. Neste ponto, até mesmo têm defeitos e vícios no consentimento. Não é porque a pessoa está querendo adquirir um bem ou um serviço que, através da clickwrap, não existirão vícios.

Relembra-se do julgamento, pelo tribunal de apelação dos Estados Unidos, do caso “Specht v. Netscape Communications Corp.”. Aqui, os contratantes adquiriram um programa de computador e, posteriormente, souberam que suas navegações estavam sendo responsáveis por transmissões em dados pessoais dos usuários. É nesta situação que houve um

litisconsórcio ativo, onde os demandantes alegaram violação à vida privada. Em sede de contestação, a empresa alegou que os indivíduos tinham concordado com as regras e os princípios contratuais, incluindo sobre a possibilidade de uma restrição na esfera de proteção ao âmbito particular – esta concordância, argumentaram, foi pelo clickwrap. Diante da sentença favorável para os demandantes, a pessoa jurídica moveu a famosa apelação. O tribunal distrital dos Estados Unidos confirmou a sentença, enfatizando que um click não representa necessariamente uma concordância com todas as regras do negócio, especialmente quando o aceitante não está ciente, com clareza, dos termos.⁴⁷⁰

Em nítido resumo, nem mesmo quando se trata do objeto patrimonial a clickwrap representa uma declaração volitiva pura, podendo conter vícios visíveis e grosseiros para exalar o querer do agente, como no caso acima.

No exemplo acima o segundo click representa a concordância do indivíduo para o proponente tratar seus dados pessoais. Desta disposição merecem algumas observações relevantes.

O tratamento não abrangerá o compartilhamento, restringindo-se mais nas operações que podem ser feitas pelo próprio empresário digital que coletou as informações personalíssimas. Ainda assim, não perde a essência de ser um tratamento de dados. Confirmando isso, o artigo 5, X, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, pondera que a coleta é uma espécie de tratamento.

Ao permitir que o empresário digital colete seus dados pessoais, presumível também é a concordância com operações acessórias, dentre elas: classificação não discriminatória (v.g. colocar dados genéticos em uma pasta e dados de renda em outra. É uma exemplificação de possível classificação), acesso (se foi coletado, significa que poderá ser acessado pelo que coletou, o empresário que atua na internet. Para isso, poderá impor senhas e até mesmo assinaturas eletrônicas), eliminação (não é apenas o titular que poderá solicitar a exclusão, podendo tal fato ser realizado pelo próprio empresário. Por exemplo, um dado sobre uma renda anual de 10 anos atrás não é tão interessante, podendo ser excluído pelo que coletou) e armazenamento.

Logo, baseando-se no exemplo acima, se tem que a segunda clickwrap representa um consentimento para a coleta dos dados pessoais, não o compartilhamento. Também representa um consentimento implícito de que o empresário digital poderá fazer classificação, acessar, eliminar, excluir, arquivar ou armazená-los.

⁴⁷⁰ Sobre o presente caso, ver: <https://law.unlv.edu/faculty/rowley/Specht.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2022.

Trocando em miúdos, o segundo clique representa não apenas a concordância do indivíduo com seu rol de informações serem coletadas, sejam elas sensíveis ou não, representando também a aceitação de outros tratamentos, como exclusão, classificação não discriminatória, acesso e arquivamento.

É implícito que, tendo os dados pessoais, o empresário digital poderá excluí-los, classificá-los, acessá-los ou arquivá-los. Se toda ação há uma reação, toda coleta terá um tratamento interno, seja ele simples, como o acesso por senha, ou complexo, como o arquivamento em nuvem com acesso por assinatura eletrônica.

Uma segunda observação merece prosperar.

Neste modelo de contratação eletrônica existencial existe, de fato, uma maior valoração no consentimento do indivíduo, afinal seu click representará, de fato, uma aceitação com a coleta, não sendo mais presumida. Há uma aceitação, expressada pela clickwrap, com o tratamento de dados pessoais de coleta, é isso.

O indivíduo, após fazer a leitura da alínea ou de outra semelhante, porém que respeite o dever de informação e lealdade, poderá marcar a caixa retangular. Com isso, cria-se para o empresário digital a aptidão concreta para realizar o tratamento no dado pessoal do aceitante, ou melhor, consegue a aptidão para acessá-lo, armazená-lo, excluí-lo e até mesmo classificá-lo, desde que não seja de modo discriminatório ou ofensivo a existência do titular.

Rosana da Silva comenta:

O acordo de vontades, indispensável para a formação da relação contratual, se expressa de um lado pela oferta e de outro pela aceitação. São esses dois os elementos indispensáveis para a formação dos contratos. A oferta ou proposta é a declaração de vontade, dirigida de uma pessoa a outra, por meio da qual a primeira manifesta a sua intenção de se vincular, caso a outra parte aceite. É ela a declaração unilateral de vontade oriunda do proponente. Tem por característica vincular aquele que a formula, salvo se o contrário resultar dos próprios termos da proposta, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso concreto. Posto ser vinculante, deve conter todos os elementos essenciais do negócio jurídico proposto, de forma que deve ser séria, completa, precisa e inequívoca. [...] Aceitação é a manifestação de vontade por parte do oblato - levada a efeito dentro de determinado prazo - em aderir à oferta feita pelo peticitante, em todos os seus termos, por meio da qual se tem por concluído o contrato, caso chegue oportunamente ao conhecimento deste último.⁴⁷¹

⁴⁷¹ SILVA, Rosana Ribeiro da. A teoria geral dos contratos e os contratos eletrônicos. Revista de Direito Privado, v. 08, 2001, p. 201. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6ade50000017f791a92e3fa8a8be0&docguid=I93173d80f25511dfab6f010000000000&hitguid=I93173d80f25511dfab6f010000000000&spos=21&epos=21&td=2197&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 11 mar. 2022.

Em se tratando do contrato eletrônico existencial, o acordo de vontades se vincula através da oferta, desde que não exista termo permitindo a retratação, e da aceitação, em sua modalidade de repetitivos cliques nas caixas retangulares ou de outros formatos. Este acordo de vontades, por derradeiro, diz respeito ao objeto primário e imediato que o ser tem a intenção de ter domínio.

A aceitação dos “termos e condições” deve ser relacionada com os objetos patrimoniais (bens ou serviços), não com as informações da vida privada. São dois itens totalmente distintos, primeiro porque o objeto ou o serviço é o que a declaração volitiva almeja, segundo porque, tendo a vontade direcionamento para aquele objeto, terá o ser uma confiança de que as cláusulas se restringem apenas a isso.

Quando da aceitação, por gestos de cliques, dos “termos e condições”, o indivíduo tem a confiança de que as regras e os princípios estão direcionados para o objeto que visa adquirir, o produto ou o serviço. Hodiernamente, na prática, tais “termos e condições” se referem além dos objetos ambicionados primordialmente, atingindo a vida privada. Justamente por isso, a doutrina dispara:

Os dados pessoais sensíveis, enquanto informações [...] que revelam aspectos íntimos e ínfimos, bem como os aspectos físicos, morais e psíquicos, são objetos dos seguintes tratamentos, por parte dos empresários que atuam na internet: coleta, armazenamento e compartilhamento. Este fenômeno ocorre porque [...], ao estabelecer um contrato eletrônico pela clickwrap, concede, para o empresário digital, uma equivocada permissão para que suas informações personalíssimas sensíveis sejam tratadas. Tal fato jurídico tem existência pelo click na clickwrap, por parte do sujeito [...], representar um negócio jurídico com dois objetos, sendo um pessoal (dados) e outro econômico (contratação de produto ou serviço). O ser, na maioria das vezes, almeja adquirir um produto ou serviço, não ter seus dados pessoais sensíveis sendo objetos de negócios jurídicos eletrônicos. Ao celebrar um contrato à distância pelo click no mouse, portanto, [...] está visando contratar um bem ou um serviço, porém, automaticamente, acaba concedendo, por força da dualidade dos objetos de tal negócio jurídico, não do consentimento inequívoco, a permissão ao empresário digital para tratar suas informações vulneráveis.⁴⁷²

Em se tratando de um contrato eletrônico existencial, portanto, o segundo clique servirá como instrumento de maior projeção individual, porquanto representará um consentimento concreto com o tratamento de coleta. As informações personalíssimas representam os aspectos físicos, morais e psicológicos e os fatos e atos do ser, de tal modo

⁴⁷² COUTO, José Henrique de Oliveira. Ausência de consentimento esclarecido do consumidor para tratamento de dados pessoais sensíveis: abordagem à luz da clickwrap. II Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial, 2021, p. 84. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/b3vv7r7g/xb85z780/2JjyN6oV3CQhQkA6.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

que um segundo consentimento, para a coleta de dados, será apto a concretizar uma valorização da autonomia da vontade.

No fundo, o segundo clique, nos moldes do modelo acima, representa uma valorização na própria existência do indivíduo. A pessoa existe, sendo dotada de uma personalidade única e, ao mesmo tempo, oponível erga omnes, com fulcro na sua dignidade, um vetor de qualquer ação humana e contratual. Há tal valorização na própria pessoa porque o segundo clique reconhece que a mesma tem uma autonomia, sendo um ser que tem a aptidão para escolher “X” ou “Y” sobre sua vida privada ser alvo de uma extração ou coleta.

Com precisão cirúrgica, fornecendo a declaração volitiva para seus dados pessoais, sensíveis ou não, serem coletados e, implicitamente, serem alvos de outros tratamentos no âmbito interno do arranjo empresarial, há uma valorização na autonomia existencial e na volitividade do titular.

Este segundo clique vai em encontro com a Lei Geral de Proteção de Dados pessoais, que destaca:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

Na contratação eletrônica existencial o consentimento livre, informado e inequívoco é expressado apenas quando há, de fato, a possibilidade de o indivíduo ter sabedoria de que suas informações personalíssimas serão tratadas, bem como quando há possibilidade de recusar a coleta.

Com este segundo clique, o consentimento livre, informado e inequívoco, exigido pela Lei Geral de Proteção de Dados pessoais para o tratamento de coleta, seria respeitado. Lendo o texto sobre a permissão de coleta de dados pessoais, o indivíduo teria a consciência de que seu rol de dados pessoais poderia ser coletado, logo poderia ser acessado, armazenado, classificado, pelo que fez tal procedimento.

Francisco Amaral, com precisão cirúrgica, comenta:

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.⁴⁷³

⁴⁷³ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 348.

Em se tratando do contrato eletrônico existencial, haveria um respeito, então, ao elemento da autonomia da vontade, conhecido como consentimento pela LGPD. É que o indivíduo teria a consciência, com o estabelecimento de repetitivos cliques, de que suas informações internas e externas seriam coletadas e até mesmo sofreriam, por dedução lógica, outros tratamentos em âmbito interno, tais como a sobreposição e o arquivamento.

“O consentimento para a coleta, tratamento, processamento e transmissão dos dados pessoais é determinante, e deve ser livre, expresso e informado”.⁴⁷⁴ De fato, a pedra angular para o tratamento de coleta no contrato eletrônico existencial é a declaração volitiva livre, informada e expressa, ou seja, para que a vida privada do indivíduo seja coletada e sofra tratamentos internos é necessário haver a vontade livre (emanada sem vícios, de forma livre e espontânea), expressa (o clique não deve ser presumido, mas sim expresso) e informada.

No caso do segundo clique existirá não um consentimento genérico, cujo indivíduo não sabe o que está fazendo, mas sim um consentimento qualificado e real, consistente no atuar com sabedoria da consequência da clickwrap: seu dado pessoal será coletado.

Infelizmente, na atual gestão de contratação eletrônica existencial exige-se apenas um click para concretização do pacto. Um clique de aceitação nos “termos e condições” é suficiente não apenas para a aquisição do produto ou do serviço, mas também de todo um tratamento de dados pessoais. Um clique é suficiente para tratamento desde a coleta até o compartilhamento para finalidades comerciais, conforme já visto (ver parte sobre Amazon e submarino), é isso.

Na atual conjuntura da contratação eletrônica existencial o consentimento não é qualificado. Viola até mesmo a fundamentação do tratamento de dado pessoal por um consentimento livre, expresso e informado, afinal um click, com frequência, não representa a vontade de fornecimento de dados pessoais para tratamento, mas sim para outras finalidades.

Carin Harrysson até firma o entendimento:

Terms of Service, användarvillkor är avgörande för allt som händer via internet. Användarvillkor är både affärsmässiga- och juridiska dokument. De kan utformas som en clickwrap, där användaren [...] samtycke [...]. Varje webbplats som erhåller

⁴⁷⁴ SARTORI, Ellen Carina Mattias. Privacidade e dados pessoais: a proteção contratual da personalidade do consumidor na internet. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 09, 2016. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017f7c7d505dd3d26f13&docguid=I29ee2e40a3a711e69ab7010000000000&hitguid=I29ee2e40a3a711e69ab7010000000000&spos=14&epos=14&td=905&context=16&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 mar. 2022.

någon personlig information måste ha en sekretesspolicy som beskriver ägarens användning av den personliga informationen. [...] Användarvillkoren i ett konsumentssammanhang är ofta utarbetade ensidigt av säljaren eller leverantören, som är den starkare parten, och presenteras på ett vis där användaren får acceptera villkoren eller avstå tjänsten. Denna situation kan luta till förmån för leverantören och leda till en lägre grad av skydd för användaren.⁴⁷⁵

Então, no atual arranjo contratual eletrônico existencial não há uma valoração do consentimento lúcido e concreto. Em realidade, valoriza-se um fundamento da contratação eletrônica: celeridade. Um clique apenas é exigido para a concordância de todos os “termos e condições”, o que dá uma maior celeridade na contratação.

O indivíduo, quando da celebração do contrato eletrônico existencial nos moldes atuais, economiza mais tempo. Não precisará ir na loja física e nem ficar lendo mais textos para serem marcados, como no exemplo trazido acima. Por outro lado, a proteção de seus dados pessoais torna-se extremamente limitada, porquanto seu click é uma concordância presumida com as regras do jogo contratual. É presumido, não concreto. É a regra.

Por fim, existe o terceiro click, representando a concordância livre, expressa e informada do compartilhamento, por parte do empresário digital, dos dados pessoais. Fornecendo o terceiro clique para o compartilhamento, há um aumento na autodeterminação informativa do indivíduo, que, agora, poderá escolher não apenas se deseja que colem suas informações, como também se o empresário digital poderá, ou não, as compartilhar.

Juliet Moringiello elenca:

One can find click-wrap agreements both on the Internet and in software. These agreements are so named because the software purchaser or the purchaser of goods or services on the Internet must click an icon to signify agreement before obtaining the desired product or service. In the classic click-wrap scenario, the buyer cannot complete a purchase without at least clicking an "I agree" icon.⁴⁷⁶

O contrato eletrônico existencial é celebrado com clickwrap. Na atual conjuntura contratual não há espaço para outras formas de contratações no ambiente digital, especialmente porque a clickwrap serve para agilizar o negócio entre as partes. Um simples

⁴⁷⁵ HARRYSSON, Carin. Facebook-användares kännedom och attityd rörande Facebooks användaravtal i förhållande till användarnas beteende: Facebook users knowledge and attitude towards Facebooks Terms of Service in relation to the users behaviour. Malmö Högskola, 2015, p. 17. Disponível em: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1480769/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

⁴⁷⁶ MORINGIELLO, Juliet M. Signals, Assent and Internet Contracting. Rutgers Law Rev., v. 1307, 2005, p. 6. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2056283/mod_resource/content/1/MORINGIELLO%2057_Rutgers_L%205B1%205D_Rev_1307%20Signals%202C%20Assent%20and%20Internet%20Contracting.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

clique é responsável pela formação do vínculo, sequer precisando ir na loja e, posteriormente, fornecer a assinatura física no papel.

Concretiza-se, assim, a celeridade na contratação eletrônica existencial. O indivíduo, para a sua celebração, tem que obrigatoriamente fornecer o clique na caixa retangular, que tem vinculação com os “termos e condições”.⁴⁷⁷ Em suma, na atualidade o contrato eletrônico existencial tem sua formação apenas com um clique, click este que representa o consentimento presumido com todos os termos e condições, sejam negociais ou extrapatrimoniais, como no caso do tratamento de informações pessoais.

Por isso, deve haver uma regulação da clickwrap no sentido de fornecer um reconhecimento à pessoa humana, que tem uma vontade que deve ser levada em consideração quando da celebração do contrato eletrônico existencial. O indivíduo, qualquer que seja sua origem, tem um valor único e existencial, uma personalidade intrínseca e que lhe confere uma identidade única. Sendo assim, o indivíduo tem que ter sua vontade reconhecida, é isso.

É neste cenário que deve existir o terceiro click, representando o consentimento inequívoco do indivíduo para o empresário poder fazer o compartilhamento de suas informações personalíssimas. Se o segundo click representa o consentimento do indivíduo para o empresário poder coletar e realizar operações em zona interna, como classificação, organização e acesso, o terceiro click representa a declaração volitiva para aquele compartilhar.

Para compartilhar a informação personalíssima da pessoa humana, o empresário digital teria que obter, de fato, o consentimento para tanto. Uma forma de concretizar tal evento é através do terceiro click, que é o de compartilhar os dados pessoais. Sem obtê-lo, não poderia haver oportunidade de terceiros, estranhos ao ambiente negocial, de os possuírem, como acontece, na prática, na economia 4.0.

A redação do terceiro click teria que ser clara e precisa. Não poderá deixar o indivíduo com dúvidas quanto ao compartilhamento, sobre pena de incorrer na violação positiva do contrato com o desrespeito ao dever de informação. No modelo estabelecido acima, é granítico que o dado pessoal pode ser compartilhado quando da celebração do contrato eletrônico existencial, não havendo violação positiva do contrato.

“the standard contract terms are presented to the user electronically, and the user agrees to these terms by clicking on a button or ticking a box labelled “I agree” or by some

⁴⁷⁷ TAY, Christopher. Contracts, Technology and Electronic Commerce: The Evolution Continues. Journal Of Law, Information and Science, 1998.

other electronic action”, conforme publicação no periódico “Journal of Consumer Policy”.⁴⁷⁸ No caso do terceiro clique a redação deve ser clara, cabendo ao indivíduo aceitá-la caso queira que sua vida privada seja compartilhada, porém também pode não fornecer o clique, impossibilitando o fornecedor de partilhar aspectos desde e-mail, telefone e endereço até pesquisas nos navegadores, idade e profissão.

A terceira aceitação da caixa retangular representa a aptidão concreta do titular em controlar se os seus dados pessoais podem ser compartilhados. Reconhece-se, assim, um aumento na autonomia de sua vontade, que agora poderá, de fato, ser concretizada pelo titular. Diferente de como ocorre na atualidade, onde um clique representa o consentimento presumido, não real e verdadeiro, de todos os termos e condições, no modelo acima há a projeção da declaração volitiva, pois o indivíduo tem o conhecimento de que seu dado pessoal poderá ser compartilhado.

Para Foderini: “«click wrap agreement» o «point and click agreement» [...] gli accordi in forma elettronica predisposti unilateralmente e conclusi mediante la semplice pressione di icone, di bottoni elettronici o tramite la digitazione di parole o frasi”.⁴⁷⁹ Aplica-se tais ideologias na contratação eletrônica existencial, porém, aqui, deve haver, no mínimo três cliques, sendo um para adquirir um produto ou um serviço, um para permitir o empresário digital coletar os dados, e o último para possibilitar o compartilhamento.

A contratação eletrônica existencial, caso feita do modelo de três cliques, estará até parcialmente em consonância com a Diretiva 2019/770, do Parlamento Europeu, que pondera:

(24) Os conteúdos ou serviços digitais são, além disso, frequentemente fornecidos em situações em que o consumidor não paga um preço, mas faculta dados ao operador. Esses modelos de negócios específicos aplicam-se já de diferentes formas numa parte considerável do mercado. Embora reconhecendo plenamente que a proteção dos dados pessoais é um direito fundamental e que, por conseguinte, os dados pessoais não podem ser considerados um produto de base, a presente diretiva deverá assegurar que os consumidores gozem, no contexto desses modelos de negócio, do direito a meios de ressarcimento ao abrigo do contrato. [...]. Os dados pessoais podem ser facultados ao profissional no momento em que o contrato é celebrado ou posteriormente, como nos casos em que o consumidor dá o seu consentimento para que o profissional utilize os dados pessoais eventualmente

⁴⁷⁸ HELBERGER, N.; et al. Digital Content Contracts for Consumers. Journal of Consumer Policy, v. 36, 2013. Disponível em: https://link-springer-com.translate.goog/article/10.1007/s10603-012-9201-1?error=cookies_not_supported&error=cookies_not_supported&code=445779e8-02f2-4956-a0c6-36020d250211&code=a958ed74-96c3-42d7-9b09-b546fdb76284&_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=op,sc. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁴⁷⁹ FODERINI, Alessandra. E-commerce e contratti telematici: la rimodulazione della contrattazione codicistica. Rivista di informazione giuridica, n. 3, 2021, p. 46. Disponível em: https://rivista.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/6704_3-2021.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

carregados ou criados pelo consumidor no âmbito da utilização dos conteúdos ou serviços digitais.⁴⁸⁰

Está parcialmente pelo motivo de que, para a referida Diretiva, o dado pessoal é um direito fundamental e não pode ser um produto de base. Não se concorda com a referida posição, afinal o direito há de ser prático e a despersonalização da personalidade há de se concretizar com o que já fora abordado no capítulo III.

Concorda-se com a diretiva no seguinte ponto: É necessário um consentimento válido e livre de vícios para o empresário digital tratar os dados pessoais do titular. Na contratação eletrônica existencial este panorama é mais bem visto, afinal um clique será para a coleta e o outro para o compartilhamento. Amplia-se um consentimento com transparência, é isso.

Em revista jurídica italiana, Martina Liaci lapida o seguinte:

Appurata la possibilità di disporre dei propri dati personali, il parere del Garante europeo della protezione dei dati reso nel 2017 sulla direttiva (la 2019/770) ancora in forma di proposta e articolato in chiave evidentemente personalistica, a tenore del quale «i diritti fondamentali, come il diritto alla protezione dei dati personali, non possono essere ridotti a semplici interessi dei consumatori e i dati personali non possono essere considerati una mera merce», assecondato poi dal legislatore sovranazionale semplicemente eliminando una parola (quella di «corrispettivo») dal testo finale della direttiva. [...] Tale specificità si traduce, anzitutto, nel prendere atto della premessa di senso secondo la quale si come ogni forma di esplicazione della personalità individuale trova il limite della dignità umana, allo stesso modo il regime giuridico della “circolazione” dei “beni” personali non può che essere articolato all’insegna di questa stessa demarcazione assiologica. La quale, con riguardo alle informazioni personali, esige che la fattispecie contrattuale, in cui una delle prestazioni consista appunto nella fornitura di dati, sia presidiata da una disciplina le cui coordinate segnino la cifra di compatibilità tra le regole e i principi del contratto, quelle dei diritti della personalità e quelle sul consenso al trattamento dei dati personali. E in questo intrecciarsi di settori e plessi normativi, costitutivo del regime speciale dell’operazione, il consenso dell’interessato al trattamento partecipa al contratto – quale atto oggettivamente complesso – riguardante la fornitura di contenuti e servizi digitali contro dati personali, non tanto come fattore esterno, ma in funzione conformativa dell’oggetto. Invero, è il consenso al trattamento che delimita le finalità per il cui perseguimento è reso possibile l’utilizzo delle informazioni personali [...].⁴⁸¹

Apesar do empresário que oferece serviço no corpo da internet poder tratar o dado pessoal da pessoa, necessário será, antes de tal tratamento, conseguir o consentimento do titular. No presente caso, o terceiro clique é um ato que representa o poder de compartilhar, já o segundo é a aceitação para aquele coletar, e também classificar, acessar ou até excluir.

⁴⁸⁰ União Europeia. Diretiva 2019/770, do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019. Jornal Oficial da União Europeia, 2019, p. 5.

⁴⁸¹ LIACI, Martina. L’oggetto della garanzia di conformità e contenuto digitale. Diritto e Diritti, 2021. Disponível em: <https://www.diritto.it/loggetto-della-garanzia-di-conformita-e-contenuto-digitale/>. Acesso em: 13 mar. 2022.

No atual arranjo contratual eletrônico existencial o simples click é responsável pela concretização não apenas do objeto de serviço ou objeto, mas também dos dados pessoais. Shaira Thobani, inclusive, lapida o entendimento de que um clique é responsável por envolver dois objetos totalmente diferentes, sendo um patrimonial (objeto ou serviço) e outro pessoal, que é o próprio dado.⁴⁸²

É neste cenário que deve seguir o modelo de contratação eletrônica existencial com, no mínimo, uma tríade de cliques, sendo um relativo ao objeto patrimonial, um relativo a permissão para o ofertante fazer a coleta e o terceiro, o último, para ter o partilhamento.

Partindo de todo o exposto, necessário é uma regulamentação da clickwrap, com fulcro na tutela da pessoa humana, que existe e, por ser portadora de uma personalidade única, merece que sua vontade seja concretizada diante de uma contratação eletrônica existencial.

1.1.1 Contrato eletrônico existencial de três cliques e a questão da exigibilidade do consentimento para concretização do pacto: Céleres reflexões entre o principal e o acessório

Têmis Limberger e Carla Sobbé entendem que a internet trouxe grandes mudanças à humanidade, especialmente porque, agora, existe a possibilidade de romper a distância e transmitir, em tempo atual, uma informação.⁴⁸³ Com a internet, também surgiu a oportunidade de os indivíduos contratarem à distância.

A consequência imediata da contratação eletrônica existencial é a economia de tempo. Economiza-se tal recurso precioso desde o momento das tratativas até o momento de concretização do pacto. Tal espécie contratual está ligada com a celeridade, o que atrai um grande número de adeptos, especialmente os jovens.

No meio deste “mar de rosas” existem espinhos também. Um espinho observável está na constante violação à proteção de dados pessoais quando da celebração do atual contrato eletrônico existencial. Isto porque, há apenas um clique para concretização de distintos objetos contratuais, quais sejam: de um lado, os de natureza patrimonial (objeto ou serviço) e, de outro, os de natureza personalíssimo (dado pessoal).

⁴⁸² THOBANI, Shaira. Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali. Prima edizione: Itália, 2018, p. 157-160.

⁴⁸³ LIMBERGER, Têmis; MORAES, Carla Andreatta Sobbé. Comércio eletrônico: A vulnerabilidade do consumidor pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na Internet. Revista de Direito do Consumidor, v. 97, 2015, p. 256-257. Disponível em: [https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widget/document?docguid=Ia6772890a91211e4949b01000000000000000](https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widget/document?docguid=Ia6772890a91211e4949b0100000000000). Acesso em: 13 mar. 2022

Em suma, hodiernamente, para adquirir um produto ou um serviço, antes se faz necessária a aceitação do pacto através do mouse com o clique ou do dedo em caso de touch screen. A rosa está na celeridade de tal procedimento, não precisando o sujeito assinar seu nome, esperar a impressão do papel com o contrato e outros eventos. O espinho também está aí, pois, na atualidade, o simples clique representará o consentimento presumido com todos os termos e condições, incluindo aqueles que permitem a despersonalização da personalidade.

Após o contrato eletrônico se formar, o empresário digital adquire o poder de coletar, tratar, armazenar, classificar, operar, compartilhar, com fim econômico ou não, excluir ou até mesmo emprestar a informação personalíssima. Todo este cenário por ocasião de um clique, o qual é presumível como aceitação expressa com todos os termos e condições, pelo menos para a legislação do Direito Civil.

Muitas das vezes, o titular sequer sabe que sua vida privada será alvo de uma varredura e de outros tratamentos. Quando sabe disso, se depara com o contexto de cláusulas difíceis de serem interpretadas, afinal possuem termos complexos, abstratos e até mesmo genéricos. Também existe o fato de, na realidade, não poder negar o fornecimento de seus dados pessoais, afinal é contratação de adesão, sem liberdade contratual.

É neste mar de rosas que existe também o mar de espinhos quando existe o contrato eletrônico existencial. Em que pese vários defeitos de tal arranjo contratual, como cláusulas difíceis de interpretação lúcida, negativa na possibilidade de fornecer informações da vida privada e ignorância quanto ao fato jurídico de ser tornar um meio/produto, ainda assim o empresário digital poderá tratar os dados pessoais do titular, bastando este fornecer o consentimento presumido, que é externado pelo clique.

Então, nessa atualidade há uma problemática no tocante a concretização da contratação eletrônica existencial. Consiste na ausência de consentimento real do indivíduo para dispor de seus dados pessoais, porém ao marcar a caixa retangular gera a presunção de que está deixando, sem nenhum caráter de dúvida, o empresário digital lhe tratar como um meio, um produto.

Gize-se que “o contrato é formado pelo encontro de vontades (meeting of the minds), ou seja, quando um destinatário de uma oferta aceita a proposta de um policitante (offer and acceptance)”.⁴⁸⁴ Em se tratando da contratação eletrônica existencial, o contrato é formado

⁴⁸⁴ TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. Revista dos Tribunais, v. 871, 2008. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017f90ef5e238a97365b&docguid=I60155dd0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I60155dd0f25111dfab6f010000000000&spos=22&epos=22&td=23&context=12&crumb-action=append&crumb->

ainda que exista uma deficiência no quesito da vontade. As partes, o proponente e o aceitante, estão com o elemento volitivo direcionado à concretização de um negócio tradicional, entretanto pela existência de um click o empresário digital adquire a aptidão para fazer um tratamento de dados.

Há, no atual arranjo contratual, um desequilíbrio no consentimento. A causa disso é o formato como o contrato eletrônico existencial é vigorante. Um simples clique do indivíduo gera o consentimento que não é real e concreto, mas sim presumido. Ainda assim, o proponente do negócio consegue o poder ontológico para fazer tratamento nos dados do titular.

Ao celebrar um contrato eletrônico existencial, à pessoa não é ofertada, na atualidade, a aptidão concreta para exercer sua liberdade contratual, apenas a liberdade de contratar; e, por consequência, o sapiens deve obrigatoriamente adquirir um produto ou serviço patrimonial e, no mesmo tempo, fornecer seus dados pessoais como objetos.

Neste contexto é que emerge a urgente necessidade de a contratação eletrônica existencial ser feita com, no mínimo, três cliques. Um click é destinado à concretização do objeto ou da prestação de serviços, outro click é para o empresário digital poder coletar os dados pessoais e o último é para ter compartilhamento.

Em doutrina persa, Mohammad defende que a aceitação eletrônica é feita de forma explícita e decisiva, através da clickwrap.^{485,486} No que diz respeito ao objeto ou ao serviço, esta afirmação persa pode até ser parcialmente verdade – Mesmo em se tratando do objeto patrimonial pode ter vícios de consentimento ao fornecer o consentimento, conforme já

[label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](#). Acesso em: 16 mar. 2022.

⁴⁸⁵ MAQAMI NIA, Mohammad. Como celebrar contratos eletrônicos e suas características. *Journal Of Civil Law Knowledge*, v. 1, n. 1, 2012. Disponível em: https://clk.journals.pnu.ac.ir/article_189.html. Acesso em: 16 mar. 2022.

⁴⁸⁶ Esta posição é adotada majoritariamente no Irã. Por exemplo, Mehdi Zare e Sahraian defendem: “در ابتدا باید بگوییم که اعتبار قراردادهای الکترونیکی تحت قانون فرانسه به رسمیت شناخته شده است. قانون مدنی می گوید که این قراردادها از لحاظ قانونی شکل گرفته و اجرا می-شوند، قراردادهای الکترونیکی باید الزامات خاصی را برآورده کنند. به طور خاص، یک معامله-گر که به وسیله وسایل الکترونیکی، پیشنهاد تحویل کالاها یا ارائه خدمات به وی می-شود باید شرایط قرارداد قابل اجرا را به نحوی که به حفظ و تولید آنها کمک می-کند، در دسترس قرار دهد. همچنین این پیشنهادها باید بیان شوند که به شرح ذیل می باشند :- مراحل مختلف برای پیروی از قرارداد به وسیله الکترونیکی؛ - مفاهیم فنی اجازه می دهد تا کاربر قبل از پایان قرارداد، خطاهای ورودی را شناسایی و اصلاح کند. - زبان ارائه شده برای به دست آوردن قرارداد؛ و ... از این رو، برای نتیجه معتبر قرارداد الکترونیکی، باید مطابق با مقررات قانون مدنی (ماده 1127-2) یک روبه سه مرحله ای دنبال شود :- فروشندگان کالا یا خدمات را که قصد خرید آن را انتخاب می کنند، انتخاب می-کنند. - فروشنده باید بتواند جزئیات سفارش خود و قیمت کامل را بررسی کند و هر گونه خطای احتمالی را تصحیح کند (اولین کلیک)؛ و داوطلب باید سفارش خود را تأیید کند، بنابراین با پذیرفتن پذیرش خود، از طریق کلیک دوم اینکه معامله گر باید بدون تأخیر و با دریافت وسیله الکترونیکی سفارش الکترونیکی تأیید کند. با این حال، این الزام بر اعتبار قرارداد که پس از دوبار کلیک انجام می شود، تأثیر نمی-گذارد. قراردادهایی که بین دو معامله-گر انجام شده است، می-توانند از این نیاز دوبار کلیک مجازات شوند. علاوه بر این، هنگامی که قراردادهای مربوط به عرضه کالا یا خدمات به (صورت انحصاری توسط یک تبادل ایمیل به دست می-آیند، این مقررات مجاز به احترام نیستند. ماده 1127-3 قانون مدنی ZARE, Mehdi; SAHRAIAN, Mohammad. Contratos celebrados no ambiente da internet na lei iraniana e francesa. *International Legal Research*, v. 12, n. 46, 2017. Disponível em: http://alr.iauctb.ac.ir/article_671439_79aa0795b971943e03811a1235b979e0.pdf. Acesso em: 16 mar. 2022.

verificado no capítulo 1.1, do capítulo IV. Já no assunto de dado pessoal, no mais das vezes, o click não representa o consentimento explícito e decisivo para o empresário digital tratar os dados pessoais do titular.

Porém, ao se adotar o método de tríade de cliques na contratação eletrônica existencial há uma verdadeira cristalização da declaração volitiva. Isto porque, o indivíduo somente preencherá as caixas retangulares ou redondas após fazer uma leitura rápida das redações, sendo uma sobre a permissão de coleta, uma sobre o compartilhamento e outra sobre o objeto ou serviço patrimonial.

Então, cristaliza-se uma vontade mais equilibrada e com mais chance de se esquivar de erros, especialmente a ignorância e o desconhecimento. É que o ser precisará marcar tais caixas caso deseje permitir o empresário digital coletar ou/e compartilhar os seus dados pessoais.

O “Homo sapiens” quer adquirir um produto ou um serviço no ambiente eletrônico e, para tanto, precisará concordar com os “termos e condições” relativos ao pacto negocial. É esta uma regra tanto do contrato eletrônico existencial quanto do contrato físico de lucro. Não existe possibilidade, em regra, de formação de um vínculo contratual sem concordância com os “termos e condições”.

Por exemplo, se a pessoa quer adquirir um imóvel com 100 metros quadrados, precisará concordar com o instrumento contratual. Daí entram as regras relativas ao imóvel, como modo de pagamento, tempo de adimplemento, juros, arras punitivas, cláusulas penais, garantias e modos de extinção contratual. Para ter a propriedade do imóvel terá que concordar com as regras, é isso.

No contrato eletrônico existencial aplica-se a mesma fundamentação acima. Para adquirir um produto ou um serviço no ambiente digital, necessário é a concordância com os princípios e as regras do jogo contratual. Se a pessoa quer comprar um carro na internet, terá que concordar com o tempo de pagamento, os juros moratórios, as garantias, como a fiança, e demais institutos obrigacionais e contratuais.

A concordância, então, será feita com um clique na caixa retangular ou de outro formato com uma redação relativa ao conteúdo de objeto ou serviço patrimonial. Logo, este primeiro click representará a concordância do ser com as regras atinentes ao objeto ambicionado, que é um serviço ou um produto – Vale ressaltar novamente que o 1º click não representa sempre uma concordância com todos os termos, especialmente se os mesmos estiverem desvinculados com os institutos jurídicos. Neste caso, deve-se prezar pela

prevalência da lei perante o click (v.g. indivíduo celebra contrato eletrônico existencial e adquire um veículo. Neste caso, ainda que exista uma cláusula restringindo o adquirente de demandar no judicial, não valerá, afinal contrária à dogmática do Código de Defesa do Consumidor).

Ainda assim, nos moldes atuais da contratação eletrônica existencial tem um vício de consentimento do indivíduo. É um cenário que está presente em âmbito global. Cite-se, em título de exemplo, o relatório da Noruega:

«Clickwrap» er ein avtale som blir inngått på nett ved at standardvilkår blir presenterte for brukaren i eit eige vindauge, og brukaren aksepterer desse vilkåra ved for eksempel å klikke på ein «aksept»- knapp. Både Datatilsynet og Forbrukarombodet legg til grunn at «click-wrap»-samtykke ikkje oppfyller krava til samtykke etter personopplysningslova og marknadsføringslova mellom anna fordi informasjonen er mangelfull. Forbrukarombodet har det siste året prioritert å få rydda opp i bruk av «clickwrap»- samtykke som grunnlag for behandling av personopplysningar i marknadsføringssektoren. Tilsyn og informasjon til behandlingsansvarlege kan bidra til å redusere problema ytterlegare. Det eksisterer ikkje noko generelt krav om at samtykke skal vere skriftleg. Sidan det kan vere vanskeleg å vite kva dei registrerte har forstått og teke stilling til ved handlingane sine, kan det vere utfordrande å godtgjere at det er gitt eit implisitt samtykke.⁴⁸⁷

Neste sentido, deve-se prezar por um click representar a concordância com os termos e as condições do objeto patrimonial do contrato eletrônico existencial. A pessoa humana existe e tem uma vontade, a qual precisa ser saciada através de contratação na era do capitalismo de vigilância. O elemento subjetivo está concentrado na figura de um produto ou de um serviço. É para isso que terá o consentimento direto e específico, entretanto a lei presume que o simples click representa uma concordância com todas as regras.

Por isso, essencial é um contrato digital existencial com, ao mínimo, três opções a serem marcadas, tendo uma apenas o intuito de ser sobre as regras patrimoniais, não envolvendo a personalidade e os dados.

“Smlouvu click-wrap si můžeme představit jako již předem daný text, který může druhá strana pouze přijmout nebo odmítnout, avšak nemá možnosti jeho znění nikterak upravit”.⁴⁸⁸ Então, um clique servirá como concretização da concordância com as regras e os princípios relativos ao produto patrimonial do contrato eletrônico existencial.

⁴⁸⁷ Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om personvern – utsikter og utfordringar. The Local Government and Administration Committee, 2013, p. 33. Disponível em: <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/innstillinger/stortinget/2012-2013/inns-201213-270.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2022.

⁴⁸⁸ OUTLY, Tomáš. Elektronická Kontraktace. Právnická Fakulta Masarykovy Univerzity, 2011, p. 37. Disponível em: https://is.muni.cz/th/dkqf7/Diplomova_prace_-_Tomas_Outly.pdf. Acesso em: 16 mar. 2022.

Para a formação do contrato eletrônico existencial é necessária apenas o clique no campo de objeto ou serviço. Logo, não deve ser obrigatório, para celebração de tal espécie contratual, marcar as duas outras caixas, quais sejam: coleta e compartilhamento de dados. O indivíduo, quando da celebração do contrato eletrônico existencial, adquire um produto ou um serviço, logo as cláusulas de coleta e de compartilhamento de dados não devem ser obrigatórias, sobre pena de descaracterizar a autodeterminação informativa.

Deve-se concretizar, de fato, o elemento volitivo do indivíduo. Caso o mesmo quiser celebrar o contrato eletrônico existencial poderá escolher não fornecer seus dados pessoais, seja por motivos pessoais, profissionais ou sociais. Enfim, independente do motivo, é de bom tom frisar que a autodeterminação informativa terá que ser valorizada, com fulcro na existência da vontade de uma pessoa humana, dotada de consciência para escolher “X” ou “Y” (entregar seus dados pessoais ou não entregar seus dados pessoais).

“O direito de personalidade inclui também a faculdade do indivíduo, derivada da ideia de autodeterminação, de decidir por si mesmo, em princípio, quando e dentro de que limites as circunstâncias pessoais de sua vida podem ser reveladas ou abertas”, consoante Wolfgang Hoffmann-Riem.⁴⁸⁹ À pessoa deve ser reservada a aptidão concreta de decidir o que, como, onde e quando seus dados pessoais podem ser tratados pelo empresário digital, com fulcro na personalidade individual, dotada de autonomia e eficácia para a escolha.

Nesta trilha, Márcio Laeber consolida o entendimento:

O direito à autodeterminação informativa constitui o aspecto dinâmico do direito à privacidade dirigido à proteção de dados pessoais. Pode ser considerado como a faculdade que toda pessoa tem de exercer, de algum modo, controle sobre as informações que lhe são concernentes, especialmente aquelas registradas em bancos de dados, garantindo-lhe, em determinadas circunstâncias, decidir se a informação pode ser objeto de tratamento (coleta, uso, cessão) por terceiros, bem como a possibilidade de saber que dados pessoais foram armazenados para exigir sua correção ou cancelamento.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. A proteção de direitos fundamentais da confidencialidade e da integridade de sistemas próprios de tecnologia da informação. Trad. Pedro Henrique Ribeiro. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 23, 2020. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017f92feb3044a61c7b6&docguid=If28182405ae011eba88cb7dc1a9db538&hitguid=If28182405ae011eba88cb7dc1a9db538&spos=2&epos=2&td=393&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 mar. 2022.

⁴⁹⁰ LAEBER, Márcio Rafael Silva. Proteção de dados pessoais: o direito à autodeterminação informativa. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 37, 2007. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017f92feb3044a61c7b6&docguid=Ia5bfe160f25211dfab6f010000000000&hitguid=Ia5bfe160f25211dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=393&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. 15 mar. 2022.

Os dados pessoais, para ser coletados e compartilhados pelos empresários digitais, exige que o titular concretize a autodeterminação informativa. Na contratação eletrônica existencial de três cliques há tal possibilidade, porquanto um clique é para a coleta e outras operações internas e o terceiro click é para um possível compartilhamento, incluindo para finalidades de publicidade ou criação de tendências no mercado financeiro.

Autodeterminação informativa representa, em um cenário de contratação eletrônica existencial, uma possibilidade de o titular controlar aspectos relativos a sua própria personalidade, ou melhor, diz respeito ao poder concreto da pessoa de controlar o que, quando, como e quais são os dados pessoais que poderão ser tratados pelo empresário que atua na internet.

Ruaro, inclusive, entende que a autodeterminação informativa “constitui-se na liberdade que o titular dos dados tem de dispor de suas informações pessoais, consoante seu próprio interesse”.⁴⁹¹

Há autodeterminação informativa quando um click é destinado à permissão da coleta de dados pessoais e o outro click é destinado à permissão de compartilhamento daqueles, inclusive para finalidades econômicas. A contratação eletrônica existencial com tríade de cliques representa uma projeção na volitividade do indivíduo, que poderá, exercendo a autodeterminação informativa, escolher se o proponente poderá, indireta ou diretamente, coletar ou/e compartilhar aspectos de sua personalidade.

Somente com o consentimento exercido na caixinha retangular ou de outro formato poderá o empresário digital fazer tratamento no dado pessoal da pessoa. A coleta e o compartilhamento são dois tratamentos diferentes, necessitando, para cada um, um click, click este que representa a autodeterminação informativa.

Neste caldo, Hartmann, Patz e Piaia elencam:

o direito à autodeterminação informativa constitui-se na faculdade que toda pessoa tem de exercer, de algum modo, controle sobre seus dados pessoais, garantindo-lhe, em determinadas circunstâncias, decidir se a informação pode ser objeto de tratamento (coleta, uso, transferência) por terceiros, bem como acessar bancos de dados para exigir correção ou cancelamento de informações.⁴⁹²

⁴⁹¹ RUARO, Regina Linden. O direito fundamental à proteção de dados pessoais do consumidor e livre mercado. Revista de Direito do Consumidor, v. 118, 2018. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017f930d75ed1710cdd8&docguid=I577a2470a6a411e8849e010000000000&hitguid=I577a2470a6a411e8849e010000000000&spos=10&epos=10&td=351&context=107&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 mar. 2022.

⁴⁹² HARTMANN, Gabriel Henrique; PATZ, Stéfani Reimann; PIAIA, Thami Covatti. O impacto da autodeterminação informativa na proteção de dados pessoais e no direito ao esquecimento. Revista DIREITO

Para exercer este direito o indivíduo terá que ter o poder de escolher se suas informações personalíssimas podem ser coletadas ou/e compartilhadas pelo empresário que atua no corpo da internet. Exercerá a autodeterminação informativa ao estabelecer o contrato eletrônico existencial e, se quiser, deixar o empresário digital, direta ou indiretamente, tratar seus dados pessoais, seja coletando ou compartilhando.

Sobre a autodeterminação informativa, a doutrina alemã tem o entendimento:

[...] Erstens verweist Big Data auf das quantitative Anwachsen von Datensätzen auf der globalen Ebene. Die Informationsgesellschaft produziert immer mehr Daten, die immer leichter und kostengünstiger gespeichert werden können. [...] Insoweit bricht Big Data mit einem zentralen, gerade aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung entwickelten Prinzip des Datenschutzrechts, weil Daten ohne Zweck gesammelt und miteinander verknüpft werden. Das gebietet weniger die Verlängerung des “Abwehrdenkens” in die wirtschaftlich lukrative Welt von Big Data, sondern vielmehr die Suche nach neuen Trennungs- und Verknüpfungsregeln, die sich nur aus den objektiven Schichten informationeller Selbstbestimmung entwickeln lassen dürften.⁴⁹³

E Yuanyang complementa:

Die Selbstbestimmung bzw. Einwilligung des Betroffenen als Darstellung seines Willens betrifft nicht nur die Grundlage der Rechtmäßigkeit eines Eingriffs in die Rechte und Rechtsgüter einer Person, sondern auch die Willenserklärung, die einen Willen äußert und unmittelbar auf die Rechtswirkung ausgerichtet ist. Damit kann der Wille des Betroffenen in die private Rechtsordnung eingeordnet werden und der Betroffene ein Rechtsgeschäft schaffen, das als eine Gestaltungsmaßnahme der Privatautonomie dient und die “Selbstgestaltung durch Selbstbestimmung” des Einzelnen schützt.⁴⁹⁴

Quando da celebração do contrato eletrônico existencial há uma tutela na autodeterminação informativa do indivíduo. Isto é feito através de dois cliques, sendo um direcionado à coleta e o outro ao compartilhamento dos dados pessoais.

Caso a pessoa não quiser permitir a coleta ou o compartilhamento de seus dados pessoais, deverá ter sua vontade concretizada na realidade, cabendo ao empresário digital apenas perseguir o objeto contratual de serviço ou produto. Logo, terá que respeitar a

UFMS, v. 7, n. 1, 2021, p. 161. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/14482>. Acesso em: 16 mar. 2022.

⁴⁹³ FRANZIUS, Claudio. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Zeitschrift für das Juristische Studium, 2015, p. 259-260. Disponível em: https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2015_3_906.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022.

⁴⁹⁴ YUANYANG, Xie. Informationelle Selbstbestimmung Im Privatrecht Und Deren Hinweise Für Den Chinesischen Schutz Der Personenbezogenen Information. Dissertation zur Erlangung der Würde des Doktors an der Fakultät Rechtswissenschaft der Universität Hamburg. China, 2017, p. 171. Disponível em: <https://ediss.sub.uni-hamburg.de/bitstream/ediss/7346/1/Dissertation.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

autodeterminação informativa do indivíduo que não tolerou o tratamento de dados pessoais, tendo em vista que foi omissivo em preencher a concordância com seus cliques.

Não é obrigatório fornecer o consentimento para o empresário digital coletar ou/e compartilhar os dados pessoais, uma vez que existe a autodeterminação, consistente na aptidão do indivíduo, dotado de racionalidade e autonomia, para decidir o que, como, quando e em que medida sua personalidade poderá ser exposta ao fenômeno de publicização.

Não há, para a celebração da contratação eletrônica existencial, a obrigatoriedade do indivíduo de concordar com as regras relativas tanto a coleta quanto ao compartilhamento de suas informações sensíveis ou não. Em realidade, tem-se que concretizar o elemento volitivo da pessoa, que deve, de fato, ter o poder de escolher se sua vida particular poderá ser alvo de tratamento pelo proponente do contrato.

A autodeterminação informativa precisa ser concretizada frente ao contrato eletrônico existencial. Inclusive, à Jurisprudência e doutrina alemãs:

Entscheidend für die Konzeption des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist der Ansatz, dass es unter den modernen Umständen der elektronischen Datenverarbeitung keine belanglosen Daten mehr gebe. Die Gefährdung der Datenverarbeitung liege eher in dem Zweck der Verarbeitung und in den Verarbeitungsmöglichkeiten als in der Art der Daten selbst (bzw. in der Tatsache, inwieweit sie sensibel oder intim seien). Um Schutz vor der Gefährdung durch die moderne Datenverarbeitung zu leisten, formuliert das Gericht, dass alle personenbezogenen Daten im Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung umfasst seien und über ihre Erhebung, Verarbeitung und Übermittlung nur der Betroffene selbst entscheiden könne. [...] Zusammenfassend gründet sich das informationelle Selbstbestimmungsrecht nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung hauptsächlich auf drei Eigenschaften. Erstens wird die Entscheidungsbefugnis als der Schutzgehalt formuliert, sodass der Einzelne selbst über die Preisgabe und Verwendung personenbezogener Daten entscheiden kann. Daraus folgt die zweite Eigenschaft, nämlich dass das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung keinen festen definierten Schutzgehalt umfasst und insofern vom Privatsphärenmodell der Zuordnung von Daten zu einer Intimsphäre abweicht. Drittens wirkt sich der Personenbezug entscheidend auf den Schutzgehalt aus, indem jeder Datensatz, der sich als persönlich erweist, Schutz verdient. Grundsätzlich kann festgestellt werden, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in Kontinuität zur Konzeption des allgemeinen Persönlichkeitsrechts steht.⁴⁹⁵

Então, para consolidar a autodeterminação informativa do indivíduo diante de um contrato eletrônico existencial, necessário é que os cliques de permissões de coleta ou/e compartilhamento de dados não sejam obrigatórios. Em realidade, para tal espécie contratual

⁴⁹⁵ Kapitel: Die Entstehung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in der Rechtsprechung des BVerfG". Schutz vor Informationsrisiken und Gewährleistung einer gehaltvollen Zustimmung: Eine Analyse der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung im Privatrecht, Berlin, München, Boston: De Gruyter, 2015, p. 25-27. Disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110431254-004/pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

ter existência, validade e eficácia, fundamental é a existência da aceitação dos “termos e condições” do objeto patrimonial, o produto ou o serviço. Não é exigível o consentimento relativo aos dados pessoais para a concretização de tal negócio, é isso.

Em termos nítidos, são facultativas as aceitações na clickwrap para a coleta e/ou compartilhamento de informações personalíssimas, e, por sua vez, é obrigatório o consentimento com os “termos e condições” relativos ao produto ou serviço – Vale ressaltar mais uma vez que nem sempre tal concordância é livre de vícios (v.g. basta pensar nos casos onde o consumidor aceitou a clickwrap, ficando o foro competente para ajuizar a ação bem distante do seu domicílio. Por contrariar a dogmática jurídica, tal regra não será válida, não tendo eficácia, ainda que exista a aceitação da clickwrap).

1.2 Tratamento de dados pessoais e danos em integridades psíquicas: Da (Des) necessidade do contrato eletrônico existencial

O contrato eletrônico existencial existe na sociedade digital do risco. Basta ter uma contratação com o objeto dado pessoal sendo transacionado que o titular fica exposto a algum risco. Ora, se listas com nomes de judeus já foram usadas para localização e possível extermínio, imagine o risco que o titular não fica exposto em uma era de distribuição e descentralização de informações particulares.

Independente de gênero, credo, etnia, religião, origem, gostos e demais atributos subjetivos, basta o indivíduo estar inserido na sociedade do compartilhamento que fica exposto ao fenômeno do risco. No atual estágio da sociedade o “risco aparece como tema central, tendo em vista que permeia todas as decisões da sociedade e atinge as diversas classes e instituições”.⁴⁹⁶

O risco à pessoa nada mais é do que uma possibilidade de afetação em alguma esfera do particular. Pode haver uma ação com risco na integridade física, moral ou psicológica. Sobre o risco, Frade elenca que ele “refere-se à probabilidade de ocorrência de efeitos nefastos”.⁴⁹⁷

“O conceito de sociedade de risco prende-se com a emergência de novos e grandes riscos, gerados pelo lado obscuro do progresso, sem pensar no futuro das gerações que estão

⁴⁹⁶ SIMIONI, Rafael Lazzaroto; FERREIRA, Mariana Suzart Paschoal. Direito, risco e perigo: a decisão jurídica na perspectiva da sociedade do risco de Ulrich Beck. *Argumenta Journal*, n. 30, 2019, p. 109. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1508/pdf>. Acesso em: 21 mar. 2022.

⁴⁹⁷ FRADE, Catarina. O direito face ao risco. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 86, 2009, p. 53. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/220>. Acesso em: 21 mar. 2022.

por vir”.⁴⁹⁸ Existe uma sociedade de risco na era digital. Ao estabelecer um contrato eletrônico existencial e, por derradeiro, ter uma possibilidade de tratamento, por parte do empresário digital, nos dados pessoais, emerge a possibilidade de risco à pessoa.

É que a pessoa terá um combo de dados pessoais sendo coletado, armazenado e até mesmo compartilhado, principalmente para finalidades lucrativas ou fomento de publicidade. É esta a realidade do negócio jurídico com o dado pessoal sendo um objeto. Logo, pelo fato de os dados pessoais serem tratados, emerge um risco à pessoa titular.

Justamente por isso, Paiano e Schiavon comentam: “a tutela dos dados pessoais passou a ser uma preocupação em razão da defesa da esfera privada e dos direitos da personalidade, e não somente no seu aspecto de sigilo informacional”.⁴⁹⁹

A proteção de dados pessoais encontra-se sustentada pela questão da personalidade, que é um atributo universal e, ao mesmo tempo, particular. É universal porque qualquer pessoa é proprietária de uma personalidade, bastando ser da espécie “sapiens” e do gênero “homo”; e é particular porque cada ser a tem, sendo um atributo inerente.

Tendo personalidade, automaticamente o indivíduo terá direito à proteção de dados pessoais. Não se fala em pessoa sem personalidade, motivo pelo qual não se cogita de proteção de dados pessoais para pessoas sem personalidade. Seja criminoso ou civil, pelo fato de existir, ter uma personalidade, haverá um direito essencial à proteção dos dados pessoais.

Para Rosenthal e Cristiano Chaves:

É certo afirmar que pessoa é todo aquele sujeito de direitos. É, enfim, aquele que titulariza relações jurídicas na órbita do Direito, podendo se apresentar como sujeito ativo ou como sujeito passivo, além de reclamar um mínimo de proteção necessária ao desempenho de suas atividades. [...] Não se pode ignorar, contudo, que, singrando os mares de constitucionalização do Direito Civil, é de se reconhecer que ser pessoa não pode significar, tão somente, a possibilidade de titularizar relações jurídicas. É preciso lembrar que a pessoa tem uma existência (que deve ser digna).⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. Sociedade de risco e o futuro do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 44, 2002, p. 628-629. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017faac6a4654178d789&docguid=I4493f260f25611dfab6f010000000000&hitguid=I4493f260f25611dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=4000&context=91&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 21 mar. 2022.

⁴⁹⁹ PAIANO, Daniela Braga; SCHIAVON, Isabela Nabas. Abrangência da Lei Geral de Proteção de dados pessoais: Aplicação em caso de tratamento de dados realizado em tempos de pandemia de covid-19. Revista dos Tribunais, v. 1034, 2021.

⁵⁰⁰ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

É de bom tom afirmar novamente que a personalidade é universal e particular, bastando a pessoa ter sua concretude na realidade, podendo não apenas exercer direitos e deveres, como também reclamar um âmbito mínimo de existência, consagrada no pilar de uma vitalidade digna, com a personalidade munida com proteções em esferas subjetivas e objetivas.

Tendo uma existência concreta, há um direito intrínseco de personalidade, isto é, a personalidade é inerente a condição de pessoa. “Os sistemas jurídicos atuais garantem a todo ser humano certos bens jurídicos em decorrência do simples fato de sua existência”.⁵⁰¹ Um desses bens é o direito de personalidade, o qual apenas é garantido com dose de reforço, afinal a personalidade é natural, concedida pela existência do indivíduo, não da lei.

Dito de outro modo, dispensa-se uma norma para conceder uma personalidade à pessoa, afinal a mesma tem aquele atributo apenas por sobrevir. O que existe, em verdade, é a pessoa tendo a personalidade, um bem jurídico, sendo reforçada por ordem do Direito positivado pelo Estado.

Por todo o exposto, se percebe que a proteção de dados pessoais é inerente a condição da pessoa. Apenas pelo fato da pessoa se consolidar na realidade ontológica, a mesma terá uma personalidade, consistente na aptidão de exercer, com dignidade e respeito na personalidade, seus direitos e deveres.

É em decorrência de tal personalidade que existem as extensões de tutela nas integridades físicas, morais e psicológicas. Com precisão cirúrgica, Limongi pondera que a personalidade tem extensões de tutela física, moral e psicológica.⁵⁰²

Registre-se que a pessoa humana tem uma personalidade, a qual lhe concede a aptidão para ser proprietária do direito à integridade psíquica, de tal modo que sua mente deve estar em paz não apenas com si próprio, como também com o universo e o mundo. A personalidade, portanto, concede à pessoa a autonomia sobre o direito à integridade psíquica, devendo tal direito circular em gravitação ao humano para resguardar seu âmbito interno, inalcançável por terceiros.

⁵⁰¹ MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: Aspectos gerais. Doutrinas essenciais de Direito Civil, v. 03, 2010, p. 249. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&sguid=i0ad6adc50000017faea44fa351a7e01&docguid=I0f3c11f068211e181fe000085592b66&hitguid=I0f3c11f068211e181fe000085592b66&spos=3&epos=3&td=4000&context=234&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 mar. 2022.

⁵⁰² FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade coordenadas fundamentais. Revista do Advogado, n° 38, p. 5-13, São Paulo, 1992.

O âmbito de integridade psíquica é uma “estrutura do sujeito”, a qual está vinculado a ele pelo fato de sua existência, de carne e osso; e, portanto, cada ser humano considerado em si mesmo tem direito à busca pela paz, tranquilidade e felicidade, afastando, sempre que possível, invasões em suas esferas interiores, abaladoras de uma sensação de harmonia e equilíbrio.⁵⁰³

Sendo uma estrutura interna do indivíduo, a integridade psíquica concede ao titular um combo de atributos relacionados com a paz, a harmonia e a tranquilidade, ou seja, saúde mental torna-se ligada a preservação da salubridade corporal, especificamente no campo do sistema cerebral. O ser humano tem a estrutura interna de integridade psíquica, consistente em uma “higidez mental”, inato a categoria de saúde.⁵⁰⁴

Ter integridade psíquica é ter um bom funcionamento do organismo químico, e é a paz, a tranquilidade e a harmonia que compõem tal higidez psíquica. Em suma, a integridade psíquica, um atributo da pessoa, consiste no indivíduo ter um recanto interno, no sistema da psique, e que esteja distante da trilha de perturbações, logo de incômodos e dores.

“O direito à integridade psicofísica tem por objeto a preservação da intocabilidade do corpo físico e mental da pessoa humana”, segundo Otte.⁵⁰⁵ Levando-se em consideração que a integridade psíquica diz respeito à saúde mental da pessoa estar protegida, livre de ameaças ou perturbações, deve-se reconhecer uma intocabilidade na psique da pessoa, com fulcro no desenvolvimento de sua personalidade.

“A pessoa humana transmutou-se da sua condição de sujeito in abstracto para epicentro dos epicentros, pessoa real e concreta, valor fundamental a ser protegido pelo direito”, motivo pelo qual sua característica interna, a que está no sistema da psique, passou a ser reconhecida.⁵⁰⁶ Abandona-se a concepção oitocentista que apenas o lado físico deve ser

⁵⁰³ GADIA, Giovanna Cunha Mello Lazarini. A saúde psíquica enquanto elemento do direito fundamental à saúde: um estudo sob a ótica da dignidade. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Uberlândia, 2015, p. 111. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13227/1/SaudePsiquicaEnquanto.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022.

⁵⁰⁴ BESSA, Leonardo Roscoe; REIS, Milla Pereira Primo. Dano moral e dor: direito autônomo à integridade psíquica. *Civillistica.com*, v. 9, n. 1, 2020, p. 13. Disponível em: <https://civillistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/504/378>. Acesso em: 22 mar. 2022.

⁵⁰⁵ LACERDA, Dennis Otte. Direito da personalidade e integridade psicofísica. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/1932.pdf. Acesso em: 22 mar. 2022.

⁵⁰⁶ BARROSO, Lucas Abreu; DIAS, Eini Rovena. O dano psíquico nas relações civis e de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 94, 2014, p. 91. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6ade50000017fba42b63d61f93082&docguid=Ia8939c50122a11e489e2010000000000&hitguid=Ia8939c50122a11e489e2010000000000&spos=10&epos=10&td=1581&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 24 mar. 2022.

tutelado, inaugurando uma era onde a pessoa tem existência concreta, merecendo sua faculdade mental ficar protegida, logo tendo harmonia, equilíbrio e paz.

A salubridade mental diz respeito ao sistema interno ficar sobre o recanto da tranquilidade, sem usufruir de uma preocupação ou de sentimento diverso que cause pânico, agonia, medo. Havendo paz interna, onde a consciência resta-se livre de preocupações e sentimentos negativos, automaticamente se cogita de um sistema psíquico que goza de saúde.

A natureza humana reclama uma proteção especial, que, dentre vários modos, pode ser alcançada através da proteção na salubridade orgânica do sistema psíquico, com fulcro no distanciamento de pensamentos que abalam o bom funcionamento da consciência. Daí porque Hibner entende que a integridade psíquica, um direito essencial e vinculado ao direito da personalidade, corresponde a um eixo de proteção, desenvolvimento e promoção do indivíduo.⁵⁰⁷

Assiste razão ao autor. Levando-se em consideração que deve haver uma zona de tranquilidade no sistema mental do indivíduo, essencial se torna ter o direito à integridade psíquica, consistente em três eixos: tutela, promoção e desenvolvimento do indivíduo. Havendo possibilidade da pessoa de ficar com a mente equilibrada e sem pensamentos atordoantes, há uma tutela no organismo particular do ser.

Com a projeção da pessoa de carne e osso na realidade, a sua natureza, com frequência, reclamará uma tranquilidade, harmonia e equilíbrio no dia a dia. É o reconhecimento de que o “homo sapiens” tem um campo interno, o da saúde mental, que tem de gozar de paz.

Pertencendo a espécie sapiens e ao gênero humano, automaticamente se regozija de uma existência de um campo interno, o do sistema mental, que tem que ficar misturado com os gradientes de harmonia, equilíbrio e paz, não de caos, desordem, preocupação e sentimentos negativos. A mente é o campo fértil da raça humana, motivo pelo qual merece estar preservada.

“A integridade psíquica é o resultado do livre desenvolvimento da personalidade para o quê se fazem necessárias condições mínimas de sobrevivência digna - que atenda à vida e à condição humana”.⁵⁰⁸ É tal condição humana que exige uma faculdade mental preservada

⁵⁰⁷ HIBNER, Davi Amaral. As tutelas dos direitos da personalidade no Código de Processo Civil. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Espírito Santo, 2019, p. 24. Disponível em: https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/11316/1/tese_13451_Disserta%C3%A7%C3%A3o-Vers%C3%A3o%20final.pdf. Acesso em: 24 mar. 2022.

⁵⁰⁸ GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. Instituto Brasileiro de Direito de Família, p. 451.

contra lesões ou preocupações, sendo tal medida uma condição mínima para o livre desenvolvimento da personalidade.

Partindo de todo o exposto, torna-se essencial compreender a fundamentalidade do contrato eletrônico existencial com tríade de cliques.

No momento em que, nos moldes atuais, se celebra um contrato eletrônico, automaticamente há um tratamento, por parte do empresário digital, nos dados pessoais dos titulares. Escrevendo de outro modo, hodiernamente, com a concretização do contrato eletrônico o empresário adquire a aptidão para tratar os dados pessoais, seja para coletar, armazenar, classificar, compartilhar, seja com finalidade econômica, como para criar inovação no mercado, ou não.

Este cenário se concretiza na realidade orgânica por causa de três fatores, especialmente. São eles: a) frágeis políticas de tutela aos dados pessoais; b) uso do consentimento presumido; c) ausência de legislação

Conforme já verificado, ao marcar a caixa retangular com um click o consumidor está, por força de consentimento presumido, concordando com todas as regras e princípios contratuais. O impasse está em que tal arranjo contratual é vinculado com políticas que vão em desencontro com a proteção de dados pessoais. No mais das vezes, são encontradas cláusulas que permitem o compartilhamento dos dados pessoais para finalidades de aumentar a satisfação do ser; e, vale ressaltar, muitas das vezes tal procedimento, assim como vários outros tratamentos, são feitos sem conhecimento concreto por parte do titular.

Na temática de política de privacidade de informação a Siebra e a Xavier defendem que, na atualidade, os mecanismos digitais, incluindo o contrato eletrônico, geram a vantagem de celeridade e a desvantagem à privacidade, porquanto surgem reféns de tratamento de dados pessoais pelos empresários digitais, e, muitas das vezes, o titular sequer “está ciente sobre exatamente quais dados são coletados, para que são coletados e com quem são compartilhados”.⁵⁰⁹

As cláusulas relacionadas à privacidade giram em torno de diversos tratamentos, principalmente os que ampliam o sistema de compartilhamento entre os agentes, bem como os que geram lucros com a criação de conteúdo personalizado no mercado.

Ademais, também se utiliza de um consentimento presumido para a concretização do contrato eletrônico existencial, nos moldes atuais. É que o indivíduo, para adquirir um

⁵⁰⁹ SIEBRA, Sandra de Albuquerque; XAVIER, Gabriela Araújo Cavalcanti. Políticas de privacidade da informação: caracterização e avaliação. Revista do Instituto de Ciências Humanas e da Informação, v. 34, 02, 2020, p. 72. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/biblos/article/view/11870/8428>. Acesso em: 25 mar. 2022

produto ou um serviço, é obrigado a fornecer um click na caixa retangular ou de outro formato. Acaba concretizando, pelo elemento volitivo presumido, tal arranjo contratual, cujo objeto central é o dado pessoal.

Tendo possibilidade de algum tratamento na esfera da personalidade, se cogita de uma transição do contrato eletrônico para o contrato eletrônico. São celebrados através de um click, motivo pelo qual surge um impasse no campo da vontade. A pessoa, diante de uma necessidade, adquire um produto ou um serviço no corpo eletrônico, mas, em decorrência de seu click, fornece o consentimento presumido para terceiros tratarem sua esfera privada, a do campo dos dados pessoais.

Sthéfano Divino elenca:

A disciplina e condicionamento para a coleta do consentimento do titular dos dados para autorizar o seu tratamento é problemática. O modelo contratual (em geral clickwrap ou point-and-click) facilita o titular dos dados a cessão destes vez que, com apenas um click na caixa de diálogo (Li e aceito os termos de serviços e as políticas de privacidade), terá o controlador e/ou operador o relevo necessário ao início às atividades de processamento de dados. Em primeiro lugar, existe coligação contratual entre prestação de serviços (P) e o de coleta e tratamento de dados pessoais (C). Se visto na ótica do fornecedor/prestador de serviços, o suporte fático necessário a constituição desse complexo negócio é a soma de P+C. Neste caso existe multiplicidade de volitivas. Caso a volitiva elementar P ou C esteja ausente no momento da constituição contratual, o contrato não será o mesmo, vez que ambas exercem função de essentialia negotii. Em segundo lugar, a pretensão e a expressão externada pela volitiva negocial do titular dos dados é apenas declarada no indicativo P. Nem há que se cogitar vontade tácita, pois inexistente vox direcionada a autorização da coleta e tratamento de dados. Como o consentimento é elemento volitivo subjetivo inerente ao núcleo negocial, não pode a Lei figurar situações em que ela supra uma vontade inexistente. Consentimento é ato constituidor. A posição do usuário em relação ao indicativo C é ato volitivo declarativo, onde inexistente vontade negocial suficiente a subsidiar o ingresso do suporte fático C no mundo jurídico. Onde não se detecta a volitiva e inexistente sua consciência de exteriorização, a declaração de vontade não se sustenta.⁵¹⁰

Além do mais, também existe uma ausência de legislação para regular o binômio contrato eletrônico existencial versus liberdade contratual e clickwrap. Gize-se que a Lei Geral de Proteção de Dados exige um consentimento livre, informado e inequívoco, para o tratamento de dados pessoais, porém é omissa em dispor sobre a falha da contratação digital existencial e sua característica de clickwrap.

Já se verificou ao decorrer da obra que, quando da celebração do contrato eletrônico existencial (no modelo atual), inexistente, com frequência, o respeito aos elementos do consentimento (livre, informado e inequívoco).

⁵¹⁰ DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. O consentimento necessário ao tratamento de dados na lei 13.709/2018: Reflexões no estudo da teoria do negócio jurídico nas relações de consumo. RJLB, n. 6, 2020, p. 1.336-1.337. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/6/2020_06_1309_1344.pdf. Acesso em: 24 mar. 2022.

O código Civil também é omissivo em regular a clickwrap para um efetivo tratamento de dados pessoais após a celebração do contrato eletrônico existencial. Tem diversas disposições acerca do consentimento, porém, ainda assim, é incompleto – É este cenário é uma contradição com o fundamento do código civil, que é a operabilidade.

De todo modo, enquanto não se regula a clickwrap como instrumento para o tratamento de dados pessoais após a formalização do contrato eletrônico existencial, continuará o modelo atual tendo vigência, gerando fortes efeitos na vida do titular.

Neste cenário é que nasce a fundamentalidade do contrato eletrônico existencial com tríade de cliques, no mínimo. Isto porque, com tal formatação há uma valorização no consentimento livre, inequívoco e informado para um possível tratamento de dados pessoais pelo empresário digital.

Um click é para a coleta, outro é para o compartilhamento e o último é para a formalização do objeto patrimonial, o objeto ou o serviço. Logo, respeita-se o essencial elemento volitivo sem vícios, que é aquele fornecido com clareza, certeza e desprovido de defeitos.

Após a celebração do contrato eletrônico existencial de três cliques, o empresário digital poderá: a) fornecer o objeto ou serviço e não coletar ou realizar qualquer outro tratamento no dado pessoal; b) fornecer o objeto ou serviço e apenas coletar os dados, não partilhar; c) fornecer o produto ou serviço patrimonial e coletar e compartilhar os dados pessoais.

É necessário que o produto ou serviço seja coletado e, para a concretização de tal negócio, não é essencial aceitar a coleta e outras operações internas ou o compartilhamento dos dados pessoais.

Ainda que tal medida aumente a projeção da autodeterminação volitiva, não se pode negar que o titular está exposto ao dano em sua esfera psíquica, ou seja, ainda que a contratação eletrônica existencial de três cliques esteja em vigor, pós procedimento regulatório, isso não afasta a possibilidade do titular em sofrer lesões na personalidade.

Após concretização do contrato eletrônico existencial, onde o titular apenas forneceu o consentimento para a coleta, pode o empresário digital sofrer uma invasão hacker em seus equipamentos tecnológicos, produzindo o infeliz evento de vazamento de dados pessoais. Através do acesso destes, podem terceiros realizar tratamentos abusivos ou ilícitos que gerem lesões na esfera psíquica do titular.

Imagine, por exemplo, que o dado vazado seja relativo ao risco de crédito do titular. Uma terceira instituição, após cadastro desta informação em seu sistema, pode impactar negativamente a vida econômica do titular, afinal este pode sofrer restrições de crédito por parte da sociedade empresário com objeto bancário.

De certa forma, tal evento impacta no sistema psíquico do indivíduo, que terá uma preocupação, não um equilíbrio ou a paz. Há a produção de um desequilíbrio no recanto interno psíquico, que deveria estar acobertado pela tranquilidade e equilíbrio.

Outro exemplo merece prosperar. Se concretiza o contrato eletrônico existencial com a permissão do titular tanto para ter a coleta quanto o compartilhamento com terceiros. Neste caso, o risco à integridade psíquica aumenta, pois mais agentes terão acesso ao dado, logo há mais probabilidade de se tratar indevidamente ou com ilicitude.

Também haverá probabilidade de existir dano na esfera orgânica mental, bastando que exista uma conduta que gere um dano no regular desenvolvimento da personalidade interna. Quero dizer, no caso do contrato eletrônico existencial com aceite de todas as caixas retangulares há um risco elevado à esfera psíquica do titular, porquanto o empresário digital e terceiros podem experimentar o evento de vazamento de dados, e terceiros, com a posse, podem realizar um tratamento danoso, logo ilícito ou abusivo.

Não se restringe o dano ao vazamento, pelo contrário, pode ser até mesmo por um preposto do empresário digital. Qualquer tratamento que gere um dano pode ocorrer, seja em própria zona empresarial ou em espaços de terceiros, é isso.

Celebrado o contrato eletrônico existencial, pode existir dano na esfera da integridade psíquica do titular com terceiro fazendo um tratamento indevido. Tendo uma perturbação na salubridade orgânica mental, há o dano; e tendo uma harmonia, uma paz, ou melhor, tendo uma sensação de serenidade interna, não existe abalo psicológico em decorrência de algum tratamento.

Ações humanas discriminatórias, racistas, ofensivas, abusivas ou que gerem abalos nos sistemas mentais. Estes são exemplos de condutas que podem existir em decorrência do acesso aos dados pessoais dos titulares após a celebração do contrato eletrônico existencial com três cliques.

Por todo o exposto, torna-se nítido que é essencial um contrato eletrônico existencial com três cliques, no mínimo. É que, assim, aumenta a autodeterminação do sujeito para escolher se o seu rol de dados pessoais poderá ser tratado (coletados ou/e compartilhados).

Além do mais, tal arranjo contratual também é necessário frente aos impactos de tratamentos na personalidade interna, a da integridade psíquica.

1.3 Contrato eletrônico existencial: Da clickwrap à efetividade da tutela humana

À concretização da pessoa humana exigem-se muitas medidas. Há um parâmetro de mínimo existencial para o indivíduo ter sua projeção valorizada, concretizada a ponto de ser valorizada, não apenas ter vida. O ser humano, de carne e osso, possui uma necessidade de tutela em seus diversos aspectos, especialmente aqueles mínimos.

A estrutura biológica do indivíduo, composta por átomos, células, tecidos, órgãos, sistemas e existência, necessita de uma tutela, para que a personalidade seja desenvolvida com respeito ao valor mais precioso da humanidade, o do indivíduo. Trocando em miúdos, a salubridade da pessoa reclama uma proteção contra possíveis interferências de danos, com respeito ao livre desenvolvimento.

Uma das necessidades vitais do indivíduo, pelo fato de estar inserido em uma realidade de sociedade digital do risco, é a efetiva proteção na sua faceta da personalidade interna, abrangendo toda sua faculdade mental. Tendo uma integridade mental, composta pela psique, é vital a mesma estar sobre o manto da paz, do equilíbrio e do livre desenvolvimento, com fulcro na preservação da existência digna.

Yone Nasser psique “abrange todos os pensamentos, sentimentos e comportamentos, tanto conscientes como inconscientes”, isto é, “é a personalidade do sujeito que se apresenta através de sua psique”.⁵¹¹ Qualquer indivíduo, bastando pertencer a espécie “sapiens”, reclama uma proteção na sua identidade mental, caracterizada pela psique.

Trata-se de medida que vai de encontro com o fundamento do atual Estado social: o de elevar o ser humano ao centro de gravitação do ordenamento jurídico. Para concretizar isto, protege-se suas faculdades mentais, que merecem ser exercidas com paz e austeridade. Neste sentido, utilizando a teoria de Jung, a doutrina conclui que a personalidade é “tomada como índice de desenvolvimento da psique que não pode ser finalizado, pois não há um ponto último a se atingir, uma vez que somos seres inacabados”.⁵¹²

⁵¹¹ NASSER, Yone Buonaparte d'Arcanhy Nobrega. A identidade corpo-psique na psicologia analítica. Estudos e pesquisas em psicologia, v. 10, n. 02, 2010, p. 326. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/download/8957/6845>. Acesso em: 25 mar. 2022.

⁵¹² TEODORO, Elizabeth Fátima; SILVA, Mardem Leandro; FERREIRA, Pedro Henrique Estevão. Arqueologia da psique: um breve esboço da teoria da personalidade à luz de Jung. Revista da Graduação em Psicologia da PUC Minas, v. 4, n. 8, 2019, p. 308. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/pretextos/article/view/18675/15036>. Acesso em: 25 mar. 2022.

No momento em que se regula a contratação eletrônica para conter, ao mínimo três cliques, tutela-se o ser humano, ou melhor, leva-se em consideração que o mesmo existe, tendo uma vontade que deve ser respeitada, sendo sua autonomia fonte de seu reconhecimento como sujeito singular no universo, dotado de racionalidade e capacidade mental.

O ser humano passou de invisível para visível. Com isto, atos e fatos jurídicos devem levar em conta sua existência, logo sua autodeterminação informativa, um atributo intrínseco à sua natureza. Não se pode negar que o humano tem uma consciência, que expressa o seu desejo, a sua vontade, enfim, o que o mesmo tem como objetivo, e, então, deve valorizá-la.

Daí porque Fernando Martins e Keila Pacheco mencionam que a “intangibilidade humana” deve ser levada em consideração nos contratos de natureza existencial, incluindo aí, por conclusão, o eletrônico, cujo objeto, além do produto ou serviço, é a própria pessoa.⁵¹³ De fato, o ser humano, diante de uma contratação eletrônica existencial, deve ser um pilar de observância obrigatória. A integridade mental, o ser humano e sua vontade são elementos que devem ser observados quando da celebração de tal arranjo contratual, afinal representam vetores da projeção da personalidade.

Então, deve-se alterar a sistemática atual de celebração de contratos eletrônicos com objetos relacionados aos dados pessoais. Um simples click é insuficiente para expressar um consentimento livre, inequívoco e informado com todos os termos do jogo contratual, no mais das vezes. É que o consentimento, o objeto, o agente e a forma tendem a ter relações com o objeto patrimonial do produto ou serviço, não com o próprio fenômeno de despersonalização da personalidade.

No contrato eletrônico de adesão deve-se ter, no mínimo, três cliques para se reconhecer uma efetividade humana, que é composta pelo reconhecimento de que o ser humano, pelo simples fato de existir, possui uma vontade e também uma personalidade.

A autodeterminação informativa e a personalidade são inerências dos indivíduos, alguns tendo mais grau de autonomia naquela, outros tendo menos – e, ainda assim, neste último, se reconhece um direito de apoio (curatela ou tutela) para auxiliar na tomada de decisões.

⁵¹³ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. Revista de Direito do Consumidor, v. 79, 2011, p. 275. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017fc6a1f1602f28f1c4&docguid=I18aebd50008911e1968d00008558bdfc&hitguid=I18aebd50008911e1968d00008558bdfc&spos=9&epos=9&td=1554&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 26 mar. 2022.

Sendo aqueles intrínsecos da espécie sapiens (Consentimento e personalidade), devem ser levados em consideração. Para a doutrina, “é possível afirmar que em toda e qualquer relação privada o respeito às garantias fundamentais constitucionais é condição de validade”.⁵¹⁴ Indo além, é possível afirmar que qualquer contrato eletrônico existencial deve respeitar o tríptico eixo: pessoa humana, personalidade individual e autodeterminação informativa.

Não é suficiente, para expressar um consentimento inequívoco, livre e informado, exigidos pela LGPD, a contratação eletrônica existencial com apenas uma caixa a ser marcada. Para piorar, tal cenário presente, no Brasil, não proporciona um respeito ao tríptico eixo de pessoa, personalidade e consentimento.

Isto porque, o empresário digital adquire possibilidade de tratar os dados pessoais apenas pelo indivíduo ter fornecido um click. Presume, então, que tal gesto representa a concordância expressa com todos os “termos e condições” do arranjo contratual. É uma desvalorização da espécie humana, pois não se leva em consideração que o contratante tem uma vontade, que deve ser eficaz quando for celebrar o negócio. Com efeito, o indivíduo quer munir-se com um serviço ou adquirir um produto, entretanto ao fornecer o click, fruto do consentimento viciado, torna-se refém do fenômeno da despersonalização da personalidade.

Neste caldo, emerge o contrato eletrônico existencial com três cliques, ao mínimo. “Os contratos existenciais” são basilares para “cumprirem fielmente sua função de promover o desenvolvimento da pessoa”, de acordo com Caroline Menezes e Caparelli.⁵¹⁵ Esta ótica também se aplica ao eletrônico existencial, porquanto ele serve tanto para promover a pessoa quanto para reconhecer que a mesma tem uma vontade, que tem de ser concretizada na realidade orgânica.

O contrato eletrônico existencial com três cliques gera uma efetividade à pessoa humana. Um clique é destinado ao alcance do objeto ou do serviço, outro click é para ter a coleta de dado pessoal e o último é para o empresário digital compartilhar. No fundo, é uma medida que valoriza a autodeterminação informativa do indivíduo, lhe projetando na realidade como um ser autônomo e que tem uma personalidade a ser efetivada.

Então, com o contrato eletrônico existencial com três cliques, há um reconhecimento à espécie do adquirente de produto ou serviço, especialmente porque o mesmo, exercendo sua

⁵¹⁴ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 75.

⁵¹⁵ MENEZES, Caroline Nogueira Teixeira de; CARQUI, Vagner Bruno Caparelli. Contrato existencial como instrumento para efetivação do mínimo social. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, 2015, p. 209. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/e703oogw/d0WEG0cD7RmchilM.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2022.

vontade livre, inequívoca e informada, disporá se o empresário digital poderá, ou não, realizar tratamentos em sua esfera de dados.

2 A Lei da Liberdade Econômica e a validade do contrato eletrônico existencial: Os artigos 113 e 421 do Código Realense, o processo de horizontalização do direito privado e os efeitos ao indivíduo

A Lei da Liberdade Econômica (LLE) trouxe uma série de modificações para a dogmática contratual. Observando o artigo 113 e o artigo 421, por exemplo, torna-se nítido que teve uma tentativa de afastar a intervenção do Estado no âmbito contratual.

O artigo 113 dispõe:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º **As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.** (Grifo nosso).

Observando o parágrafo dois, que foi inserido pela LLE, torna-se cristalino que os contratantes podem criar regras diferentes das previstas em lei.

Tal disposição merece alguns comentários.

Para o operador de direito, já ciente que o Código Realense deve ser interpretado conforme todo o seu corpo e, também, o da Constituição Federal, em respeito ao processo de horizontalização do direito privado, não é muito difícil compreender que o parágrafo dois concede a possibilidade para os contratantes pactuarem regras que estão em consonância com a boa-fé, com os costumes, com a Jurisprudência, afastando erros de consentimento, *pacta sunt servanda* absoluta, *venire contra factum proprium* e demais institutos desvinculados com o “contrato saudável”, seja ele celebrado no ambiente físico ou eletrônico.

Tal comentário se aplica ao operador de direito que atua no campo civilista, com conhecimento acerca do processo de horizontalização da tábua axiomática privada, o Código Civil. Então, pode-se firmar o entendimento de que para o operador do direito fora do campo

contratual tal regra, introduzida pela LLE, pode fazer aquele criar uma interpretação diferente, caso se basear exclusivamente na leitura fria da lei.

Sobre tal parágrafo, Carlos Konder e Williana Oliveira elucidam:

Pela redação literal do dispositivo a autonomia das partes poderia regular três aspectos supostamente distintos do procedimento hermenêutico: interpretação, preenchimento de lacunas e integração. Entende-se, portanto, que o artigo refere-se a algumas hipóteses recorrentes de negócios mais complexos, especialmente contratos comerciais internacionais, nos quais são comuns cláusulas iniciais que funcionam como glossários, enunciando um rol de definições de termos usados no instrumento, bem como cláusulas finais que fixam diretrizes hermenêuticas, como a interpretação em conformidade com a probidade e boa-fé, com as informações que foram até então partilhadas, que a interpretação deve ignorar outros documentos anteriores e se ater aos termos daquele instrumento etc. Com efeito, o dispositivo visa garantir aos negociantes faculdade que não parece ter jamais sido colocada em xeque abstratamente, pois lhes era amplamente reconhecida.⁵¹⁶

Porém, tal parágrafo dois não deve se restringir em contratos complexos, podendo ser utilizado em arranjos contratuais mais simples. Este pensamento vai de encontro com o próprio fundamento da lei: gerar um processo de desburocratização das relações privadas. Também não se encontra disposição mencionando que o parágrafo dois, do artigo 113, do CC, é aplicável apenas em contratos mais complexos.

É de bom tom frisar que, ainda assim, tal parágrafo não pode ser observado com um caráter absoluto, afinal o código civil deve ser interpretado levando em consideração todos os artigos, bem como a Carta Magna. É um processo de diálogo de fontes, logo há uma celebração de contratos com a submissão aos efeitos de todas extensões da lei maior e do Código Realense.

Portanto, apesar das partes, com o advento da Lei da Liberdade Econômica, poderem preencher regras de interpretação ou de lacunas e fazer integração de negócios jurídicos, tal procedimento não tem caráter absoluto, devendo as partes afastarem quaisquer vícios, abusividades ou ilicitudes de lacunas, cláusulas e celebrações de contratos.

Além disso, tal preceito não se aplica ao Código De Defesa do Consumidor, que é um microsistema jurídico de proteção ao sujeito vulnerável. Inclusive, o parágrafo um, do art. 1 da LLE, destaca que tal lei será “observada na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões,

⁵¹⁶ Konder, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei da Liberdade Econômica. Revista Fórum de Direito Civil, v. 09, n. 25, 2020, p. 29-30.

comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente”.

Não há menção ao Código de Defesa do consumidor ou mudança neste microssistema jurídico, motivo pelo qual a LLE não é aplicável em qualquer relação que envolva o destinatário final de produtos ou serviços.

Caso a LLE mencionasse o Código de Defesa do Consumidor haveria um processo de colisão de normas jurídicas, afinal:

Isto não poderia ser de outra maneira, pois como é sabido a defesa do consumidor constitui manto constitucional, estando presente no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal de 1988, além de estar presente no art. 170 também da Constituição, neste caso, indicada como um dos princípios da ordem econômica nacional, logo, não pode ser suprimida por norma que tenha como fim a afetação do cenário econômico nacional por meio de alterações do mercado. [...] A inteligência do CDC segue a via da harmonização e da integração entre os diplomas naquilo que for interessante à defesa e à proteção do consumidor. Por isso, o chamado microssistema normativo das relações de consumo admite o diálogo entre as fontes, a fim de estabelecer parâmetros para a correta atuação dos fornecedores, promovendo a defesa dos interesses dos consumidores, sendo, desta forma, impensável afastar ou diminuir o alcance da norma consumerista frente à liberdade econômica.⁵¹⁷

Em se tratando do artigo 421 do Código Civil, o parágrafo único consta que “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. Em se tratando de liberdade contratual (não confundir com liberdade de contratar), o parágrafo único do artigo 421 almeja buscar ainda mais uma busca pela mínima intervenção do Estado frente ao estabelecimento de negócios jurídicos por particulares que não sejam consumidores.

Ao que tudo indica, por força do termo “prevalecerão”, o parágrafo único elenca dois princípios: i) mínima intervenção; ii) excepcionalidade da revisão contratual.

Apesar deste princípio existir no Código Civil, não se pode perder de vista que a tábua axiomática privada serve ao humano, de tal modo que qualquer desequilíbrio contratual que lhe coloque em situação de risco deverá ser revisitada pela administração pública. Com isso, o legislativo, por exemplo com uma lei, e o judiciário, por exemplo com uma sentença, podem intervir no instituto do contrato para garantir o existencialismo do centro de gravitação do contrato, o humano.

⁵¹⁷ EFING, Antônio Carlos. A inexistência de reflexos diretos da lei da liberdade econômica no direito do consumidor. Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR, v. 5, n. 1, 2020, p. 16-17. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2020/04/revista-esa-11-cap-04.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

Inclusive, diversas normas sobre a intervenção do Estado no contrato são encontradas no Código Civil, tais como:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Art. 575. Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito. Parágrafo único. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

O contrato é um instrumento de projeção humana no Estado social, de tal modo que qualquer desequilíbrio que coloque em risco sua existência ou outros aspectos relativos a si próprio poderão ser afastados, revisados ou excluídos pela administração pública.

No que tange a excepcionalidade da revisão contratual, é certo que o instituído pelas partes deve ser concretizado. Há uma relação de confiança que necessita ser atingida entre os envolvidos no tecido contratual. Indo além, trata-se de cooperação contratual, com fulcro no adimplemento íntegro. O contrato não é brinquedo, mas sim um instrumento de consolidação de ações e interesses humanos, motivo pelo qual, sempre que possível, deve ser cumprido.

Apesar disso, não se pode afastar a noção de que o contrato pode ser revisto pela administração pública. Ora, sendo o contrato um instrumento vinculado a boa-fé e seus deveres anexos, bem como um instrumento que serve ao indivíduo, não poderá vigorar se não for de encontro com toda a sistemática cível e constitucional.

É de bom tom frisar que, hodiernamente, conforme já se verificou no capítulo II, o contrato é um instrumento que se vincula com os valores da pessoa humana, da boa-fé e da função social do contrato. Antes de ser um instrumento de concretização de interesses, o contrato é um instrumento para projeção individual, não podendo amenizar, portanto, os aspectos relativos aos deveres de cooperação, informação e lealdade, sobre pena de haver uma intervenção do poder judiciário para alcançar um equilíbrio. O contrato também não pode ser um instrumento que vai em desencontro com os interesses da administração pública, especialmente o de assegurar uma igualdade econômica entre os particulares.

Nalin, Pimentel e Ottoboni entendem:

Na perspectiva constitucional, portanto, admite-se a revisão do contrato quando se der a superveniência de fato que desequilibre a relação, seja pela revisão consensual ou forçada [...]. Ainda que as partes possam estabelecer regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos, é fato que referidas regras não poderão, sob pena de invalidade, contrariar a boa-fé. Ao pactuar regras de interpretação as partes estabelecem um negócio jurídico que, em última análise, tem em sua estrutura a boa-fé. Dessa forma, se fixadas regras de interpretação, integração e preenchimento de lacunas que contrariem a boa-fé objetiva, tal opção será inválida. Relembra-se: a interpretação dos negócios jurídicos deve ser realizada à luz da legalidade constitucional vigente, de forma que, mesmo por uma lógica ordenação hierárquica-normativa, é o conteúdo da lei infraconstitucional que deve adequar-se axiologicamente à Constituição e não o contrário. Assim, como expressão do princípio da solidariedade constitucional, o princípio da boa-fé deve anteceder e permear toda e qualquer operação de interpretação, integração ou preenchimento de lacunas nos negócios jurídicos, isto é, inclusive nos contratos.⁵¹⁸

Logo, tendo necessidade do contrato ser revisto pela administração pública, deve-se cogitar de busca pela aplicação de equilíbrio econômico, não desigualdade no campo do adimplemento, ainda que existam os princípios de mínima intervenção e excepcional revisão contratual.

“Desta forma, a força obrigatória dos contratos sofre uma flexibilização no sentido de não ser um fim a ser alcançado a qualquer preço, mas sim um fim decorrente da manutenção do espírito cooperativo das partes e da boa-fé conjunta”.⁵¹⁹ Supera-se o ideário de liberalismo contratual, onde o estabelecido pelas partes deveria ser buscado a quase todo custo, inaugurando-se uma era onde o contrato é um fim do indivíduo para projetar sua existência na realidade, respeitando, para tanto, a função social do contrato, a boa-fé e até mesmo a dignidade.

Justamente por isso, o contrato não pode estar imune a uma revisão ou em alguma interferência pela administração pública. Tendo justos motivos, tais como desequilíbrio econômico ou prestações excessivamente onerosas para uma das partes, há necessidade, caso o contratante queira, de se criar uma revisão no arranjo contratual, em respeito ao negócio jurídico ser um instrumento que deve ser vinculado com a proporcionalidade e razoabilidade.

⁵¹⁸ NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana Barsagila; PAVAN, Vitor Ottoboni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: Análise das alterações promovidas pela lei nº 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 25, 2020, p. 345-349. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/597/404>. Acesso em: 28 mar. 2022

⁵¹⁹ SANTOS, Eduarda Jade TÜRER. Contornos do art. 421-A do Código Civil pela Lei nº 13.874/19. Monografia (Graduação em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2020, p. 46. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/221935/001126245.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 mar. 2022.

Partindo de todo o exposto, se indaga: Como fica a validade do contrato eletrônico existencial com cláusulas frágeis de proteção de dados pessoais frente a Lei da Liberdade Econômica?

Levando em consideração que no contrato eletrônico existencial o indivíduo adquire um produto ou um serviço e, ao mesmo tempo, tem aptidão para discutir sobre o tratamento em seus dados pessoais (triade de cliques), pode se cogitar que, caso for uma relação consumerista, a Lei da Liberdade Econômica não exalará seus efeitos no tecido negocial. Em realidade, sendo uma relação de consumo, a LLE não produzirá qualquer efeito no tecido do contrato eletrônico existencial, tendo as partes que seguirem as diretrizes vitais dispostas no Código de Defesa do Consumidor, em respeito ao vulnerável.

Na prática, sendo o contrato eletrônico existencial fruto de uma relação consumerista, deve-se garantir às partes a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, microsistema com regras e princípios especiais para promoção da pessoa. Inclusive, o inciso V, do art. 6, do CDC, dispõe que é um direito básico daquele modificar cláusulas contratuais “que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Não pode o empresário digital, direta ou indiretamente, por força da Lei da Liberdade Econômica, estabelecer políticas de privacidade que desencontrem amparo na tutela da pessoa humana, em realidade terá, quando da criação das regras e princípios contratuais, observar as diversas normativas jurídicas, tais como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, o CDC, o Marco Civil da internet e a Constituição Federal, que, inclusive, coloca a proteção de dados pessoais como um Direito Fundamental.

No contrato eletrônico existencial, portanto, além da caixa a ser marcada com o objeto de produto ou serviço, também deve ter outras duas, sendo uma com a permissão para a coleta e outras operações internas e a outra para o compartilhamento. Gize-se que, neste intervalo, não podem, por exemplo, ter cláusulas que permitam discriminações no âmbito interno. Regras e princípios devem estar em conformidade com o kantianismo relativo, a função social e a boa-fé objetiva, é isso.

E caso o contrato eletrônico existencial não seja fruto de uma relação de consumo, pode-se aplicar a Lei da Liberdade Econômica quanto as cláusulas relativas a proteção de dados pessoais. Isto não significa, entretanto, que podem existir regras e princípios que não se amparem na personalidade, na função social do contrato e na cooperação, lealdade e informação, valores intrínsecos a boa-fé objetiva.

Em realidade, independente de o contrato eletrônico existencial ser consumerista ou não, a projeção da personalidade, a boa-fé e a função social gravitarão naquele instrumento, afastando uma liberdade contratual munida com regras viciadas ou que não estejam em consonância com o ordenamento jurídico.

Micaela Fernandes entende:

Assumir que qualquer contrato, simplesmente porque celebrado, tem força irrefreável perante as próprias partes e terceiros é desconsiderar a realidade de que todo contrato é celebrado inserido em um sistema de valores, e sob determinado contexto histórico, no qual importam as circunstâncias, inclusive as econômicas. [...] Sem prejuízo, sempre que houver violação a valores socialmente relevantes, efeitos de atos de autonomia poderão ser obstados (ou eventualmente modificados), com fundamento no princípio da função social do contrato, que determina a conformação da autonomia aos valores do ordenamento.⁵²⁰

Ainda que a lei 13.874 seja utilizada na contratação eletrônica existencial não consumerista, não se pode perder de vista que tal negócio deve ser permeado pelos valores do kantianismo relativo, boa-fé e função social.

Partindo daí, é permitido uma revisitação no instituto do contrato eletrônico existencial, seja para modificar, acrescentar ou excluir alguma regra, com respeito aquele negócio enquanto instrumento permeado pelos valores da boa-fé, kantianismo e função social.

⁵²⁰ FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Impactos da lei 13.874/2019 no princípio da função social do contrato: a liberdade econômica em foco. Revista dos Tribunais, v. 1010, 2019, p. 164-165. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017fd2ec9fca6e7c6fd0&docguid=Ia3ef8cc0076811ea9400010000000000&hitguid=Ia3ef8cc0076811ea9400010000000000&spos=13&epos=13&td=99&context=62&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 28 mar. 2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O consentimento se expressa: a) Opt in: é o consentimento que deve ser expresso; b) Opt out: é o consentimento válido se não tiver manifestação de vontade divergente, logo contrária.⁵²¹

Em se tratando do contrato eletrônico existencial com três cliques, utiliza-se um consentimento que é mais voltado para o “Opt out”. Ao concordar com a coleta ou/e compartilhamento de dados pessoais, há uma declaração de vontade que não é contrária. O indivíduo sabe, com clareza, caso marcar as três caixas, que existirão tratamentos internos e externos em suas informações personalíssimas.

Respeita-se até mesmo o consentimento exigido pela Lei Geral de Proteção de Dados, que deve ser livre, inequívoco e informado. Tendo o contrato eletrônico existencial três caixas, no mínimo, para ser marcadas, poderá exercer aquela espécie de consentimento para permitir alguma das seguintes hipóteses: i) aquisição do produto ou serviço, apenas; ii) obtenção do produto ou serviço, além de permitir apenas a coleta e outras operações internas; iii) aquisição do produto ou serviço e permissão para a coleta e para o compartilhamento dos dados.

Antes de tudo, o contrato eletrônico existencial com três cliques representa uma projeção da pessoa humana, pois leva-se em consideração que a mesma é dotada de uma razão, característica que a diferencia de qualquer outra espécie. A natureza humana é dotada de uma inteligência, que pode ser expressada, dentre vários meios, através da celebração de negócios jurídicos.

É neste caldo que o contrato eletrônico existencial de três cliques reconhece o indivíduo como portador de uma razão, pois, de fato, lhe concede a aptidão para consentir sobre quais tratamentos poderão ser realizados nos seus dados pessoais. É o consentimento “Opt out” sendo aplicado.

Muito além de concretizar o elemento da razão, tal contrato eletrônico existencial gera uma valorização do ser humano. Há uma transição da clickwrap para a efetividade da pessoa humana. Reconhecido que a natureza humana goza de uma personalidade especial, tutelada em nível constitucional e infraconstitucional, qualquer contrato terá que lhe observar. Neste

⁵²¹ MENDES, Laura Schertel. O direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 95, p.53-75, out. 2014.

caldo, o negócio de natureza eletrônica existencial observará os ditames advindos do direito fundamental à proteção de dados pessoais, em respeito a projeção da personalidade.

Para Laura Schertel e Marcela Mattiuzzo a proteção de dados pessoais é essencial, porém, ainda assim, podem existir tratamentos discriminatórios e que acarretem lesões em bens jurídicos tutelados, como a honra, a personalidade, enfim, que atinge o humano.⁵²² Estes tratamentos discriminatórios podem ser ilícitos, violadores de padrões jurídicos estabelecidos pela administração pública, e abusivos, violadores de padrões de condutas moderados e razoáveis.

Conforme já verificado, uma lista com nome de judeus, no contexto de nazismo, pode gerar danos irreversíveis à projeção do indivíduo. Agora, caro leitor, reflita: Qual o potencial de dano à pessoa de um banco de dados que é fruto de contratos no corpo eletrônico?

É neste contexto que emerge a necessidade de o contrato eletrônico existencial sair do atual design, onde tem apenas uma caixa para ser marcada, que representa a concordância presumida com todas as regras e princípios contratuais. Há necessidade de se adotar uma nova roupa para as contratações eletrônicas existenciais, conforme já verificado.

Nesta trilha, a doutrina elenca que ao invés de o contrato eletrônico existencial ter apenas uma caixa para ser marcada, deveria ter mais, sendo uma para “contratar a prestação comercial e a outra para disposição dos dados pessoais”.⁵²³

Por todo o exposto, uma problemática inicial emerge: se o ser humano é um meio, não um fim, conforme ideologia kantiana, como pode existir um tratamento de dados pessoais quando da celebração do contratação eletrônica existencial?

É uma questão tormentosa e muito cara para qualquer doutrina responder.

De um lado, existe toda uma construção racional de que o indivíduo tem uma autonomia e uma dignidade, e, portanto, deve ser um meio, não uma finalidade para saciamento de sentimentos alheios. A personalidade goza de recanto de proteção, é isso.

Do outro lado, na realidade se observa que existem alguns modos admitidos pelo direito para colocar o indivíduo como meio, não fim. No capítulo III, identificou-se, por

⁵²² MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. A LGDP e o princípio da não discriminação. Revista de Direito do Consumidor, v. 138, 2021. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017fd5e422e10a5ed12c&docguid=leedcdd10519d11eca032e4b0911c305c&hitguid=leedcdd10519d11eca032e4b0911c305c&spos=2&epos=2&td=2875&context=119&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 29 mar. 2022.

⁵²³ COUTO, José Henrique de Oliveira; COELHO, Luciana Zacharias Gomes Ferreira. A monitoração eletrônica e o silêncio do consumidor como manifestação de recusa na coleta de dados pessoais. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 10, 2021.

exemplo, que é lícito a prostituição, o boxe e a publicação de biografia não autorizada. Também identificou que é proibido colocar o ser como meio (v.g. não é permitido barriga de aluguel).

Neste sentido é que existem parâmetros básicos para permitir colocar o ser humano como meio – Para um maior aprofundamento, ver “A virada kantiana e a questão da legalidade de tratamento de dados pessoais: Limites de aceitabilidade para despersonalizar a personalidade”. São eles: i) temporariedade de colocar o ser como um meio, não um fim; ii) universalidade da personalidade individual, ainda que um ou mais indivíduos estejam sendo tratados como fins; iii) Direito como mecanismo para dar solidificação à sociedade; iv) a despersonalização não ser distante do que o corpo coletivo julga como possível.

Portanto, fazendo uma análise dos requisitos acima, é possível chegar ao entendimento de que a pessoa pode ser tratada como um meio com seus dados pessoais sendo alvos de tratamentos. Ainda assim, é necessário observar que a mesma tem uma personalidade, que reclama uma proteção contra abusividades ou ilicitudes, especialmente as que gerem danos existenciais.

É de bom tom frisar novamente que é necessário um contrato eletrônico existencial com uma nova roupagem, com fulcro na tutela do indivíduo e de sua personalidade e aptidão para declarar a vontade.

Tal contrato eletrônico existencial, assim como qualquer outro, deve respeitar os planos de existência, validade e eficácia. Não tendo consentimento, forma, objeto ou agente, não há de se cogitar de existência de contrato eletrônico existencial, por exemplo. O que diferencia tal modalidade contratual de outros é que um de seus objetos é o dado pessoal, é o próprio ser humano dissecado em informações. Também se tem que é um negócio estabelecido no corpo eletrônico, o que permite um intenso fluxo da transição de informações, incluindo sobre os titulares.

REFERÊNCIAS:

ALVES, Rogério Pacheco. O DNA Kantiano dos Direitos Humanos e sua Crítica a partir da Filosofia Imanente de Spinoza. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2015.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANGELONI, Maria T.; REIS, Eduardo S. Business Intelligence como Tecnologia de Suporte a Definição de estratégias para melhoria da qualidade do ensino. Encontro Nacional de Pós Graduação em Administração, 2006.

ANTONIUK, Florence Serpa. Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet segundo a legislação brasileira. Monografia (Graduação em Direito), Universidade Federal do Paraná, 2004. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49475/M408.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 mar. 2022.

AQUINO, Leonardo Gomes de. Elementos acidentais: Análise do plano da eficácia dos negócios jurídicos. Consilium, v. 1, n. 3, 2009. Disponível em: http://www.unieuro.edu.br/sitenovo/revistas/downloads/consilium_03_25.pdf. Acesso em: 08 dez. 2021.

AREND, Marcela Corso; PEREIRA, Jessica Olivaes; MARKOSKI, Melissa Medeiros. O Sistema CRISPR/Cas9 e a Possibilidade de Edição Genômica para a Cardiologia. Arquivos Brasileiros de Cardiologia, São Paulo, v. 108, n. 1, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/abc/a/S7rhCRLnYjVmCDfTrdSYTDs/?lang=pt>. Acesso em: 07 fev. 2022.

ARRUDA, José Jobson de Andrade. História Moderna e Contemporânea. São Paulo, Ática, 1974.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. O absolutismo e sua influência na formação do Estado Brasileiro. Revista dos Tribunais, v. 969, 2016.

ASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the Law of the Horse. University of Chicago Legal Forum, v. 207, 1996.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 9, n. 34, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: Existência, Validade e Eficácia. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2002.

BARBI, Humberto Agrícola. A vontade nos contratos. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 18, 1977.

BARROSO, Lucas Abreu; DIAS, Eini Rovená. O dano psíquico nas relações civis e de consumo. Revista de Direito do Consumidor, v. 94, 2014. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000>

[17fba42b63d61f93082&docguid=Ia8939c50122a11e489e2010000000000&hitguid=Ia8939c50122a11e489e2010000000000&spos=10&epos=10&td=1581&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf)

Acesso em: 24 mar. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 09 fev. 2022.

BASAN, Arthur Pinheiro; COUTO, José Henrique de Oliveira. A monitoração eletrônica do consumidor e a proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental. In: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords.); BORGES, Gabriel de Oliveira Aguiar; REIS, Guilherme (Orgs.). Fundamentos de direito digital: a ciência jurídica na sociedade da informação. Uberlândia: LAECC, 2020.

BASAN, Arthur Pinheiro; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A tutela do corpo eletrônico como direito básico do consumidor. Revista dos Tribunais, v. 1021, 2020.

BASAN, Arthur Pinheiro. O contrato existencial: análise de decisão judicial que assegura a sua aplicação. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 7, n. 1, 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/70>. Acesso em: 30 dez. 2021.

BASAN, Arthur Pinheiro; OLIVEIRA, Andréa Luísa de; COUTO, José Henrique de Oliveira. O elemento volitivo do consumidor frente à coleta de dados pessoais nos contratos eletrônicos e o paradigma do consentimento. Revista Jurídica Cesumar, v. 21, n. 3, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/9848/6889>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2.

BEILIN, Aline; MARCHAND, Valérie. L'affaire dite du lancer de nain. Académie de Versailles, 2020.

BESSA, Leonardo Roscoe; REIS, Milla Pereira Primo. Dano moral e dor: direito autônomo à integridade psíquica. Civilistica.com, v. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/504/378>

BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercado- ria. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

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

Braço direito de Hitler, Goebbels era ministro da Propaganda do nazismo. Jornal Nacional, 17 jan. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/01/17/braco-direito-de-hitler-goebbels-era-ministro-da-propaganda-do-nazismo.ghtml>. Acesso em: 07 fev. 2022.

BRAF, Ewa. Knowledge or Information - What makes the difference?. Organizational Semiotics: Envolving a Science of Information Systems. Massachusetts: Kluwer Academic Publishers, 2002.

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. Contrato eletrônico. Tomo Direito Comercial, 2018.

BRITO, Alessandro Vicente de. Os contratos no comércio eletrônico (uma análise sobre a sua validade). Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p. 38. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8181/1/Alessandro%20Vicente%20de%20Brito.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2022.

BIZELLI, Rafael Ferreira. Contrato existencial: evolução dos modelos contratuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BOBBIO, Norberto. Locke e o direito natural. Brasília: UNB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores.

BONINI, Paulo Rogério. Apontamentos sobre o tratamento legal da manifestação da vontade nos negócios jurídicos. Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil, 2018.

BONIZZONI, Mirian de Lourdes; ALVES, Kátia Cilene P.G.; BITTENCOURT, Marlene A. S. O “negócio jurídico” no Código Civil e o direito romano. Revista do Curso de Direito, v. 3, n. 3, 2006. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/509>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. O efeito jurídico do ato médico na interrupção da gravidez: a vida como dano. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Uberlândia, 2019. Disponível em: <http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/24672/1/EfeitoJur%C3%ADdicoAto.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2021.

BORGHETTI, Cibele Stefani. Pessoa e personalidade humanas: uma reflexão histórico-dogmática do seu reconhecimento e proteção jurídicos, na perspectiva da teoria da relação jurídica e das teorias dos direitos de personalidade. Mestrado (Dissertação em Direito), Universidade Federal do Paraná, 2006. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008493.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2021.

BOTELHO, Marcos César. A proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental: considerações sobre a lei geral de proteção de dados pessoais. *Argumenta Journal Law*, n. 32, 2020. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1840/pdf>. Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.604, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 29 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, De 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#direitoempresa. Acesso em: 01 dez. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. Resolução CFM Nº 2.294, de 27 de maio de 2021. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em: 03 fev. 2022.

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. ÖKONOMISCHER WERT VON VERBRAUCHERDATEN FÜR ADRESS UND DATENHÄNDLER: Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, 2017. Disponível em: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Berichte/Oekon_Wert_Daten_Adresshaendler.pdf?__blob=publicationFile&v. Acesso em: 01 fev. 2022.

CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. Sociedade de risco e o futuro do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 44, 2002. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017faac6a4654178d789&docguid=I4493f260f25611dfab6f010000000000&hitguid=I4493f260f25611dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=4000&context=91&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 21 mar. 2022.

CAGGIANO, Ilaria Amelia. Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo (GDPR) e analisi comportamentale. Iniziali spunti di riflessione. *Diritto, Mercato, Tecnologia*, 2017. Disponível em: https://www.dimt.it/wp-content/uploads/2017/06/images_pdf_Caggiano.pdf. Acesso em: 01 fev. 2022.

CALAZA, Tales. O direito à privacidade: origem histórica e jurídica. In: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords.); BORGES, Gabriel de Oliveira Aguiar; REIS, Guilherme (Orgs.). Fundamentos de direito digital: a ciência jurídica na sociedade da informação. Uberlândia: LAECC, 2020.

CANELLO, Julio. Os contratos eletrônicos no direito brasileiro: comentários sobre o tempo e lugar da formação contratual. *Sociais e humanas*, v. 20, n. 01, 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/902>. Acesso em: 03 mar. 2022.

CARBONAR, Dante Olavo Frazon. A origem da boa-fé (bona fides) no direito romano. *Revista de Direito Privado*, v. 87, 2018.

CARDOSO, Gustavo. *Societies in Transition to the Network Society*. CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Edit.). *The network Society from Knowledge to policy*. Washington: Center for Transatlantic Relations, 2005.

CARNEIRO, Aline Ferreira Costa; BRITO, Lucimeire Zago de; TAVARES, Viviane Ramone. Compliance digital: novas perspectivas sobre ética na sociedade da informação. In: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords.); BORGES, Gabriel de Oliveira Aguiar; REIS, Guilherme (Orgs.). Fundamentos de direito digital: a ciência jurídica na sociedade da informação. Uberlândia: LAECC, 2020.

CARROLL, Lewis. O princípio da função social do contrato: conteúdo, alcance e a análise econômica do direito. XIX Encontro nacional CONPEDI, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3525.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2021.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. Teoria Geral do Direito (o Construtivismo Lógico-Semântico). Tese (Doutorado em direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2022

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. Materials for an exploratory theory of the network society. *British Journal Of Sociology*, v. 51, n. 1, 2000. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1468-4446.2000.00005.x>. Acesso em: 22 jan. 2022

CASTELLS, Manuel. The contours of the network society. *Foresight*, v. 02, n. 02, 2000. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/14636680010802591/full/html?skipTracking=true>. Acesso em: 13 jan. 2022.

CASTRO, Gilberto Ramos de. Discussão conceitual sobre dado, informação e conhecimento: perspectiva dos alunos concluintes do curso de biblioteconomia da UFPB. Monografia (Graduação em biblioteconomia), Universidade Federal da Paraíba, 2011. Disponível em:

<http://www.ccsa.ufpb.br/biblio/contents/tcc/tcc-2011/discussao-conceitual-sobre-dado-informacao-e-conhecimento.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.

CECATO, Maria Áurea Baroni; OLIVEIRA, Armando Albuquerque de. Direitos Sociais: do Estado Liberal ao Estado Social. *Prim@ Facie*, v. 15, n. 29, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/33120/17165>. Acesso em: 17 dez. 2021.

CENCI, Ana Righi; BEDIN, Gabriel de Lima; FISCHER, Ricardo Santi. Do liberalismo ao intervencionismo: O estado como protagonista da (Des) regulação econômica. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 4, p. 77-97, 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/cenci.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2021.

CERVO, Amauri; SILVA, Rosane Leal da. Os contratos interativos e a nova economia virtual: panorama do tema a partir dos julgados do tribunal de justiça do Rio Grande Do Sul. *XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13050/2200>. Acesso em: 03 mar. 2022.

Civil Code of the People's Republic of China. Adopted at the Third Session of the Thirteenth National People's Congress on May 28, 2020. Disponível em: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=111290&p_classification=01. Acesso em: 18 jan. 2022.

COELHO, André Felipe Canuto. O Estado liberal: entre o liberalismo econômico e a necessidade de regulação jurídica. *Revista Jurídica UNIGRAN*, v. 8, n. 15, 2006. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17646/material/O%20Estado%20Liberal%20-%20Entre%20o%20Liberalismo%20Economico%20e%20a%20Necessidade%20de%20Regulacao%20Juridica.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021.

COHEN, JON. Did CRISPR help—or harm—the first-ever gene-edited babies?. *Science*, 1 ago. 2019. Disponível em: <https://www.science.org/content/article/did-crispr-help-or-harm-first-ever-gene-edited-babies>. Acesso em: 06 fev. 2022.

COLOMBO, Cristiano. Corpo eletrônico e tutela jurídica. *Revista Eletrônica Direito e TI*, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://direitoeti.emnuvens.com.br/direitoeti/article/view/15/11>. Acesso em: 14 jan. 2022.

CORREIA, Fabiano Simões. Um estudo qualitativo sobre as representações utilizadas por professores e alunos para significar o uso da internet. *Dissertação (Mestrado em Direito)*, Universidade de São Paulo, 2013.

CORREIA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade anônima*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

COSTA, Ilton Garcia da; FREITAS, Renato Alexandre da Silva; EMOTO, Leiliane Rodrigues da Silva. Pessoa: um breve panorama histórico. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 21, n. 1, 2021. Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7453/6640>. Acesso em: 21 dez. 2021.

COSTA, Izabella Affonso; NAGASHIMA, Rafael Kenji Freiburger; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Negócios jurídicos existenciais frente à nova lei da liberdade econômica. FIUZA, César A. de C.; CORRÊA, Cláudia F.; LISBOA, Roberto Senie (coord). Direito Civil Contemporâneo I, CONPEDI. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/olpbq8u9/3ka7b8yo/tCXoS3fsN6OmyQ5j.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2021.

COSTA, Leonardo Bocchi; COSTA, Ana Paula Bocchi. Flexibilidade da personalidade jurídica no direito romano: os dois lados de uma inovação jurídica. Revista Juris UniToledo, v. 3, n. 4, 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juris-UNITOLEDO_v.3_n.4.05.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

COUTO, José Henrique de Oliveira. Ausência de consentimento esclarecido do consumidor para tratamento de dados pessoais sensíveis: abordagem à luz da clickwrap. II Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial, 2021. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/b3vv7r7g/xb85z780/2JjyN6oV3CQhQkA6.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

COUTO, José Henrique de Oliveira; BASAN, Arthur Pinheiro. A ausência da boa-fé objetiva na coleta de dados pessoais sensíveis dos consumidores nos contratos eletrônicos. Anais do I seminário sobre Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania, 2020.

COUTO, José Henrique de Oliveira; COELHO, Luciana Zacharias Gomes Ferreira. A monitoração eletrônica e o silêncio do consumidor como manifestação de recusa na coleta de dados pessoais. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 10, 2021.

COUTO, José Henrique de Oliveira; NOGUEIRA, Marco Aurélio. A legalidade da internação compulsória de dependentes químicos na lei 13.840: uma análise a luz dos direitos de personalidade. Revista Forense, v. 432, 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/12/18/legalidade-internacao-compulsoria/>. Acesso em: 22 dez. 2021.

COUTO, José Henrique de Oliveira. Resumo de teoria geral do direito empresarial, empresa e empresário. 1. ed. Uberlândia: Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados, 2022, p. 63.

COUTO, José Henrique de Oliveira. Planos de existência e validade do negócio eletrônico para tratamento de dados pessoais de consumidores por empresários digitais: análise à luz da clickwrap. In: CALAZA, Tales; TAVARES, Viviane Ramone (Coords.). Direito civil 5.0: novas teses envolvendo direito e tecnologia. Uberlândia: LAECC, 2022.

CUNHA, Ezequiel Jacintho da. O direito do consumidor e os contratos eletrônicos. Monografia (Graduação em Direito), Univali, 2010. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Ezequiel%20Jacintho%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2022.

CURIEN, Nicolas; MUET, Pierre-Alain. La société de l'information. Paris: La documentation française, 2004.

CYRANOSKI, David. What CRISPR-baby prison sentences mean for research. Nature, 03 de jan. de 2020. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-020-00001-y>. Acesso em: 06 fev. 2022.

DAMIANO, Henrique. O Estado Social e o reconhecimento dos Direitos Sociais. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 27, 2005. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/106049?show=full>. Acesso em: 18 dez. 2021

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948.

DESCONSI, Raphaela Regina; GOULART, Fernanda Sell de. Análise da validade do negócio jurídico celebrado por pessoa com deficiência intelectual. Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil, 2017. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/11882>. Acesso em: 06 dez. 2021.

DIAS, Nathália da Mota Santos. Aparentamentos sobre a essencialidade e função social nos contratos existenciais. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Uberlândia, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13243/1/AparentamentosSobreEssencialidade.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.

DIAZ, Francisco J. et al. Frequency of CCR5 Delta-32 Mutation in Human Immunodeficiency Virus (HIV)-seropositive and HIV-exposed Seronegative Individuals and in General Population of Medellin, Colombia. Mem. Inst. Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, v. 95, n. 2, 2000.

DICKENS, Robert Lee. Finding Common Ground in the World of Electronic Contracts: The Consistency of Legal Reasoning in Clickwrap Cases. Marquette Intellectual Property Law Review, v. 11, n. 2, 2007. Disponível em: <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1098&context=iplr>. Acesso em: 01 fev. 2021

DIEFENTHAELER, Inés Beatriz Firpo. Das árvores às panelas no fogo: como nos tornamos humanos. Monografia em nutrição, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/87206/000910474.pdf;sequence=1>. Acesso em: 19. dez. 2021.

DINIZ, Carlos Eduardo Iglesias. A boa-fé objetiva no direito brasileiro e a proibição de comportamentos contraditórios. 10 anos do Código Civil: Aplicação, Acerto, Desacertos e Novos Rumos, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIRSCHERL, Fernanda Pantaleão; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Sharenting e poder parental na sociedade digital. In: CALAZA, Tales; TAVARES, Viviane Ramone (Coords.). Direito civil 5.0: novas teses envolvendo direito e tecnologia. Uberlândia: LAECC, 2022.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. O consentimento necessário ao tratamento de dados na lei 13.709/2018: Reflexões no estudo da teoria do negócio jurídico nas relações de consumo. RJLB, n. 6, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/6/2020_06_1309_1344.pdf. Acesso em: 24 mar. 2022.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DONEDA, Danilo. A Proteção de Dados Como um Direito Fundamental. Revista Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>. Acesso em: 17 jan. 2022.

DONNINI, Rogério José Ferraz. Bona fides: do direito material ao processual. Revista de Processo, v. 251, 2016.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. Revista de Informação Legislativa, v. 17, n. 66, 1980. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181214>. Acesso em: 07 jan. 2022.

EDDEROUASSI, Meryem. Le contrat électronique International. Droit. Université Grenoble Alpes, 2017.

EFING, Antônio Carlos. A inexistência de reflexos diretos da lei da liberdade econômica no direito do consumidor. Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR, v. 5, n. 1, 2020. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2020/04/revista-esa-11-cap-04.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto Albuquerque. As funções da boa-fé e a construção de deveres de conduta nas relações privadas. Fortaleza, Revista Pensar, v. 18, n. 2, p. 551-586, 2013. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2704/pdf>. Acesso em: 05 dez. 2021.

ELIAS, Cristiano. A igualdade à luz dos paradigmas de Estado liberal e social. Revista Eletrônica da Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 2, n. 1, 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/55-301-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2021.

ENGELMANN, Wilson; BASAN, Arthur Pinheiro; HELGERA, Carlos José de Cores. Do contrato liberal ao contrato existencial: a mudança de paradigmas na hermenêutica contratual. Revista Brasileira de Direito, v. 15, n. 2, 2019. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3527/2456>. Acesso em: 15 dez. 2021.

ESCANE, Fernanda Garcia. Os princípios norteadores do Código Civil de 2002. Revista eletrônica Direito, Justiça e Cidadania, v. 4, n. 1, 2013. Disponível em:

http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdf/v4-n1-2013/Fernanda_Escane2.pdf. Acesso em: 04 dez. 2021.

ESPINEL, Fidel Ernesto Usma. El consentimiento en los contratos en línea B2C y su protección bajo la ley colombiana: Assent to online contracts business to consumer and its protection under colombian law. Cuadernos de la maestría en derecho, n. 5, 2016, p. 293-294. Disponível em: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/Cuadernos/article/view/997>. Acesso em: 04 mar. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral e Contratos em Espécie. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FILHO, Sergio Cavalieri. Direito, Justiça e Sociedade. Revista da EMERJ, v. 5, n. 18, 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf. Acesso em: 08 fev. 2022.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 6, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313/172>. Acesso em: 22 dez. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Distinção entre a condição resolutiva e a cláusula resolutiva expressa: Repercussões na falência e na recuperação judicial. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 20, 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/417/298>. Acesso em: 08 dez. 2021.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Impactos da lei 13.874/2019 no princípio da função social do contrato: a liberdade econômica em foco. Revista dos Tribunais, v. 1010, 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017fd2ec9fca6e7c6fd0&docguid=Ia3ef8cc0076811ea9400010000000000&hitguid=Ia3ef8cc0076811ea9400010000000000&spos=13&epos=13&td=99&context=62&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 28 mar. 2022.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. O direito ao esquecimento como um direito da personalidade. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18867/2/Luciana%20de%20Paula%20Assis%20Ferriani.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2022.

FILHO, Eduardo Tomasevicius. A função social do contrato: Conceito e critérios de aplicação. Revista de Informação Legislativa, v. 42, n. 168, 2005. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/168/ril_v42_n168_p197.pdf/at_download/file. Acesso em: 22 dez. 2021.

FILHO, José Abreu. O negócio jurídico e sua teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997.

FILHO, Rodolfo Pamplona; NETO, João Hora. A compreensão contemporânea da boa-fé objetiva. Revista Direito UNIFACS, v. 250, 2021. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7179/4314>. Acesso em: 23 dez. 2021.

FIORI, Roberto. "Fides et bona fides" Hiérarchie sociale et catégories juridiques. Revue historique de droit français et étranger, v. 86, n. 4, 2008. Disponível em: 24 dez. 2021.

FLÁVIO DE SÁ, Marco. Contrato: um conceito em construção. Revista Eletrônica de Direito Do Centro Universitário Newton Paiva, n. 19, 2012. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/D19-05.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2021.

FLÔRES, Mariana Rocha de; SILVA, Rosane Leal da. Desafios e perspectivas da proteção de dados pessoais sensíveis em poder da administração pública: entre o dever público de informar e o direito do cidadão de ser tutelado. Revista de Direito, v. 12, n. 02, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10327>. Acesso em: 27 jan. 2022.

FODERINI, Alessandra. E-commerce e contratti telematici: la rimodulazione della contrattazione codicistica. Rivista di informazione giuridica, n. 3, 2021. Disponível em: https://rivista.camminodiritto.it/public/pdfarticoli/6704_3-2021.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

FRADE, Catarina. O direito face ao risco. Revista Crítica de Ciências Sociais, v. 86, 2009. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/220>. Acesso em: 21 mar. 2022.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A Boa Fé Objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. Revista da Faculdade De Direito da UFRGS, 2002. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/48655/30311>. Acesso em: 26 dez. 2021

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade coordenadas fundamentais. Revista do Advogado, nº 38, p. 5-13, São Paulo, 1992.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. Uma análise do inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal. Revista da PGBC, v. 12, n. 2, 2018. Disponível em: <https://revistapgbc.bcb.gov.br/revista/article/download/967/21/573>. Acesso em: 09 dez. 2021

FRANZIUS, Claudio. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Zeitschrift für das Juristische Studium, 2015. Disponível em: https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2015_3_906.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022.

FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: o tratamento de dados pessoais sensíveis. JOTA, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/constituicao-empresa-e>

[mercado/nova-lgpd-o-tratamento-dos-dados-pessoais-sensíveis-26092018](#). Acesso em 21 jan. 2022.

FURTADO, Samuel Nunes; COUTO, José Henrique de Oliveira; MARTINS, Fernando Rodrigues. Críticas à PEC 17/2019. O simbolismo da proteção de dados pessoais como direito fundamental exposto. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 12, 2021.

GADIA, Giovanna Cunha Mello Lazarini. A saúde psíquica enquanto elemento do direito fundamental à saúde: um estudo sob a ótica da dignidade. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Uberlândia, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13227/1/SaudePsiquicaEnquanto.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, RODOLFO. Manual de Direito civil: Volume único. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GATT, Adam. Electronic Commerce - Click-wrap agreements: The enforceability of click-wrap agreements. *Computer Law e Security Report*, v. 18, n. 6, 2002. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2056275/mod_resource/content/1/enforceability%20of%20clickwrap%20\(Adam%20Gatt\).pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2056275/mod_resource/content/1/enforceability%20of%20clickwrap%20(Adam%20Gatt).pdf). Acesso em: 04 mar. 2022.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 47, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/15738>. Acesso em: 20 jan. 2022

GIBBONS, Ann. The Neanderthal DNA you carry may have surprisingly little impact on your looks, moods. *Science*, 22 apr 2020. Disponível em: <https://www.science.org/content/article/neanderthal-dna-you-carry-may-have-surprisingly-little-impact-your-looks-moods>. Acesso em: 21 dez. 2021

GODOY, Claudio Luiz Bueno de et al. Código Civil Comentado. PELUSO, Cesar (Coord.). 11. ed. São Paulo: Manole, 2017.

GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil. *RAP*, v. 40, n. 2, p. 201-236, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/dvHMHgG5NDdvZH6wy54fDDq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 dez. 2021.

GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Orlando. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Susete. O objeto do contrato. Dissertação (Mestrado em direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. Disponível em:

<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8139/1/Susete%20Gomes.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2022.

GONTIJO, Maisa Conceição Gomes. Análise do princípio da boa-fé objetiva estatuído no artigo 422 do código civil brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo horizonte, 2009. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GontijoMC_1.pdf. Acesso em: 14 dez. 2021.

GOULART, Guilherme Damasio. Dados pessoais e dados sensíveis: a insuficiência da categorização. Revista eletrônica Direito e TI, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://direitoeti.com.br/direitoeti/article/view/22>. Acesso em: 22 jan. 2022.

GRAVESON, R.H. The movement from status to contract. Modern Law Review, 1941.

GUZMAN BRITO, Alejandro. Para la historia de la formación de la Teoria General del Acto o Negocio Jurídico y del contrato, IV: Los orígenes históricos de la noción general de Acto o Negocio Jurídico. Revista de estudios histórico-jurídicos, n. 26, 2004. Disponível em: <http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/viewArticle/310>. Acesso em: 03 dez. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado: volume I. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Edvaldo Sapia. Fato jurídico. Revista CESUMAR, v. 4, 2001. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revcesumar/article/download/180/939/>. Acesso em: 30 nov. 2021.

GONÇALVES, Jussemar Weiss. A revolução francesa e a invenção social da pobreza. Biblos, v. 23, n. 1, 2009. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/biblos/article/view/1267>. Acesso em: 16 dez. 2021.

GREELY, Henry T. CRISPR'd babies: human germline genome editing in the 'He Jiankui affair'. Journal of law and the biosciences, v. 6, n. 1, 2019. Disponível em: <https://academic.oup.com/jlb/article/6/1/111/5549624>. Acesso em: 07 fev. 2022

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. Instituto Brasileiro de Direito de Família.

HARARI, Yuval Noah. Sapiens: Uma breve história da humanidade. Tradução Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018.

HARARI, Yuval Noah. Homo Deus: Uma breve história do amanhã. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARRYSSON, Carin. Facebook-användares kännedom och attityd rörande Facebooks användaravtal i förhållande till användarnas beteende: Facebook users knowledge and attitude towards Facebooks Terms of Service in relation to the users behaviour. Malmö Högskola, 2015. Disponível em: <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1480769/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2022.

HARTMANN, Gabriel Henrique; PATZ, Stéfani Reimann; PIAIA, Thami Covatti. O impacto da autodeterminação informativa na proteção de dados pessoais e no direito ao esquecimento. Revista DIREITO UFMS, v. 7, n. 1, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/14482>. Acesso em: 16 mar. 2022.

HELBERGER, N.; et al. Digital Content Contracts for Consumers. Journal of Consumer Policy, v. 36, 2013. Disponível em: https://link-springer-com.translate.goog/article/10.1007/s10603-012-9201-1?error=cookies_not_supported&error=cookies_not_supported&code=445779e8-02f2-4956-a0c6-36020d250211&code=a958ed74-96c3-42d7-9b09-b546fdb76284&_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=op,sc. Acesso em: 12 mar. 2022.

HIBNER, Davi Amaral. As tutelas dos direitos da personalidade no Código de Processo Civil. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Espírito Santo, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/11316/1/tese_13451_Disserta%C3%A7%C3%A3o-Vers%C3%A3o%20final.pdf. Acesso em: 24 mar. 2022.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. A proteção de direitos fundamentais da confidencialidade e da integridade de sistemas próprios de tecnologia da informação. Trad. Pedro Henrique Ribeiro. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 23, 2020. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017f92feb3044a61c7b6&docguid=If28182405ae011eba88cb7dc1a9db538&hitguid=If28182405ae011eba88cb7dc1a9db538&spos=2&epos=2&td=393&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 mar. 2022.

HOGEMANN, Edna Raquel. A ambiguidade da noção de pessoa e o debate bioético contemporâneo. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3023.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2021.

Holocaust encyclopedia. Locating The Victims. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/locating-the-victims>. Acesso em: 20 jan. 2022.

HOLTHE, Leo Van. Direito Constitucional. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

HOPPE, Hans-Hermann. Uma Breve História do Homem: Progresso e Declínio. Traduzido por Paulo Polzonoff. São Paulo: LVM editora, 2018.

HUBERMAN, Leo. História da riqueza do homem. São Paulo: Zahar, 2014.

HUBMANN, Heinrich. Das Persönlichkeitsrecht. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.

IKONOMI, Ergysa; ZYBERAJ, Jonada. “Bona Fides” Principle’s Value in Pre-Contractual Liability. Academic Journal Of Interdisciplinary Studies, v. 2, n. 9, 2013. Disponível em: <https://www.richtmann.org/journal/index.php/ajis/article/view/877>. Acesso em: 23 dez. 2021.

Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om personvern – utsikter og utfordringer. The Local Government and Administration Committee, 2013. Disponível em: <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/innstillinger/stortinget/2012-2013/inns-201213-270.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2022.

JÚNIOR, Nelso Molon. Contratos existenciais e sua aplicabilidade. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 19, n. 6, 2019.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 45, n. 11, 2011, p. 91.

JUNIOR, Nelson Nery. Código Civil Comentado. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Proteção da boa-fé subjetiva. Revista da AJURIS, v. 39, n. 126, 2012. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/781>. Acesso em: 23 dez. 2021.

Kapitel: Die Entstehung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in der Rechtsprechung des BVerfG". Schutz vor Informationsrisiken und Gewährleistung einer gehaltvollen Zustimmung: Eine Analyse der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung im Privatrecht, Berlin, München, Boston: De Gruyter, 2015. Disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110431254-004/pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Thomsom Reuters, Brasil, 2019.

Konder, Carlos Nelson; OLIVEIRA, Williana Nayara Carvalho de. A interpretação dos negócios jurídicos a partir da Lei da Liberdade Econômica. Revista Fórum de Direito Civil, v. 09, n. 25, 2020.

KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principalização" da função social do contrato. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 13, p. 39-59, 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/151>. Acesso em: 28 dez. 2021.

KÜMMEL, Marcelo Barroso. A classificação dos fatos jurídicos. Direito em Debate, v. 12, n. 18, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/758>. Acesso em: 01 dez. 2021.

LACERDA, Dennis Otte. Direito da personalidade e integridade psicofísica. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/1932.pdf.

Acesso em: 22 mar. 2022.

LACERDA, Thiago Barbosa; MELO, Arquimedes Fernandes Monteiro de. Os miseráveis da lei: Uma análise da desigualdade social no sistema punitivo brasileiro a partir do romance os miseráveis de Victor Hugo, Revista Internacional de Direito e Literatura, v. 4, n. 1, 2018. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6573447.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2021

LAEBER, Márcio Rafael Silva. Proteção de dados pessoais: o direito à autodeterminação informativa. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v 37, 2007. Disponível em:

<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017f92feb3044a61c7b6&docguid=1a5bfe160f25211dfab6f010000000000&hitguid=1a5bfe160f25211dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=393&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. 15

mar. 2022

LARENZ, Karl. Derecho Civil: Parte General. Traducción Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.

LEAL, Andréa Santos Borges; BASTOS, Elísio Augusto Velloso; DIAS, Jean Carlos. Os impactos das novas tecnologias da informação e comunicação no direito fundamental à privacidade. In: CALAZA, Tales; TAVARES, Viviane Ramone (Coords.). Direito civil 5.0: novas teses envolvendo direito e tecnologia. Uberlândia: LAECC, 2022.

LEAL, Germana da Silva. Concretização da igualdade material e políticas públicas: Visão do Supremo Tribunal Federal. Rev. SJRJ, v. 20, n. 36, 2013. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrrj/arquivo/377-1721-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. Civilistica, v. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/285/235>. Acesso em: 04 dez. 2021.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Direito à liberdade de imprensa. [S.I.] :Juarez de Oliveira, 1999.

LÈVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Editora 34, 2011.

LIACI, Martina. L'oggetto della garanzia di conformità e contenuto digitale. Diritto e Diritti, 2021. Disponível em: <https://www.diritto.it/loggetto-della-garanzia-di-conformita-e-contenuto-digitale/>. Acesso em: 13 mar. 2022

LIMA, Cássia Lorrany Gonçalves; CAVALCANTI, Daniella da Silva Porto. Síndrome de Guillain Barré: uma abordagem sobre os sintomas e principais formas de tratamento da doença. Revista Acadêmica do Instituto de Ciências da Saúde, v. 6, n. 1, 2020. Disponível

em: <https://revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICS/article/view/717/478>. Acesso em: 30 dez. 2021.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. *Civilistica.com*, v. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/373/313>. Acesso em: 04 dez. 2021.

LIMA, Maria Eduarda da Fonte de Andrade. A boa-fé objetiva como fonte criadora de deveres anexos de conduta no âmbito das relações contratuais. *Jus Scriptum*, v. 3, n. 7, 2007. Disponível em: <https://jusscritum.pt/index.php/revista/article/download/74/42>. Acesso em: 27 dez. 2021.

LIMA, Taisa Maria Macena de; VIEIRA, Marcelo de Mello; BORGES E SILVA, Beatriz de Almeida. Reflexões sobre as pessoas com deficiência e sobre os impactos da lei nº 13.146/2015 no estudo dos planos do negócio jurídico. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 14, 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/164/159>. Acesso em: 07 dez. 2021.

LIMBERGER, Têmis; MORAES, Carla Andreatta Sobbé. Comércio eletrônico: A vulnerabilidade do consumidor pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 97, 2015. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widget/document?docguid=1a6772890a91211e4949b010000000000>. Acesso em: 13 mar. 2022

LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. *Cadernos ASLEGIS*, v. 48, n. 17, 2013. Disponível em: http://www.belins.eng.br/ac01/papers/aslegis48_art01_hist_internet.pdf. Acesso em: 27 jan. 2022.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. São Paulo: Martins Claret, 2002.

LOPES, Rafael Gimenes; VASCONCELLOS, Sílvio. Implicações da teoria da evolução para a psicologia: a perspectiva da psicologia evolucionista. *Estudos de psicologia*, v. 25, n. 1, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/estpsi/a/vPwc4C3bgW6h3QBbQvmFpQv/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 dez. 2021.

LORENZETTI, Ricardo Luís. Comércio Eletrônico. São Paulo: RT, 2004.

LORENZONI, Lara Ferreira; GALIMBERTI, Tatiane Priori. Idealismo e processo: a influência de Kant nas bases do positivismo jurídico. *Anais do III Congresso de Processo Civil Internacional*, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/26037>. Acesso em: 07 fev. 2022.

LOUREIRO, João C. Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da ideologia dos “Direitos Adquiridos”. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

LUIZ, Fernando de Lima. A violação positiva do contrato como forma de inadimplemento no direito brasileiro. Revista do CEJUR, v. 6, n. 1, 2018. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/307>. Acesso em: 21 fev. 2022

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira. Revista de Informação Legislativa, v. 45, n. 178, 2008. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/178/ril_v45_n178_p181.pdf. Acesso em: 09 fev. 2022.

MALUF, Sahid. Teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAQAMI NIA, Mohammad. Como celebrar contratos eletrônicos e suas características. Journal Of Civil Law Knowledge, v. 1, n. 1, 2012. Disponível em: https://clk.journals.pnu.ac.ir/article_189.html. Acesso em: 16 mar. 2022.

MARINANGELO, Rafael. A violação positiva do contrato e o inadimplemento dos deveres laterais impostos pela boa-fé. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica, 2005. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6374/1/RAFAEL%20MARINANGELO.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2022.

MARKY, Thomas. Curso elementar de direito romano. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Novo mercado de consumo 'simbiótico' e a necessidade de proteção de dados dos consumidores. SALES SARLET, Gabrielle Bezerra; NEUBARTH TRINDADE, Manoel Gustavo; MELGARÉ, Plínio (Coord.). Proteção de dados: Temas controvertidos. São Paulo: Editora Foco, 2021.

MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/73561/77253/99028>. Acesso em: 22 jan. 2022

MARTIN, Samuel. The evolution of good faith in western contract law. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Raphael Manhães. Apontamentos sobre o Princípio da Confiança Legítima no Direito Brasileiro. Revista da EMERJ, v. 10, n. 40, 2007. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista40/Revista40_177.pdf.

Acesso em: 24 dez. 2021.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos Humanos Fundamentais e relações jurídicas contratuais. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2007. Disponível em:

<https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA96D5D247A016D5F7D929B6E0A>. Acesso em: 22 dez. 2021.

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. Revista de Direito do Consumidor, v. 79, 2011. Disponível em:

<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017fc6a1f1602f28f1c4&docguid=I18aebd50008911e1968d00008558bdfc&hitguid=I18aebd50008911e1968d00008558bdfc&spos=9&epos=9&td=1554&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.

Acesso em: 26 mar. 2022.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A lei geral de proteção de dados pessoais (Lei 13.709/2018) e a sua principiologia. Revista dos Tribunais, v. 1027, 2021. Disponível em:

<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017f740f21f022389539&docguid=I12030af0aa3511eb9991d2e7d2bebfa9&hitguid=I12030af0aa3511eb9991d2e7d2bebfa9&spos=14&epos=14&td=4000&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.

Acesso em: 10 mar. 2022.

MARTINS, Gustavo Aurélio; DEPIERI, Angelo Antonio. Contratos eletrônicos e sua relação com a atual legislação brasileira. XXV Congresso do CONPEDI, 2016. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/iw7x844x/0F6QhtQAA8S5l40R.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2022.

MARTINS, Ricardo Evandro Santos. História da tradição da civil law e a questão do direito processual brasileiro: um breve ensaio sobre a nossa proximidade com a common law. Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, v. 11, n. 1, 2019. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-10.pdf>.

Acesso em: 03 dez. 2021

MARX, Karl. O capital. S.I.: Veneta, 2014.

MASSEN, Manuel David; MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A segurança na proteção de dados: entre o RGPD europeu e a LGPD brasileira. Revista do Cejur, v. 8, n. 1, 2020. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/download/346/181/614>. Acesso em: 19 jan. 2022

MASSI, Eva Dubrini; MASSI, Watson Maranhão. A internet e os Contratos Eletrônicos. Cadernos de Direito, v. 6, n. 11, 2006. Disponível em:

<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/download/649/215>. Acesso em: 03 mar. 2022.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: Aspectos gerais. Doutrinas essenciais de Direito Civil, v. 03, 2010. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017faaea44fa351a7e01&docguid=I0f3c11f0682111e181fe000085592b66&hitguid=I0f3c11f0682111e181fe000085592b66&spos=3&epos=3&td=4000&context=234&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 mar. 2022.

MATTOS, Laura Valladão. As razões do laissez-faire: uma análise do ataque ao mercantilismo e da defesa da liberdade econômica na Riqueza das Nações. Revista de Economia Política, v. 27, n. 1, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/hj3VdCT5hcvP6jtmDBLT4FD/?lang=pt>. Acesso em: 11 dez. 2021.

Max Planck Gesellschaft. The Neandertal in us, 06 de maio de 2010. Disponível em: <https://www.mpg.de/617258/pressRelease20100430>. Acesso em: 20 dez. 2021.

MEDEIROS, Andréia Sabóia Medeiros. Personalidade Civil: no Direito Romano e no Direito Atual. Revista Jurídica da Faculdade 7 de Setembro, v. 2, n. 1, 2005. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/174>. Acesso em: 22 dez. 2021.

MEDINA, Cleber Pereira. Fatos Jurídicos: Um enfoque sobre o ato-fato jurídico. Revista de Direito, v. 13, n. 18, 2010. Disponível em: <https://revista.pgsskroton.com/index.php/rdire/article/view/1861/1767>. Acesso em: 30 nov. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, João Augusto Ribeiro. O conceito de propriedade. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 1994. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/30386552.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. A LGDP e o princípio da não discriminação. Revista de Direito do Consumidor, v. 138, 2021. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017fd5e422e10a5ed12c&docguid=Ieedcdd10519d11eca032e4b0911c305c&hitguid=Ieedcdd10519d11eca032e4b0911c305c&spos=2&epos=2&td=2875&context=119&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

[label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.](#)

Acesso em: 29 mar. 2022.

MENDES, Laura Schertel. O direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 95, p.53-75, out. 2014.

MENDOZA ENRIQUEZ, Olivia Andrea. Marco jurídico de la protección de datos personales en las empresas de servicios establecidas en México: desafíos y cumplimiento. *Rev. IUS*, v. 12, n. 41, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v12n41/1870-2147-rius-12-41-267.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2022.

MENDONÇA, Marco Antônio Silva de. A natureza jurídica do contrato de seguro de responsabilidade civil facultativo e sua eficácia em relação ao terceiro. Monografia (Bacharelado em Direito), Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), 2012. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/546/3/20104195_Marco%20Mendon%C3%A7a.pdf. Acesso em: 29 dez. 2021.

MENEZES, Caroline Nogueira Teixeira. Contratos Existenciais: Revisitando os Elementos Contratuais à Luz de uma Hermenêutica Emancipatória. Dissertação (Mestrado em direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/17919/1/ContratosExistenciaisRevisitando.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2021.

MENEZES, Caroline Nogueira Teixeira de; CARQUI, Vagner Bruno Caparelli. Contrato existencial como instrumento para efetivação do mínimo social. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, 2015, p. 209. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/e703oogw/d0WEG0cD7Rmchi1M.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2022.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito Civil: Parte Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: Plano de validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER, Diego. A origem do Homo sapiens: uma questão ainda não esclarecida. *Cadernos de Campo*, v. 2, n. 2m 1991. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/40309>. Acesso em: 21 dez. 2021.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira; GONÇALVES, Thatiane Rabelo. A despersonalização na contratação eletrônica: a realidade dos contratos de fato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 117, 2018. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000017f742c59912270a789&docguid=I2390059060ad11e89352010000000000&hitguid=I2390059060ad11e89352010000000000&spos=7&epos=7&td=9&context=145&crumb->

[action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.](#)
Acesso em: 10 mar. 2022.

MILL, John Stuart. On Liberty. Ontario: Batoche Books, 2001.

MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados pessoais (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. Revista dos Tribunais, v. 1009, 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017f722ee6c4d3d1e0c0&docguid=I15a84330d0a911e991f7010000000000&hitguid=I15a84330d0a911e991f7010000000000&spos=2&epos=2&td=4000&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.>
Acesso em: 10 mar. 2022.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Vol. 4. Campinas: Bookseller, 2001.

MIYAZATO, Sheila Keiko Fukugauchi. A autonomia privada no direito contratual contemporâneo. Revista Pensamento Jurídico, v. 14, n. 3, 2020. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/242>. Acesso em: 15 dez. 2021.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Luiz Henrique. A proteção do consumidor e a responsabilidade civil no comércio eletrônico à luz do código de defesa do consumidor. Monografia (Graduação em Direito), Universidade de Brasília, 2013. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/4716/1/2013_LuizHenriqueMoreira.pdf. Acesso em: 04 mar. 2022.

MORINGIELLO, Juliet M. Signals, Assent and Internet Contracting. Rutgers Law Rev., v. 1307, 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2056283/mod_resource/content/1/MORINGIELLO%2057%20Rutgers%20L%5B1%5D%20Rev.%201307%20Signals%20C%20Assent%20and%20Internet%20Contracting.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

MORSELLO, Marco Fábio. Análise categorial dos contratos existenciais e de lucro. Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do direito civil codificado no Brasil. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018.

NALIN, Paulo; PIMENTEL, Mariana Barsagila; PAVAN, Vitor Ottoboni. Interpretação, integração e reequilíbrio dos contratos em tempos de pandemia: Análise das alterações promovidas pela lei nº 13.874/2019 à luz da legalidade constitucional. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 25, 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/597/404>. Acesso em: 28 mar. 2022

NASSER, Yone Buonaparte d'Arcanhy Nobrega. A identidade corpo-psique na psicologia analítica. Estudos e pesquisas em psicologia, v. 10, n. 02, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/download/8957/6845>. Acesso em: 25 mar. 2022.

NAVARRO, R. F. A evolução dos materiais. Parte 1: da Pré-história ao Início da Era Moderna. Revista eletrônica de materiais e processos, v. 1, n. 1, 2006. Disponível em: <https://aplicweb.feevale.br/site/files/documentos/pdf/32246.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2021.

NAVAS, Adriana Acuña; ESQUIVEL, Eugenio Cordero. Los contratos de shrinkwrap, clickwrap y browsewrap: Un enfoque desde la perspectiva del Derecho del Consumidor. Universidad de Costa Rica, 2014. Disponível em: <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Los-contratos-de-shrinkwrap-clickwrap-y-browsewrap-Un-enfoque-desde-la-perspectiva-del-Derecho-del-Consumidor.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: Novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho De Ávila; GIOVANINI, Carolina Fiorini Ramos. Dados não pessoais: a retórica da anonimização no enfrentamento à covid-19 e o privacywashing. Internet e sociedade, v. 1, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/dados-nao-pessoais-a-retorica-da-anonimizacao-no-enfrentamento-a-covid-19-e-o-privacywashing/>. Acesso em: 19 jan. 2022.

NETO, Antônio Carvalho; SILVA, Luiz Henrique B. de Azevedo. Reflexos jurídicos da violência na prática desportiva. Revista Faculdade Montes Belos, v. 5, n. 2, 2012. Disponível em: <http://revista.fmb.edu.br/index.php/fmb/article/view/62/57>. Acesso em: 06 fev. 2022.

NETO, Eugênio Facchini. Code Civil Francês: Gênese e difusão de um modelo. Revista de Informação Legislativa, v. 50, n. 198, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496956/000983388.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 dez. 2021

NETO, Ken Basho. Da inexistência da "escada ponteana": uma introdução aos planos da existência, da validade e da eficácia em Pontes de Miranda. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 31, n. 2, 2019. Disponível em: <https://trf1.emnuvens.com.br/trf1/article/view/104>. Acesso em: 07 dez. 2021.

NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. Manual de Direito Civil: Volume único. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

NEVES, Walter E. E no princípio... era o macaco!. Estudos Avançados, v. 20, n. 58, 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/gkhKm9LHnhCrN8Z95qHnDys/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 dez. 2021.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). S.P.: Saraiva, 1994.

NEWITZ, Annalee. Qual é a origem do Homo sapiens? O fim do debate "out of Africa" vs. Multi-regionalismo. Arqueologiaepréhistória, 12 de agosto de 2013. Disponível em: <https://arqueologiaepristoria.com/2013/08/12/qual-e-a-origem-do-homo-sapiens/>. Acesso em: 21 dez. 2021.

New species of human ancestor named: Homo bodoensis. ScienceDaily, 28 October 2021. Disponível em: <https://www.sciencedaily.com/releases/2021/10/211028143648.htm>. Acesso em: 21 dez. 2021.

OBAR, Jonathan A; OELDORF-HIRSCH, Anne. The Clickwrap: A Political Economic Mechanism for Manufacturing Consent on Social Media. Social Media + Society, v. 4, n. 3, 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2056305118784770>. Acesso em: 08 mar. 2022.

OLIVEIRA, Ana Rita Simões de. A contratação eletrónica: as cláusulas contratuais gerais (em especial, nas transações realizadas via Internet) e outros desafios colocados pelo comércio eletrónico ao direito dos contratos. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/42817/1/Ana%20Rita%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2022

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; JÚNIOR, Galdino Luiz Ramos. O Estado liberal, o Estado social e suas influências na Constituição econômica brasileira de 1988. RJLB, v. 5, n. 5., 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/5/2019_05_0501_0527.pdf. Acesso em: 17 dez. 2021.

OLIVEIRA, Jordan Vinícius de; SILVA, Lorena Abbas da. Cookies de navegador e história da internet: desafios à lei brasileira de proteção de dados pessoais. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 22, n. 36, 2018. Disponível em: <https://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2767>. Acesso em: 11 mar. 2022.

OLIVEIRA, Nilton Marques de; STRASSBURG, Udo; SILVA, Nivaldo Aparecido da. De Smith ao neoliberalismo: um ensaio sobre o papel do estado na economia capitalista. Ciências sociais aplicadas em revista, v. 12, n. 23, 2012. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/8829/7339>. Acesso em: 03 dez. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Santos de; BARROS, Bruno Mello Correa de; PEREIRA, Marília do Nascimento. O direito à privacidade na internet: desafios para a proteção da vida privada e o direito ao esquecimento. Revista da Faculdade de Direito UFMG, n. 70, 2017. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1863/1765>. Acesso em: 14 jan. 2022.

OLIVEIRA, Robson rocha de. Dos conceitos de regulação às suas possibilidades. Saúde Soc., v. 23, n. 4, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/pkTKqybVJWpgbR6D4VfdwHt/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 fev. 2022.

OUTLÝ, Tomáš. Elektronická Kontraktace. Právnická Fakulta Masarykovy Univerzity, 2011. Disponível em: https://is.muni.cz/th/dkqf7/Diplomova_prace_-_Tomas_Outly.pdf. Acesso em: 16 mar. 2022.

PAIANO, Daniela Braga; SCHIAVON, Isabela Nabas. Abrangência da Lei Geral de Proteção de dados pessoais: Aplicação em caso de tratamento de dados realizado em tempos de pandemia de covid-19. Revista dos Tribunais, v. 1034, 2021.

PEDROSA, Clara Bonaparte; GUEDES, Vivian Frade. A proteção de dados pessoais como direito fundamental. II Congresso do Conhecimento: Estado, Educação, Constituição e Democracia na Era Tecnológica - I. 2019. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/3tk2g038/213p131z/3eHwSUOP2DNyVG30.pdf>.

Acesso em: 26 jan. 2022.

PENNA, Luisa Ferreira Gonzalez. A Coleta de Dados pelas Novas Tecnologias e o Direito à Privacidade. Monografia (Graduação em direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/37786/37786.PDF>. Acesso em: 09 jan. 2022.

PEREIRA, Alejandra Arévalo. El negocio jurídico y su evolución en el tiempo. Revista Estrado, v. 4, n. 6, p. 38-43, 2017. Disponível em: <https://repository.unab.edu.co/handle/20.500.12749/11791>. Acesso em: 03 dez. 2021

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Do negócio jurídico e seus defeitos. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 10, 1986. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/download/11610/7621/>. Acesso em: 05 dez. 2021.

PEREIRA, Henrique Viana. A função social da empresa. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2010. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PereiraHV_1.pdf. Acesso em: 09 dez. 2021.

PEREIRA, William Eufrásio Nunes. Do Estado liberal ao neoliberal. Interface, v. 1, n. 1, 2004. Disponível em: <https://ojs.ccsa.ufrn.br/index.php/interface/article/view/10/0>. Acesso em: 03 dez. 2021.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIERAZZO, Ketlen Caroline Soares; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Ensaio sobre alguns aspectos teóricos do comércio eletrônico e a proteção do consumidor. In: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords.); BORGES, Gabriel de Oliveira Aguiar; REIS, Guilherme (Orgs.). Fundamentos de direito digital: a ciência jurídica na sociedade da informação. Uberlândia: LAECC, 2020.

PINHEIRO, Maria Lidiane; JUCÁ, Roberta Laena Costa. A regulamentação da prostituição e a efetividade dos direitos fundamentais das profissionais do sexo. Revista Opinião Jurídica, n. 11, 2009. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1861>. Acesso em: 04 fev. 2022.

PINHEIRO, Patricia Peck. Proteção de Dados Pessoais: Comentários à lei nº 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. A função social do contrato e a sua significativa influência na teoria geral das obrigações. Revista da EMERJ, v. 10, n. 38, 2007. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista38/Revista38_169.pdf. Acesso em: 28 dez. 2021.

RACHELE, João Alberto. A aplicação da boa-fé objetiva na interpretação dos contratos. Ciências sociais aplicadas em Revista, v. 11, 2011. Disponível em: <https://saber.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/6759/5069>. Acesso em: 28 dez. 2021.

REALE, Miguel. Estudos preliminares do Código Civil. São Paulo: R. dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto do código civil. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20C%C3%B3digo%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf. Acesso em: 04 dez. 2021

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Contrato eletrônico: Considerações sob a ótica do plano de validade do negócio jurídico na formação do contrato. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6026/1/Rodrigo%20Fernandes%20Reboucas.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2022.

RECH, E. A.; ROANI, A. R. A pessoa humana como um fim em si mesma no estado democrático de direito brasileiro fundado pela constituição federal de 1988. Perspectiva, v. 37, n. 138, 2013. Disponível em: https://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/138_346.pdf. Acesso em: 22 dez. 2021.

REINHARDT, Rudolf. Das Problem des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Archiv für die civilistische Praxis, v. 153, n. 6, 1954. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40993410>. Acesso em: 07 jan. 2022.

REGALADO, Antonio. He Jiankui faces three years in prison for CRISPR babies. MIT Technology Review, 30 dez. 2019. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2019/12/30/131061/he-jiankui-sentenced-to-three-years-in-prison-for-crispr-babies/#:~:text=The%20Chinese%20scientist%20and%20two%20associates%20were%20sentenced%20after%20a%20secret%20trial.&text=The%20Chinese%20scientist%20who%20created,prison%20by%20a%20Chinese%20court>. Acesso em: 07 fev. 2022.

RICHTER, Heiko; SLOWINSKI, Peter R. The Data Sharing Economy: On the Emergence of New Intermediaries. International Review of Intellectual Property and Competition Law, v. 50, n.1, 2019. Disponível em: 11 fev. 2022.

RIBEIRO, Marcus Vinícius M. C.; AYLON, Lislene Ledier. O princípio da autonomia privada e seus contornos hodiernos. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 14, n. 1, 2019. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/595/pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021.

RIFKIN, Jeremy. Sociedade com Custo Marginal Zero. M.books, 2015.

RITO, Teresa; et al. A dispersal of Homo sapiens from southern to eastern Africa immediately preceded the out-of-Africa migration. Scientific Reports, v. 9, n. 4728, 2019.

Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41598-019-41176-3#citeas>. Acesso em: 21 dez. 2021.

RIVAS, Katherine. 2 anos após Brumadinho, Vale dobra de tamanho, mas ferida continua aberta. Invest News, 25 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://investnews.com.br/geral/2-anos-apos-brumadinho-vale-dobra-de-tamanho-mas-ferida-continua-aberta/>. Acesso em: 09 dez. 2021.

ROCHA, Roberto Silva da. Sites de comércio eletrônico e a responsabilidade pela intermediação no ambiente digital. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5437/000515351.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 mar. 2022.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

RODRIGUES, Leonel Cezar; RICHARDO, Rodolpho Luiz Maderic; DUBOIS, Marcio. O paradoxo nos princípios pacta sunt servanda e rebus sic stantibus em contratos de natureza empresarial. Revista do Cejur: Prestação Jurisdicional, v. 8, n. 1, 2020. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/347>. Acesso em: 14 fev. 2022.

ROJO, José Antonio Días. Privacidad: ¿neologismo o barbarismo?. Revista de estudios literarios, n. 21, 2002. Disponível em: <http://webs.ucm.es/info/especulo/numero21/privaci.html>. Acesso em: 08 jan. 2022.

ROLLO, José Henrique. Mobilidade social na idade média: um breve estudo sobre os ministeriales na Alemanha. Revista de Ciências Humanas, v. 47, n. 2, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/download/2178-4582.2013v47n2p289/27310/114775>. Acesso em: 08 dez. 2021

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; DIAS, Nathália da Mota Santos; BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. Essentiality and social function in existential contracts. Revista Jurídica da Presidência, v. 22, n. 126, 2020. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1791>. Acesso em: 31 dez. 2021.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Direitos Reais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ROSENVALD, Nelson. A LGPD e a despersonalização da personalidade. Migalhas, 20 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/350374/a-lgpd-e-a-despersonalizacao-da-personalidade>. Acesso em: 29 mar. 2022.

ROSENVALD, Nelson. O Princípio da Boa-fé. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, v. 15, n. 10, 2003. Disponível em:

<https://portal.trf1.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=2C90824837157F77013715978C562242>. Acesso em: 24 dez. 2021.

ROTHBARD, Murray N. A anatomia do Estado. Tradução de Tiago Chabert. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012.

RUARO, Regina Linden. O direito fundamental à proteção de dados pessoais do consumidor e livre mercado. Revista de Direito do Consumidor, v. 118, 2018. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017f930d75ed1710cdd8&docguid=I577a2470a6a411e8849e010000000000&hitguid=I577a2470a6a411e8849e010000000000&spos=10&epos=10&td=351&context=107&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 mar. 2022.

RUBINSTEIN, Flávio. A bona fides como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito, v. 99, 2004. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67639/70249>. Acesso em: 23 dez. 2021.

SACCHELLI, Roseana Cilião. A livre iniciativa e o princípio da função social nas atividades empresariais no contexto globalizado. Revista da AJURIS, v. 40, n. 129, 2013. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/315/250>. Acesso em: 09 dez. 2021.

SALDANHA, Daniel Cabaleiro. Brevíssimo ensaio sobre as origens históricas da boa-fé e sua intercessão com o Direito Público. Prisma Jur, v. 9, n. 1, 2010. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/download/1970/1747>. Acesso em: 23 dez. 2021.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. Formação e eficácia probatória dos contratos por computador. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A repercussão da causa na teoria do negócio jurídico: um paralelo com a função social dos contratos. Revista da Faculdade de Direito UFPR, n. 58, p. 147-171, 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/34869/21637>. Acesso em: 04 dez. 2021.

SANTOS, Diego Ferreira dos. A proteção dos dados pessoais como nova espécie de direito da personalidade. Revista ESMAT, v. 13, n. 21, 2021. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/432/319. Acesso em: 27 jan. 2022.

SANTOS, Eduarda Jade TÜRER. Contornos do art. 421-A do Código Civil pela Lei nº 13.874/19. Monografia (Graduação em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2020. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/221935/001126245.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 mar. 2022.

SANTOS E SILVA, Vera Regina Dias dos. Da viabilidade da inserção dos elementos acidentais do negócio jurídico - termo, condição e encargo - nos termos de ajustamento de conduta que visem à proteção ao meio ambiente. Escola da Magistratura do Estado do Rio de

Janeiro, 2016. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/VeraReginaDiasdosSantoseSilva.pdf. Acesso em: 08 dez. 2021.

SANTOS, Fabrício R. A grande árvore genealógica humana. Revista UFMG., v. 21, p. 88-113, 2014. Disponível em: https://www.ufmg.br/revistaufmg/downloads/21/05_pag88a113_fabriciosantos_agrandearvore.pdf. Acesso em: 20 dez. 2021.

SANTOS, Marina Santos, CERQUEIRA, Norma; MENEGHETTI, Rayssa. Anonimização de dados como garantia ao direito à privacidade na internet das coisas (internet of things-IoT). Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública, v. 8, 2020. Disponível em: <https://editoraverde.org/portal/revistas/index.php/aei/article/view/161>. Acesso em: 20 jan. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4 .ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental expresso na Constituição Federal Brasileira de 1988: Contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. Direitos Fundamentais e Justiça, v. 14, n. 42, 2020. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18864/2/PROTEO_DE_DADOS_PESSOAIS_COMO_DIREITO_FUNDAMENTAL_NA_CONSTITUICAO_FEDERAL_BRASILEIRA_DE_1988.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.

SARTORI, Ellen Carina Mattias. Privacidade e dados pessoais: a proteção contratual da personalidade do consumidor na internet. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 09, 2016. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017f7c7d505dd3d26f13&docguid=I29ee2e40a3a711e69ab7010000000000&hitguid=I29ee2e40a3a711e69ab7010000000000&spos=14&epos=14&td=905&context=16&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 mar. 2022.

SCHLEMMER, Eliane; BACKES, Luciana. METAVERSOS: novos espaços para construção do conhecimento. Revista Diálogo Educacional, v. 8, n. 24, 2008. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/1891/189116834014.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022.

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – Com especial referência à tricotomia “existência, validade e eficácia do negócio jurídico”. Revista Fórum de Direito Civil, v. 3, n. 5, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

SCHUR, Nico B. Die Lizenzierung von Daten: Einordnung, Grenzen und Möglichkeiten von vertraglichen Zugangs- und Datennutzungsrechten in der digitalen Ökonomie. Mohr Siebeck, 2020.

SEMIDÃO, Rafael Aparecido Moron. Dados, informação e conhecimento enquanto elementos de compreensão do universo conceitual da ciência da informação: contribuições teóricas. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação), Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.marilia.unesp.br/Home/Pos-Graduacao/CienciadaInformacao/Dissertacoes/semidao_ram_me_mar.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022

Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7925004&ts=1640110351856&disposition=inline>. Acesso em: 22 jan. 2022.

SENNETT, Richard. El declive del hombre público. Barcelona: Ediciones Península, 1978.

SETZER, Valdemar W. Dado, Informação, Conhecimento e Competência. Revista de Ciência da Informação, 1999. Disponível em: <https://brapci.inf.br/index.php/res/v/7327>. Acesso em: 14 jan. 2022.

SIČ, M. FIDES II BONA FIDES V ПРОЦЕСУ СТВАРАЊА ПИМСКОГ ОПИШТЕГ ПРАВА (IUS GENTIUM). Zbornik radova Pravnog fakulteta, vol. 46, br. 2, 2012. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/zbornado2012&div=47&id=&page=>. Acesso em: 23 dez. 2021.

SIEBRA, Sandra de Albuquerque; XAVIER, Gabriela Araújo Cavalcanti. Políticas de privacidade da informação: caracterização e avaliação. Revista do Instituto de Ciências Humanas e da Informação, v. 34, 02, 2020. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/biblos/article/view/11870/8428>. Acesso em: 25 mar. 2022

SILVA, Ariadna Fernandes; ROCHA, Maria Vital da. A noção de contrato do Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, v. 3, n. 2, 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/2517/pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.

SILVA, Arício Medeiros da; SILVA, Natanael Almeida Santos; FORTES, Denise Xavier. Adoção de gestão do conhecimento e big data na saúde pública. Revista Científica da FASETE, 2018, p. 351. Disponível em: https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2018/15/adocao_de_gestao_do_conhecimento_e_big_data_na_saude_publica.pdf. Acesso em: 17 jan. 2022.

SILVA, Edlaine Cristina da Silva et al. Benefícios causados pela utilização da imunoglobulina humana na farmacoterapia de pacientes com síndrome de guillain-barré causada por zika vírus. Revista UNILUS, v. 17, n. 46, 2020. Disponível em:

<http://revista.unilus.edu.br/index.php/ruep/article/view/1255/u2020v17n46e1255>. Acesso em: 30 dez. 2021.

SILVA, Edson Ferreira da. Direito à intimidade. SP.: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, Jacqueline Guimarães da Cruz; SILVA, Sérgio Alex Sander. A evolução e a realidade atual do contrato no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, v. 40, n. 2, 2012. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18611>. Acesso em: 15 dez. 2021.

SILVA, Juvêncio Borges. Do direito liberal ao direito social. Revista Reflexão e Crítica do Direito, v. 1, n. 1, 2013. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/download/603/pdf/2145>. Acesso em: 14 dez. 2021.

SILVA, Luiz Eduardo Vasconcelos da. A teoria do fato jurídico sob a ótica civil-constitucional: Análise da figura do ato-fato jurídico. Monografia (Graduação em direito), Universidade Federal de Pernambuco, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/39545/1/LUIZ%20EDUARDO%20VASCONCELOS%20DA%20SILVA.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

SILVA, Michael César; MATOS, Vanessa Santiago Fernandes de. Lineamentos do princípio da boa-fé objetiva no Direito Contratual contemporâneo. Uma releitura na perspectiva civil-constitucional. Revista Jurídica Luso-Brasileira, v.1, n. 2, p. 1559-1603, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1559_1603.pdf. Acesso em: 24 dez. 2021.

SILVA, Rosane Leal da. Contratos eletrônicos e a proteção de dados pessoais do consumidor: diálogo de fontes entre o código de defesa do consumidor e o marco civil da internet. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/805>. Acesso em: 10 mar. 2022.

SILVA, Rosana Ribeiro da. A teoria geral dos contratos e os contratos eletrônicos. Revista de Direito Privado, v. 08, 2001. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017f791a92e3fa8a8be0&docguid=I93173d80f25511dfab6f010000000000&hitguid=I93173d80f25511dfab6f010000000000&spos=21&epos=21&td=2197&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 11 mar. 2022.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Os direitos fundamentais, sua efetividade e necessidade de declaração. Migalhas, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/federalismo-a-brasileira/288564/os-direitos-fundamentais--sua-efetividade-e-necessidade-de-declaracao>. Acesso em: 22 jan. 2022.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A teoria do direito em Kant: aspectos relevantes e atuais. RJLB, v. 2, n. 6, 2016. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_0563_0588.pdf. Acesso em: 07 fev. 2022.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; NEVES, Guilherme Valli de Moraes. Negócio jurídico: um conceito histórico revitalizado pelo novo Código de Processo Civil. Revista Internacional de

Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, n. 3, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6152350.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2021.

SIMÃO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. O Estado na promoção da igualdade material. Revista de Informação Legislativa, v. 51, n. 202, 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503041/001011320.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 dez. 2021.

SIMÕES, Isabella de Araújo Garcia. A Sociedade em Rede e a Cibercultura: dialogando com o pensamento de Manuel Castells e de Pierre Lévy na era das novas tecnologias de comunicação. Revista Eletrônica Temática, v. 5, n. 5, 2009. Disponível em: https://cursosextensao.usp.br/pluginfile.php/52266/mod_resource/content/1/Sociedade_Cibercultura.pdf. Acesso em: 06 jan. 2022.

SIMIONI, Rafael Lazzaroto; FERREIRA, Mariana Suzart Paschoal. Direito, risco e perigo: a decisão jurídica na perspectiva da sociedade do risco de Ulrich Beck. Argumenta Journal, n. 30, 2019. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1508/pdf>. Acesso em: 21 mar. 2022

SIQUEIRA, Jessica Câmara. A noção do termo 'informação': Revisão de literatura. Brazilian Journal of Information Science, v. 5, n. 1, 2011. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/bjis/article/view/1264>. Acesso em: 06 jan. 2022.

SOARES, Marcos Antônio Striquer; PASSI, Renata Capriolli Zocatelli Queiroz. A superação do paradigma clássico do negócio jurídico: liberalismo e republicanismo. Scientia Iuris, v. 21, n. 1, 2017. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/28118>. Acesso em: 03 dez. 2021.

SONTAG, Kenny. Tendências teórico-jurídicas decorrentes da escola história do direito: Pandectística, germanística e história do direito na ciência do direito positivo alemã do século XIX. Rev. Fac. Direito UFGM, n. 66, 2015. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1711/1625>. Acesso em: 03 dez. 2021

SOUZA, Rodrigo Trindade de. Função social do contrato de emprego. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp037619.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.

SOUZA, Sylvio Capanema de. Dos contratos no novo código civil. Revista da EMERJ, v. 5, n. 20, 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_91.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

Statuant au contentieux. N° 136727. Rapporteur: Mlle Laigneau. Lecture du vendredi 27 octobre 1995. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007877723/>. Acesso em: 04 fev. 2022.

STEWART JR., Donald. O que é o liberalismo. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano. Revista dos Tribunais, v. 871, 2008. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017f90ef5e238a97365b&docguid=I60155dd0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I60155dd0f25111dfab6f010000000000&spos=22&epos=22&td=23&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 mar. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. Revista Brasileira De Direito Civil, v. 1, 2014. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/129>. Acesso em: 30 nov. 2021

TEPEDINO, Gustavo. O papel da vontade na interpretação dos contratos. Revista Interdisciplinar de Direito, v. 16, n. 1, 2018. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/492/369>. Acesso em: 06 dez. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. O consentimento na circulação de dados pessoais. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 25, p. 83-116, 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/521/389>. Acesso em: 29 jan. 2022.

The National People's congress Of The people's republic of china. 中华人民共和国个人信息保护法. (2021年8月20日第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过). Disponível em: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202108/a8c4e3672c74491a80b53a172bb753fe.shtml>. Acesso em: 19 jan. 2022.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Dos Efeitos do Negócio Jurídico no Novo Código Civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v. 40, 2001. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1215/1148>. Acesso em: 05 dez. 2021.

THOBANI, Shaira. Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali. Prima edizione: Itália, 2018, p. 157-160.

TOSCANO DE BRITO, R. Dignidade da pessoa humana: um princípio civil-constitucional orientador do desenvolvimento contratual contemporâneo. Direito e Desenvolvimento, v. 3, n. 5, p. 261-280, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/204>. Acesso em: 22 dez. 2021.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível : AC 70078201167 RS. Relator: Marcelo Cezar Muller. Data de Julgamento: 30 ago. 2018. Jus Brasil, 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/626301752/apelacao-civel-ac-70078201167-rs>. Acesso em: 07 jan. 2022.

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT-3). Recurso Ordinário Trabalhista : RO 0001294-72.2014.5.03.0104. Relatora: Cristiana M. Valadares Fenelson. Data de Julgamento: 22/08/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/502603365/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1294201410403008-0001294-7220145030104>. Acesso em: 07 jan. 2022.

Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região (TRT-24) : 0025547-52.2017.5.24.0002. Relator: Leonardo Ely. Data de julgamento: 02/09/2020. Jus Brasil, 2020. Disponível em: <https://trt-24.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/925403174/255475220175240002>. Acesso em: 07 jan. 2022.

União Europeia. Diretiva 2019/770, do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019. Jornal Oficial da União Europeia, 2019.

União Internacional De Telecomunicação. World Telecommunication/ICT Indicators Database. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 17 jan. 2022.

WARREN, Samuel D.; LOUIS, Brandeis. The Right to Privacy. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, 1890. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1321160>. Acesso em: 22 jan. 2022.

WOZNY, Mallorie. Exploitation des données personnelles : raison commerciale, raison d'état et opportunités. Diplôme national de master, Ecole Nationale Supérieure des Sciences de l'information et des Bibliothèques, 2017. Disponível em: <https://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/documents/67751-exploitation-des-donnees-personnelles-raison-commerciale-raison-d-etat-et-opportunites.pdf>. 01 fev. 2022.

WRANGHAM, Richard. Pegando fogo: por que cozinhar nos tornou humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2010.

XIAONAM, He. “基因编辑婴儿”案一审宣判 贺建奎等三被告人被追究刑事责任. 央视新闻客户端, 30 dez. 2019. Disponível em: <http://m.news.cctv.com/2019/12/30/ARTIt3JhoV7SsTVQK1zw0z8S191230.shtml>. Acesso em: 07 fev. 2022

VAINZOF, Rony. Capítulo I - Disposições Preliminares. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. MALDONADO, Viviane Nóbrega; OPICE BLUM, Renato (coord.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VALENTIM, Marta Ligia Pomim. Inteligência Competitiva em Organizações: dado, informação e conhecimento. Revista DataGramaZero, v. 3, n. 4, 2002. Disponível em: <https://brapci.inf.br/index.php/res/v/3837>. Acesso em: 14 jan. 2022

VALVA, Fabrício D' Ayala; DINIZ-FILHO, José Alexandre Felizola. A trajetória humana. Canindé, n. 3, 2003. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/bitstream/ri/11654/5/Artigo%20-%20Fabr%C3%ADzio%20D%27Ayala%20Valva%20-%202003.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2021.

VELOSO, Zeno. Fato jurídico - Ato jurídico - Negócio jurídico. Brasília, v. 32, n. 125, 1995. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176311/000495714.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Introdução ao Estudo do Direito. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

VERBICADO, Dennis; MARTINS, Ana Paula Pereira. A contratação eletrônica de aplicativos virtuais no Brasil e a nova dimensão da privacidade do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 116, 2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017f724ad1d15195b485&docguid=Ica4b4970396211e8b422010000000000&hitguid=Ica4b4970396211e8b422010000000000&spos=7&epos=7&td=18&context=121&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 mar. 2022.

VIANA, Raphael Fraeman Braga. Contratos existenciais, de lucro e híbridos: desdobramentos da classificação de Antonio Junqueira de Azevedo à luz do solidarismo jurídico. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Pernambuco, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/32985/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Raphael%20Fraemam%20Braga%20Viana.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2021.

VICKERS, Steve. Taurai Zimunya: Questions asked as Zimbabwean boxer dies after fight. BBC Sport, 03 nov. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/sport/africa/59156447>. Acesso em: 06 fev. 2022.

VON HAYEK, Friedrich August. Os erros fatais do socialismo: Por que a teoria não funciona na prática. Barueri: Faro Editorial, 2017.

VON MISES, Ludwig. Ação humana. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

VON MISES, Ludwig. O cálculo econômico sob o socialismo. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises. Brasil, 2012.

World Jewish Congress. Como os alemães sabiam quem era judeu?. Disponível em: <https://aboutholocaust.org/pt/facts/como-os-alemaes-sabiam-quem-era-judeu>. Acesso em: 20 jan. 2022.

YUANYANG, Xie. Informationelle Selbstbestimmung Im Privatrecht Und Deren Hinweise Für Den Chinesischen Schutz Der Personenbezogenen Information. Dissertation zur Erlangung der Würde des Doktors an der Fakultät Rechtswissenschaft der Universität

Hamburg. China, 2017. Disponível em: <https://ediss.sub.uni-hamburg.de/bitstream/ediss/7346/1/Dissertation.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção da pessoa humana pelo Direito Civil: Evolução histórica. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 33. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao033/leonardo_zanini.html. Acesso em: 21 dez. 2021.

ZARE, Mehdi; SAHRAIAN, Mohammad. Contratos celebrados no ambiente da internet na lei iraniana e francesa. International Legal Research, v. 12, n. 46, 2017. Disponível em: http://alr.iauctb.ac.ir/article_671439_79aa0795b971943e03811a1235b979e0.pdf. Acesso em: 16 mar. 2022.

ZIMMERMANN, Reinhard. Direito romano e cultura europeia. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 7, 2016.

I Jornada de Direito Civil. Enunciado 23. AGUIAR, Ruy Rosado de (coord.). Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>. Acesso em: 29 dez. 2021.