

**PARA ALÉM DE UM CONSENTIMENTO NAIFE
UMA PERSPECTIVA ANALÍTICA CRÍTICA DO
“CONSENTIMENTO” ESTAMPADO NA LGPD BRASILEIRA**

***BEYOND TO A ‘NAIFE’ CONSENT
A CRITICAL ANALYSIS PERSPECTIVE OF THE “CONSENT”
PRESENT IN THE BRAZILIAN GDPL***

Mario Filipe Cavalcanti de Souza Santos
Mestrando em Ciências da Comunicação pela
Universidade de São Paulo (USP) Bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE)
Pesquisador Membro do Grupo de Estudos Semióticos
em Comunicação, Cultura e Consumo da Universidade
de São Paulo
Advogado especializado em Propriedade Intelectual,
Direito Digital, Privacidade e Proteção de Dados
Membro Efetivo das Comissões de Proteção de Dados e
Direitos do Consumidor da OAB São Paulo

RESUMO: O presente artigo busca desvelar por meio da análise crítica do discurso e do tripé texto/práticas discursivas/práticas sociais proposto por Norman Fairclough, a arquitetura do que a LGPD estabelece como ‘consentimento’, expondo alguns de seus gargalos a partir das dinâmicas interacionais e das relações de poder e de abuso de poder comunicacional que subjazem a teia social, mais especificamente, quanto à atuação algorítmica nas plataformas digitais e a ausência de informação e conhecimento a esse respeito pelos cidadãos.

Palavras-chave: Consentimento. LGPD. Análise crítica do discurso. Proteção de dados.

ABSTRACT: *This article seeks to unveil, through critical discourse analysis and the tripod text/discursive practices/social practices proposed by Norman Fairclough, the architecture of what the LGPD establishes as ‘consent’, exposing some of its bottlenecks from the interactional dynamics and of power relations and abuse of communicational power that underlie the social web, more specifically, regarding the algorithmic performance on digital platforms and the lack of information and knowledge about this by citizens.*

Keywords: *Consent. GDPL. Critical discourse analysis. Data protection.*

INTRODUÇÃO: O DIREITO, OS TEXTOS E A CONSTRUÇÃO DE SENTIDO

Como fenômeno social constituído a partir do monopólio do poder político pelo Estado, o Direito se volta à construção da aceitabilidade e da reprochabilidade comportamental no âmbito da sociedade, assim como, no dizer de Derrida (DERRIDA, 2010, p. 7), à construção e justificação do próprio poder. Estando ligado ao social, como exposto por Ulpiano em sua máxima “*Ubi homo ibi societas, ubi societas, ibi jus*”¹, o Direito se preocupa com o estabelecimento da imperatividade de suas normas, portanto, com a efetividade de seu caráter dogmático (VIEHWEG, 1969), e, assim, com a construção da ideia de um dever ser objetivo (FERRAZ JR, 1994, p. 41).

E é como fenômeno social voltado à ordenação da conduta humana e ao estudo de seus efeitos (KELSEN, 2000, p. 05), portanto, ao regramento, mas também ao comportamento, que o Direito, através da pluralidade de suas fontes, atua no estabelecimento e na construção de sentidos, já que é caro à sua lógica a análise das condutas em conformidade e/ou desconformidade com os *standards*, ou padrões normativos socialmente construídos, possibilitando, assim, o estudo das intencionalidades dos atores sociais (a ex. da boa-fé no campo civil e da culpabilidade no penal). Registre-se que tal construção de sentido, por vezes, se dá por intermédio do uso das palavras, dos textos, como asseverou Ferraz Jr.², e, portanto, do discurso e dos atos de fala.

1 SCHIAVONE, Aldo. **Ius**: l’invenzione del diritto in occidente. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005. Em tradução livre: “onde está o homem está a sociedade e onde está a sociedade, está o Direito”.

2 *Idem, Ibidem*, p. 255.

De outro lado, há que se demarcar que essa construção do sentido a partir das palavras se estabelece não de maneira estática ou automática, mas negociada e, muitas vezes, conflituosa, como denunciou von Jhering (JHERING, 2006).

Tais aspectos dinâmicos da natureza jurídica demonstram a relevância da análise de suas textualidades discursivas a partir de uma abordagem analítica crítica do discurso, tendo em vista, de um lado, a importância do entendimento dos sentidos advindos das normas jurídicas, mas, de outro a relevância dos contextos sociais delas constituintes.

Sobre a análise crítica do discurso (ACD) – que é ao mesmo tempo teoria e método, assim pontuou Teun A. Van Dijk, um dos mais reconhecidos analistas críticos do discurso da contemporaneidade:

A ACD é um tipo de investigação analítica discursiva que estuda principalmente o modo como o abuso do poder, a dominação e a desigualdade são representados, reproduzidos e combatidos por textos orais e escritos no contexto social e político (VAN DIJK, 2020, p. 113).

A ACD, portanto, possui objetivo nítido de desvelar as dinâmicas manipulatórias do poder, através da análise expansiva dos textos sociais. De modo que, a análise de qualquer texto – inclusive do texto legal – visa observar as intencionalidades discursivas (o sentido), mas também as dinâmicas de contexto adjacentes, como os intentos de exercício de poder e controle, assim como as práticas de abuso de poder – que são aquelas que contrariam as dinâmicas do uso legítimo do poder dentro do contexto democrático.

Norman Fairclough (FAIRCLOUGH, 2016, pp. 111, 121), também aclamado analistas do discurso da contemporaneidade, estabeleceu três pilares para o entendimento dos sentidos discursivos, a saber, (I) o texto, portanto a concretude da expressão do discurso, (II) as práticas discursivas, composta pelas interações entre os sujeitos produtor e receptor idealizado, pela construção do *ethos* do produtor – isto é, da imagem que este constrói de si através de seu discurso, mesmo que deslocada de sua imagem real, como lecionado por Charaudeau e Maingueneau (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2018, p. 220), pela distribuição e circulação do discurso e pelos seus contextos e (III) as práticas sociais, com suas várias

orientações como econômicas, políticas, culturais, que, convergindo no processo da textualidade, contribuem à construção dos sentidos.

Tal abordagem crítica do discurso legal se justifica, inclusive, a partir da dinâmica natural da dogmática jurídica, que acompanha o caminhar da sociedade através da transmutação de sentidos e de entendimentos, com o passar do tempo.

Nesse contexto, a Lei Federal nº. 13.709/2018 (Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), que baliza entendimentos expressos no ordenamento jurídico brasileiro muito antes de sua própria vigência (CAVALCANTI, 2021), erigiu uma série de institutos e princípios jurídicos cujos sentidos precisam ser detidamente analisados, tendo em vista a relevância de tais normativos para as interações sociais em meio à era de um capitalismo plataformizado e de economia digital (SRNICEK, 2017, p. 04), que se espraia na vigilância e no controle comportamental sobre consumidores e cidadãos (ZUBOFF, 2021, p. 18).

Um desses institutos jurídicos balizados pela LGPD é o do consentimento, definido no art. 5º, inciso XII como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.

Tal conceituação, embora indique o objetivo máximo da proteção à privacidade e ao tratamento de dados, dando ao seu titular o poder de autodeterminar sua vontade, traz problemas que são típicos à interatividade factual, portanto, à compreensão de fenômenos sociais que transcendem a mera arquitetura textual (*strictu sensu*) da lei, em outras palavras, problemas advindos dos contextos.

Um desses problemas parece ser a omissão acerca do convívio com atores não humanos na rede interacional. Segundo o magistério de Bruno Latour (2012), os algoritmos e outras ferramentas inteligentes previamente programáveis, não são objetos, mas sujeitos criados, atuantes e actantes na teia complexa interacional atualmente existente.

E, como se sabe, essa atuação programada possui nítido intento manipulatório sobre o comportamento dos usuários das redes digitais no intento de criação e recriação de arquétipos de consumo³, ou seja, de avatares personificados de cada indivíduo, que oportunizem no ser biológico o desejo de compra e de consumo, seja de bens e serviços, seja das próprias redes digitais, manipulação esta oportunizada

3 CAVALCANTI, *Ibidem*.

por meio dos processos de *big data*, isto é, pelas trocas constantes de dados pessoais por acesso a conteúdo *online*, o que chamamos escambo digital (CAVALCANTI, 2021, p. 96-115).

Em outras palavras, se tudo o que podemos ver sobre o mundo vem se resumindo ao mostrado nas telas de celulares e computadores e, de outro lado, se essas telas são controladas por algoritmos que nos mostram o que as empresas deles programadoras querem que vejamos – sobre a temática, relevante o estudo de Eli Pariser (2012) sobre as bolhas de filtro da internet –, então a própria compreensão do mundo passa a ser enviesada graças a essa mediação algorítmica fortemente manipulatória. Onde, então, fica o consentimento? Isto é, até que ponto a promessa da LGPD é factível e até que ponto ficcional?

O presente artigo busca, portanto, desvelar por meio da análise crítica do discurso e do tripé texto/práticas discursivas/práticas sociais, a arquitetura do que a LGPD estabelece como ‘consentimento’, expondo alguns de seus gargalos a partir das dinâmicas interacionais e das relações de poder e de abuso de poder comunicacional que subjazem a teia social.

1. ANALISANDO O TEXTO: O CONSENTIMENTO NO ART. 5º, XII DA LGPD

O objeto de nosso estudo é o inciso XII do art. 5º da LGPD, que determina:

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.

Para vias da análise textual, dividiremos o texto acima nos trechos analíticos A-B-C-D, quais sejam:

[A] manifestação livre,

[B] informada e inequívoca

[C] pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais

[D] para uma finalidade determinada

O texto legal estabelece, inicialmente, que por ‘consentimento’ se deva entender a manifestação-livre, portanto, em oposição à impossibilidade de manifestação ou mesmo à manifestação sob cabresto, típicas de regimes ditatoriais. Portanto, ao demarcar que, por consentimento, deva-se entender aquele advindo de manifestação-livre, o próprio texto legal impõe valoração típica dos regimes democráticos, demarcando o sentido político do texto e, portanto, induzindo o sentido *erga omnes*, isto é, integral e plural do vetor normativo.

Por ‘informada e inequívoca’ vê-se uma clara função predicativa sobre a célula anterior, de modo que B é complemento de A, na dinâmica da textualidade normativa observada, no sentido de que, não basta que a manifestação seja livre e, portanto, desembaraçada de entraves politicamente existentes, é mister que ela seja, também, informada e inequívoca, isto é, que a manifestação livre não se dê por meio de desinformação e, portanto, do engodo da razão e, de outro lado, que essa manifestação seja certa, sem dúvidas, inequívoca.

Ao item C de nossa análise, vemos surgir o sujeito de direitos, isto é, o titular dos dados pessoais a quem é destinado o normativo legal. Aqui a relevância é dada ao verbo ‘concordar’, tendo em vista que a manifestação livre é do titular, o titular precisa estar informado para manifestar sua concordância, e essa manifestação precisa ser inequívoca. Significando ‘concordar’, dar permissão a, acordar com, temos aqui o espírito da ideia de consentimento: o estabelecimento do controle dos dados para o titular dos dados.

Por fim, o item D dá conta do destino da utilização dos dados pessoais, em *link* direto com a própria disposição legal da LGPD, que estabelece a finalidade como um dos princípios do tratamento de dados pessoais, vide dicção do art. 6º, I:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem

possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades

Se de um lado vê-se aqui a limitação da destinação do permissivo, da concordância, portanto, da manifestação-livre, no sentido de que a manifestação-livre não é dada para o infinito ou como um ‘cheque em branco’, de outro lado, o próprio texto legal do art. 6º, I, ao instituir a finalidade como princípio, relembra a necessidade de que o propósito da finalidade do uso dos dados seja legítimo / específico / explícito / informado.

A análise textual do inciso XII do art. 5º da LGPD dá conta, portanto, de identificar no consentimento um poder de controle e de autodeterminação cujo exercício é dado a todo e qualquer cidadão, e instrui que esse poder é direcionado à determinação do uso de dados pessoais, sabendo-se a destinação, as finalidades e os limites impostos ao tratamento. Trata-se, portanto, de norma das mais democráticas contidas no texto da Lei de dados.

Continuando a análise textual do consentimento, e a partir dos resultados analíticos encontrados, passa-se à observação da construção histórica de sentido do próprio verbete.

1.1. As origens etimológico-filosóficas do consentimento

Ao traduzir o verbete ‘consentimento’ como o “ato ou efeito de consentir”, dar permissão / licença e concordar, os dicionários da língua⁴ acabam por, optando por uma significação prática e de fácil assimilação, reduzir a complexidade de uma significação mais intrínseca e oriunda da etimologia da expressão.

É que consentimento e assentimento são sinônimos nascidos da tradição filosófica do estoicismo. Trata-se de palavras traduzidas do grego *Synkatathestai* ou *Synkatathesis* que, segundo a Enciclopédia Britânica, se trataria da justaposição dos termos *syn* (‘junto’) e *katathesis* (‘depositar’) e, para além da fenomenologia da formação da palavra, seu significado semântico desvelaria uma origem aprofundada:

4 a ex. de MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/consentimento/>; e AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004, p. 196.

In the passive voice the verb means, to assent to, to agree with. Used by the Stoics in the sense of agreement, or conviction. In general it signifies, the acknowledgment of the truth of a proposition, or consent given to it with someone (ENCYCLO, 2021).

Como se pode ver, além das ideias de ‘assentir a’ e de ‘concordar com’, o verbete visa significar o reconhecimento da verdade de uma afirmação/proposição, ligando-se o significado da própria palavra a critérios éticos que o próprio Epíteto, um dos estoicos mais conhecidos, bem descreveu:

Qual é a razão de se dar assentimento a algo? Parecer que é. Com efeito, não é possível dar assentimento ao que parece que não é o caso. Porque esta é a própria natureza do pensamento: inclinar-se para as coisas verdadeiras, estar descontente com as coisas falsas, suspender o juízo em relação às coisas incertas. Quando, portanto, alguém dá assentimento ao que é falso, sabe tu que ele não desejou assentir (EPÍTETO *In*: DINUCCI, 2017, p. 352).

Portanto, o próprio sentido de ‘consentir’ viria de um sentimento da verdade ou, em outras palavras, de um assentimento diante de uma preposição qualquer que se entenda verdadeira. Segundo essa teoria filosófica, um erro de escolha voluntário seria tão impossível quanto desejar-se o próprio mal de maneira conscientemente dirigida a essa finalidade. O erro, aqui, é não voluntário, mas gestado a partir de um engodo, uma vez que, segundo Epíteto:

Para todos os homens há um único princípio, de acordo com [o] qual assentir é sentir que é o caso, negar é sentir que não é o caso e suspender o juízo é sentir que é não-evidente (EPÍTETO *In*: DINUCCI, 2017, p. 357).

Consentir, então, figuraria como um poder do ser humano, referenciado pelo filósofo grego como o poder da escolha, que seria o único aspecto *inerente ao* indivíduo que nenhum tirano lhe poderia tirar, e tal poder se exerceria, segundo a lição do professor Aldo Dinucci a partir de três operações básicas:

O ato de conceder o assentimento (que se faz diante de algo que parece ser o caso), o ato de negar o assentimento (que se faz diante de algo [que] não parece ser o caso) e o ato de suspender o assentimento (que se faz diante [de] algo que não se sabe se é ou não o caso), estendendo isso ao que parece vantajoso ou não (DINUCCI, 2017, p. 354).

Vê-se, portanto, que no âmago da tradição filosófica, assim como em suas raízes etimológicas, consentimento estaria ligado a um poder do indivíduo escolher conforme a sua vontade, baseado em informações verdadeiras e suficientes que detenha e do crivo de que aquela escolha seria livre, desimpedida e baseada num raciocínio verdadeiro, isto é, sem uma condução fraudulenta que possa turbar a assertividade da escolha.

Observando o quanto disposto no texto legal, assim como a concepção etimológico-filosófica do termo ‘consentimento’, temos a seguinte fórmula de sentido:

A (B) + C (D) / V

Onde:

[A] manifestação livre,

[B] informada e inequívoca

[C] pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais

[D] para uma finalidade determinada

[V] verdade – informação

O critério da verdade, ou da informação verdadeira, portanto, passa a ser definidor do sentido daquilo que é consentido. Isto é, que não se pode consentir por algo que não seja verdadeiro, ou, em outras palavras, sobre algo do qual não se saiba, não se conheça, não se controle.

2. ANALISANDO AS PRÁTICAS DISCURSIVAS

2.1. A construção textual-legal e a acepção etimológico-filosófica como *standards* do uso escorreito do poder no que se refere ao consentimento.

A concepção etimológico-filosófica acima desvelada é cara à teoria jurídica da proteção de dados pessoais, justamente pelo fato de que constitui uma equação inarredável, que podemos demonstrar no esquema abaixo:

$$\text{Informação (Verdade) + Decisão = Consentimento}$$

Da redação textual do art. 5º, XII da LGPD, pode-se compreender inicialmente a constituição de um sentido de validade estritamente condicionado, segundo o qual a concordância do titular dos dados com o seu tratamento por terceiros somente seria válida⁵ quando “livre, informada e inequívoca”, e para uma “finalidade determinada”.

Vê-se, portanto, que a espinha dorsal do dispositivo legal se encontra em um binômio que erige condições de validade:



Na ambiência jurídica da validade poderíamos entender, portanto, os critérios filosófico-condicionantes de verdade, tal como estipulados há séculos por Epíteto.

Isso porque, se de um lado a decisão que o titular dos dados, portanto, o cidadão/consumidor, tomará precisa ser clara e consciente, sendo rejeitada qualquer tipo de argumentação de consentimento ficto ou implícito – como aliás, já lecionado por Tepedino e Teffé (TEPEDINO; TEFFÉ *In*: TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2020, p. 285 e 300), de outro, resta delimitada a plenitude do tratamento a uma finalidade ajustada e determinada e, portanto, específica, que pode ser, por exemplo, o tratamento de dados para a persecução de crédito – nos casos de solicitação pelo consumidor –, ou do tratamento de dados apenas para permitir a compra de um

5 Há que se relembrar que o consentimento é uma das bases legais de tratamento de dados, havendo, conforme o caso, excepcionalidade à necessidade de consentir, nos moldes da lei.

imóvel – nos casos de início de tratativas para a promessa de compra e venda de imóvel pelo consumidor –, ou para a administração de registros escolares – nos casos de ingresso de cidadão em alguma unidade escolar pública ou privada; não podendo o agente de tratamento de dados, portanto, ultrapassar os limites desse assentimento.

Tal binômio (compreensão / finalidade) resulta, segundo Danilo Doneda (2006, p. 377), diretamente de um dos fundamentos normativos da própria proteção de dados, a saber, a autodeterminação informativa do indivíduo, que é princípio de matriz alemã, incorporada por nossa legislação nos moldes como dispostos no art. 2º, II da LGPD.

Segundo o magistério de Matos e Ruzyk (MATOS; RUZYK *In*: TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2020, p. 199), a autodeterminação informativa seria, justamente, o “espaço de liberdade no qual a escolha do indivíduo sobre a publicização de seus dados pessoais deve prevalecer, como integrante do desenvolvimento de sua personalidade”.

Na mesma esteira há quem entenda que essa mesma liberdade se constitui em um poder de controle do titular de dados sobre os usos, finalidades e transmissibilidade desses dados, sendo esse o magistério de Tepedino e Teffé⁶, e esse controle direcionado não aos agentes de tratamento (empresas/governos) mas ao cidadão deles titular, tem o objetivo de evitar o uso indiscriminado e discriminante dessas informações, ao mesmo tempo que se espria como matriz democrática das lógicas de tratamento de dados pessoais, evitando-se o escambo digital baseado unicamente no engodo (CAVALCANTI, 2021, p. 96-115).

Veja-se que o redirecionamento do controle sobre o uso dos dados à pessoa de seu titular, se dá tendo em vista a clara assimetria informacional existente nas relações marcadas pelo fluxo de dados, tendo em vista de um lado há clara profusão de recursos dos grandes conglomerados econômicos e governos na manutenção e desenvolvimento das máquinas de captar dados observáveis no mundo digital e físico, de outro, há nítida hipossuficiência e escassez (até mesmo de informação) do titular de dados. Nesse sentido, útil a lição de Bruno Bioni, que alega que:

o objetivo final [da própria LGPD] é a redução da assimetria de informação e técnica que circunda todo o fluxo informacional. Visa-se estabelecer uma relação mais sincera e menos danosa,

6 TEPEDINO; TEFFÉ, *Ibidem*, p. 285

eliminando-se qualquer tipo de opacidade e obscuridade com relação ao trânsito dos dados pessoais (BIONI, 2021, p. 184).

E, nesse mesmo desiderato, já afirmou Eduardo Tomasevicius Filho (2007, p. 308), ser reconhecido pela doutrina que “uma das condições para que surja o dever de informar é a existência de informação assimétrica”. Aqui já vislumbramos algo das práticas sociais, tendo em vista que, inexistindo informações tão claras, e, mais, existindo práticas manipulatórias ante a opinião dos cidadãos, prossegue imperando a assimetria informacional e prossegue o ideal do consumidor autodeterminado sendo um *ethos*, isto é, uma imagem construída, sem haver, necessariamente, qualquer *link* com o real.

Diante do até aqui analisado, se temos a definição legal do que é cogente, aceitável e imperativo no nosso ordenamento jurídico, quanto ao sentido, expressividade e abrangência do consentimento, tem-se que o inverso disso, isto é, a manipulação do cidadão/consumidor para a geração de manifestações não necessariamente livres ou livres em parte, desinformadas, equivocadas e sem compreensão de finalidades ou efetiva concordância, é, nada mais e menos que o abuso do poder.

Para Van Dijk:

O abuso de poder significa a violação de normas e valores fundamentais no interesse daqueles que têm o poder e contra os interesses dos outros. Os abusos de poder significam a violação dos direitos sociais e civis das pessoas. Na área do discurso e da comunicação, isso pode significar o direito de ser bem ensinado e educado, de ser bem-informado, etc.

Se quisermos analisar e criticar a dominação e se a dominação é definida como ilegítima, precisamos ser muito explícitos sobre as normas, os critérios ou os padrões de legitimidade (VAN DIJK, 2020, p. 29).

Portanto, resta evidenciado que o texto legal do art. 5º, XII da LGPD assegura (ou idealiza) um cidadão autodeterminado, que possui controle sobre seus dados, sobre seu discernimento e sobre a manifestação da sua vontade, sendo não somente capaz, como também capaz de entender e decidir. Esse é o padrão de legitimidade que devemos ter no horizonte. E esse *ethos* do destinatário é o espírito da norma.

Ao expressar que a manifestação de vontade do titular de dados tem de ser informada e inequívoca, a lei reconhece na informação plena, livre, consciente e sem máculas ou ambiguidades – ou seja, na simetria informacional –, um dos fundamentos da proteção de dados, não se podendo falar em tratamento válido quando as suas finalidades imediatas e mediatas restam obscuras ao cidadão. Sobre o assunto, assim lecionam Gustavo Tepedino e Chiara de Teffé:

Para diminuir a assimetria técnica e informacional existente entre as partes, exige a lei que ao cidadão sejam fornecidas informações transparentes, adequadas, claras e em quantidade satisfatória acerca dos riscos e implicações do tratamento de seus dados. (...) Na hipótese em que o consentimento é requerido, ele será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência e de forma clara e inequívoca (TEPEDINO; TEFFÉ *In*: TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2020, p. 295-296).

Portanto, pode-se inferir que a redação legal se estabelece com o objetivo de erigir um consentimento expresso, claro, evidente e direcionado a uma finalidade específica, realizado mediante uma manifestação não ambígua e plenamente consciente por parte do titular de dados, tem-se aqui o estabelecimento de um cidadão autodeterminado informacionalmente.

3. ANALISANDO AS PRÁTICAS SOCIAIS

Para além da textualidade da lei e das práticas discursivas presentes no comando analisado, as práticas sociais denotam desafios para a efetividade do texto legal e, portanto, para o alcance de um cidadão pleno, dono de um consentimento livre, informado, inequívoco, que controla e, portanto, exerce poder sobre o uso de seus dados, como parece ser o sentido buscado pelo texto legal.

Isso porque, se de um lado vivenciamos a era de um capitalismo dadocêntrico (MOROZOV, 2018), onde a incessante busca pela captação e mineração de dados pessoais é imperativa para o desenvolvimento de grandes conglomerados empresariais sediados não somente no Vale do Silício, mas agora ao redor de todo

o mundo, de outro lado, o cenário desvela consumidores e cidadãos, também ao redor de todo o mundo, submetidos a essas lógicas de predação, tendo como único pagamento o entretenimento fácil observável nas plataformas digitais.

Como já afirmamos:

Como na imagem de um funil, o *big data* ocupa a parte superior da alegoria, com uma larga boca que nunca se sacia, nela acumulam-se dados os mais variados, captados em texto, imagem e som que, de tão extensos em quantidade, se assemelhariam a uma fotografia do céu tirada pelo Hubble, ou seja, a uma acentuada redução de complexidade. Nesse sentido, a apropriação da conceituação de *big data* pelo capitalismo é sintomática, haja vista que tal expressão surge pela primeira vez em 1997, da constatação de astrônomos da NASA da problemática do tratamento de quantidades massivas de dados astronômicos, diante da limitação dos recursos disponíveis.

O *big data*, no entanto, é uma necessidade do capitalismo, não a sua finalidade. O objetivo gira em torno da captação, tratamento, e utilização dos pequenos dados (*small data*), uma vez que é através deles, isto é, da ponta menor, da base do funil, que se pode chegar a informações e conhecimento aplicáveis nas lógicas de engajamento (CAVALCANTI, 2021, p. 02).

Portanto, as lógicas de *big data* são vetores de informação que cidadãos ao redor do mundo ignoram por ausência de uma literacia voltada ao seu empoderamento, que lhes garanta um efetivo convencimento e que lhes oportunize prolar verdadeiro consentimento diante de situações envolvendo tecnologias digitais.

No dizer de Morozov, exemplificando as relações de captação de dados consumidores-Google:

Na verdade, estamos sendo duplamente ludibriados: quando entregamos os nossos dados – que acabam no balanço dos ativos do Google – em troca de serviços relativamente triviais, e quando esses mesmos dados são utilizados para customizar e estruturar o nosso mundo de maneira pouco transparente e pouco desejável. Essa segunda característica dos dados como unidade

de troca ainda não é bem compreendida. Todavia, é justamente essa capacidade de moldar o futuro, mesmo depois de termos abdicado dele, que transforma os dados em instrumentos de dominação.

De certo modo, os pobres são os verdadeiros ‘assistentes virtuais’ do Google, ao contribuir para a acumulação de dados que mais tarde serão monetizados pela empresa (MOROZOV, 2018, p. 53-54).

Na mesma toada, prossigue o pesquisador agora sobre a relação consumidores-Facebook (atualmente ‘Meta’):

O Facebook está interessado em ‘inclusão digital’ do mesmo modo que os agiotas se interessam pela ‘inclusão financeira’ – ou seja, em função do dinheiro.

O acesso gratuito à internet que o Facebook oferece aos países em desenvolvimento é, em essência, um derivativo financeiro gigantesco que paga a implantação da sua infraestrutura: o Facebook assegura a conectividade a esses países em troca do direito de monetizar a vida dos seus cidadãos assim que estes passarem a contar com recursos suficientes (MOROZOV, 2018, p. 55-56).

Ou seja, no que convencionamos em Direito chamar ‘mundo dos fatos’, vê-se um contínuo cabo de guerra obnubilado por ‘dancinhas do Tik Tok’ e por ‘Reels do Instagram’, enquanto o objetivo imediato das *big techs* prossegue o mesmo: captação, mineração e predação da maior quantidade de dados possíveis – lógica de *big data* – para conversão no que o mercado chama de ‘*leads*’, isto é, para consumos.

A neblina a que são relegados os cidadãos ao redor do mundo, quanto à complexidade e aos riscos dessas ferramentas digitais, denota, nitidamente a ausência de chances mínimas por um consentimento efetivo e eficaz, justamente por faltar o vetor ‘verdade-informação’. E veja-se que essa ‘cortina de fumaça’ ou essa ‘neblina’, não é gerada por grandes eventos, mas por coisas realmente banais, como as ‘dancinhas do Tik Tok’ ou o uso de terminologias afáveis para máquinas de predação de dados, como no caso dos *cookies*, como já denunciemos:

Por mais que a função desempenhada pelos *cookies* seja também de perfilização, não podemos deixar de pensar que a denominação, por si mesma, é construída para a realização de um efeito psicológico sobre nós. A ideia é fazer entender que se trata de coisa pequena, irrelevante, de “biscoitos”, como aqueles que se dá com naturalidade a um pequeno cão que se sai bem em uma tarefa.

Percebe-se, portanto, que o efeito significativo desse tipo de linguagem sobre o usuário das plataformas digitais é preocupante, tendo em vista que este é levado a pensar que se trata de algo irrelevante, de “biscoitos” dados aos provedores e desenvolvedores de plataformas, *sites* e *Apps* pra facilitar o acesso aos conteúdos e maximizar a experiência *on-line*.

Esse raciocínio favorece um novo tipo de troca, de dados por acesso a conteúdo *on-line*, a que chamamos escambo digital.

Para os atores econômicos trata-se, de fato, de uma simples troca de mercadorias, sendo proveitosa para eles a divulgação dos dados como “o novo petróleo” ou as “novas commodities”. Emprega-se, assim, por meio da linguagem economicista uma redução de complexidade que nos leva a pensar que nessa troca de dados por navegação, os primeiros custam pouco. Mas o que, exatamente, custa tão pouco? (CAVALCANTI, 2021, p. 96-115).

O cenário pode piorar e, de fato, piora: como denunciado por David Sumpter (2019), os próprios governos já se utilizam da infraestrutura de dados gestada pelo *big data* para exercer controle quase despótico sobre seus cidadãos, o que acontece tanto nos atos discriminatórios contra a progressão de regime de presos negros nos EUA – supostamente ‘guardião da democracia’ –, quanto nos atos discriminatórios contra muçulmanos na China ou mesmo na utilização não autorizada do reconhecimento facial no metrô de São Paulo e na tentativa do governo brasileiro sob Bolsonaro de captar dados de clientes de empresas de telecomunicações, sob o argumento genérico de combate à pandemia de Covid-19, sem especificar as finalidades do tratamento de tais dados, que resultou nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393 no STF.

Em estudos que temos empreendido junto à Universidade de São Paulo⁷, nos quais analisamos criticamente os discursos publicitários sobre tecnologias digitais, no afã de observar tanto o tipo de *ethos* criado pelos produtores dessas mensagens sobre si, quanto aqueles por eles emprestado aos consumidores receptores e, nesse desiderato, o nível de literacia empreendido quanto às tecnologias digitais, temos observado que as mensagens imprimem às audiências a ideia de necessidade / utilidade / desenvolvimento / praticidade / imperatividade das tecnologias digitais, relegando ao ostracismo temas que envolvam os riscos à privacidade e à proteção de dados pessoais.

Aqui, portanto, há o abuso do poder comunicacional, além do poder técnico e econômico sobre os cidadãos-consumidores que são relegados, quase compelidos, enquanto usuários das plataformas digitais, a fornecer dados que alavancam as engrenagens do capital, sem receber por isso. De outro lado, são muitas vezes usados como cobaias ou como fonte de aprendizado das máquinas, como ocorre com a versão gratuita do ChatGPT da OpenAI, onde as pessoas são compelidas a interagir com a inteligência artificial para, em última análise dar-lhe repertório de fala.

A análise crítica aqui realizada, portanto, demonstra que o discurso acerca do consentimento, assim como a Janus, possui dupla face: uma atrelada à textualidade e às discursividades advindas do direito estampado no art. 5º, XII da LGPD e outra atrelada às práticas sociais que demonstram um gargalo enorme entre a impositividade da lei e a sua efetividade.

CONCLUSÃO

A conclusão a que chegamos, nesse primeiro momento, é que o consentimento – como manifestação livre, informada, inequívoca, por meio da qual o cidadão-titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada

7 Exemplos de estudos por nós já apresentados no Brasil (congresso INTERCOM 2021 e 2022), em Luxemburgo (IFIP SUMMER SCHOOL 2021) e na Argentina (congresso ALAIC 2022) são: CAVALCANTI, Mario Filipe. O algoritmo numa densa neblina: como a publicidade de dois bancos brasileiros tenta modelar os imaginários das audiências sobre algoritmos. **INTERCOM – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares em Comunicação**. 44º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Out, 2021. Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/nacional2021/resumos/dt2-pp/mario-filipe-cavalcanti.pdf>, e CAVALCANTI, Mario Filipe; TRINDADE, Eneus. Algorithms and data protection in Brazilian television advertising. **IFIP Summer School 2021**. Privacy and Identity Management. Université du Luxembourg. <https://ifip-summerschool2021.uni.lu/programme/>

–, é naife. Isso porque, mesmo o tratamento de dados gestado a partir da base legal do consentimento, tem sofrido os entraves da completa ausência de conhecimento por parte dos cidadãos, acerca das complexidades e entraves advindos da digitalização, que possam oportunizar efetividade a esse consentir.

O cabo de guerra que observamos entre cidadãos e empresas é meramente formal, haja vista que consumidores e cidadãos ao redor do mundo são carentes de qualquer chance frente aos grandes conglomerados de tecnologia que furtam dados como modelo principal de negócio e entregam entretenimento fácil e viciante nas interfaces das telas escuras de celulares. Sem conhecimento dessa teia complexa não há como haver informação verdadeira e compreensão aprofundada das situações atreladas ao tema, para oportunizar decisões acertadas ou mesmo justificadas.

O abuso de poder, seja ele comunicacional, seja ele econômico ou mesmo político, está evidenciado nas relações entre consumidores e agentes econômicos ou governos, no que tange ao tratamento de dados e à privacidade, no contexto do consentimento. Justamente porque a assimetria informacional existente entre aqueles detentores do poder econômico e aqueles desprovidos de qualquer poder é exagerada.

Basicamente, ao concordar com a utilização de *cookies* em uma navegação *online* ou ao ceder dados específicos de identificação como a impressão digital para se entrar numa academia de ginástica, o reconhecimento facial para liberar uma compra em aplicativo de banco ou o seu CPF para realizar uma simples compra de farmácia, o consumidor não está, de fato, consentindo, porque a ele não é dado o poder de entender todos os fatores de risco envolvidos nessas ‘facilidades’, para que opte por arriscar em prol disso ou garantir a sua privacidade.

Em outras palavras, não possuindo os cidadãos/consumidores informações de qualidade acerca dos riscos envolvidos nas navegações *online* e nos assentimentos dados a sites, empresas e governos quanto à captação desenfreada de dados, não podem sequer questionar tais condutas ou mesmo saber por onde fazê-lo, como fazê-lo e por que fazê-lo. Assimétrica a informação, naife o consentimento.

Uma forma de solução da questão observada é o investimento em políticas públicas que garantam uma estratégia comunicacional voltada à literacia dos cidadãos quanto a tecnologias digitais. Em suma, que se ensinem nas escolas a complexidade imanente a algoritmos, inteligência artificial, aprendizado de máquinas, que

se lecione sobre os riscos de um futuro completamente mediado por algoritmos, que se veiculem campanhas publicitárias em TV aberta, rádio e *podcasts* sobre a necessidade de preservação da privacidade, de redução de exposição *online*, etc. Com tamanho esforço educativo advinda de uma política pública de Estado e não de governo, talvez tenhamos num futuro relativamente próximo, chances de efetivar o empoderamento dos cidadãos acerca desses aparatos tecnológicos digitais.

REFERÊNCIAS

AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais**. A função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CAVALCANTI, Mario Filipe. Porque não há mais escapatória. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Recife, v. 1, n. 13, 2021. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/231/214>.

CAVALCANTI, Mario Filipe. Cookies para quem? Entre o escambo digital e os direitos à privacidade e proteção de dados. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 93, n. 2, p. 96-115, out. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/249887/39607>.

CAVALCANTI, Mario Filipe. O algoritmo numa densa neblina: como a publicidade de dois bancos brasileiros tenta modelar os imaginários das audiências sobre algoritmos. **INTERCOM – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares em Comunicação**. 44º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Out, 2021, p. 02. Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/nacional2021/resumos/dt2-pp/mario-filipe-cavalcanti.pdf>.

CAVALCANTI, Mario Filipe; TRINDADE, Eneus. Algorithms and data protection in Brazilian television advertising. **IFIP Summer School 2021**. Privacy and Identity Management. Université du Luxembourg. Disponível em: <https://ifip-summer-school2021.uni.lu/programme/>.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de Análise do Discurso**. São Paulo: Editora Contexto, 2018.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. O fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DINUCCI, Aldo. Assentimento e liberdade – Apresentação e tradução das Diatribes de Epicteto 1.18 e 1.19. **Pensando – Revista de Filosofia**, v. 8, n. 15, 2017.

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

ENCYCLO. English Encyclopedia. **Synkatathesis definition**. 2021. Disponível em: <http://www.encyclo.co.uk/meaning-of-Synkatathesis>.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. 2da edição. Brasília: UNB, 2016.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. 2da edição. São Paulo: Atlas, 1994.

JHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. Trad: João Vasconcelos. São Paulo: Forense, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LATOURET, Bruno. **Reagregando o social: uma introdução à Teoria do Ator-Rede**. Salvador: EDUFBA, 2012.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Diálogos entre a Lei geral de proteção de dados e a Lei de acesso à informação. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - e suas repercussões no direito brasileiro**. 2da edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/consentimento/>.

MOROZOV, Evgeny. **Big tech**. A ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu, 2018.

PARISER, Eli. **O filtro invisível**. O que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

SCHIAVONE, Aldo. **Ius: l'invenzione del diritto in occidente**. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2005.

SRNICEK, Nick. **Platform capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2017.

SUMPTER, David. **Dominados pelos números**. Do Facebook e Google às fake News. Os algoritmos que controlam nossa vida. Rio da Janeiro: Betrand Brasil, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena

Donato. (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. E suas repercussões no direito brasileiro. 2da edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo. 2007.

VAN DIJK, Teun A. **Discurso e poder**. São Paulo: Contexto, 2020.

VIEHWEG, Theodor. **Ideologie und Rechtsgematik**. Ideologie und Recht. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1969.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.