

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

BRUNO JUNQUEIRA MEIRELLES MARCOLINI

**A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DE BASE LEGAL ESPECÍFICA PARA
LEGITIMAÇÃO DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS. UMA ANÁLISE DOS
REQUISITOS DA LGPD EM FACE DAS ESPECIFICAÇÕES DO
CONSENTIMENTO**

CURITIBA

2023

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

BRUNO JUNQUEIRA MEIRELLES MARCOLINI

**A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DE BASE LEGAL ESPECÍFICA PARA
LEGITIMAÇÃO DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS. UMA ANÁLISE
DOS REQUISITOS DA LGPD EM FACE DAS ESPECIFICAÇÕES DO
CONSENTIMENTO**

Artigo apresentado na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II (DV455), do curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Wachowicz.

CURITIBA

2023

TERMO DE APROVAÇÃO

A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DE BASE LEGAL ESPECÍFICA PARA LEGITIMAÇÃO DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS. UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS DA LGPD EM FACE DAS ESPECIFICAÇÕES DO CONSENTIMENTO

BRUNO JUNQUEIRA MEIRELLES MARCOLINI

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Documento assinado digitalmente

MARCOS WACHOWICZ

Data: 15/02/2023 13:23:35-0300

Verifique em <https://verificador.itl.br>

Marcos Wachowicz

Orientador

Coorientador



Pedro Lana

1º Membro



Documento assinado digitalmente

ISABELA CRISTINA SABO

Data: 10/02/2023 11:32:28-0300

CPF: *** 836.359-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Isabela Cristina Sabo

2º Membro

AGRADECIMENTOS

Muitos foram os amigos, colegas, professores e familiares que me acompanharam durante os 5 anos do curso de Direito da UFPR. Sou extremamente grato pela companhia de todos.

Em especial, queria agradecer aos meus pais Fabiano e Alaide Marcolini e meu irmão Vitor. Vocês são a base de tudo que eu construí na vida. Não poderia deixar de agradecer toda minha família, Meirelles e Marcolini, por serem tão especiais e torcerem pelo meu sucesso desde sempre.

Um agradecimento reservado para minha namorada Sara, que me motivou incondicionalmente durante o período de escrita desse artigo.

Ao meu Professor Orientador Dr. Marcos Wachowicz, o qual tive o imenso prazer de ter sido monitor por 2 anos, um agradecimento pelos anos de aprendizado no GEDAI e tópicas de propriedade intelectual na faculdade. Outro agradecimento reservado vai para meu amigo Arthur, meu parceiro de temas da LGPD na universidade.

Um obrigado aos meus queridos amigos Leonardo, Fidel, Paulo Henrique, Felipe Dellê, Felipe “Bob”, Luiz Eduardo, David, Dan, Luan, Gabriel Soares, Gabriel Fonseca e Leonardo Brito. As risadas pré aula e as inúmeras histórias vividas nesses 5 longos anos foram o grande combustível para superar os desafios. Também não poderia deixar de agradecer as minhas queridas amigas Ana, Agatha, Eloise, Mariana, Sofia e Quezia, que sempre aguentaram minhas piores piadas nesse período.

Além disso, um agradecimento mais que especial para os meus colegas e ex-colegas de escritório Aron, André Luiz, Camila, Gabriela, Marco, Nailia, Natália, Rafael Berzotti e Rafael Cruz. Absolutamente tudo que aprendi sobre LGPD veio das manhãs e tardes no Departamento Corporativo/LGPD, ao qual serei eternamente grato.

Por fim, queria agradecer todos que, de alguma forma, se envolveram e participaram da minha jornada. Espero rever todos na esfera profissional, não só enquanto advogados, mas como amigas e amigos de Universidade Federal do Paraná.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo abordar de maneira mais profunda o percurso realizado na atribuição de determinada base legal para a realização de um tratamento coerente de dados pessoais, tudo em observância ao texto normativo da Lei Geral de Proteção Dados – Lei nº17.309 (“LGPD”).

Com o advento da LGPD, a temática da proteção de dados se tornou um enfoque nacional, passando a abranger quase que a totalidade das discussões jurídicas. A nova necessidade de adequação e cuidado com a proteção de dados pessoais colocou os direitos dos titulares em destaque, gerando inúmeras novas questões para pessoas e empresas que desejam estar de acordo com a legislação.

Evidente que não se deve afirmar que a referida lei, promulgada em 14 de agosto de 2018, inaugurou a discussão no Brasil, que já contava com legislação relacionada e certos casos práticos.

Contudo, é factível concluir que a LGPD atribui uma atenção que jamais havia sido dada ao tratamento de dados pessoais, que alcançou um patamar jamais observado no país.

Alguns conceitos chave da lei, entretanto, ainda são entendidos de forma equivocada por controladores, operadores e titulares de dados, fazendo com que o tratamento dos dados ocorra de forma equivocada e, por muitas vezes, ilícita.

A ilustração mais comum desse equívoco é a noção que todo e qualquer tratamento de dado pessoal deve necessariamente pressupor consentimento do titular, independente da natureza da situação. Esse entendimento se reflete em inúmeros sites e aplicativos pelo Brasil, que usam cookies confusos para utilizar dados pessoais da forma com que bem entender, sem a devida transparência com o titular.

Sem uma análise crítica séria sobre o texto da lei, é natural que conotações genéricas fortaleçam um entendimento contrário ao disposto na LGPD, que é muito clara ao estabelecer quais os requisitos necessários para a legitimação do tratamento de dados pessoais.

Nesse sentido, o presente artigo pretende aprofundar os princípios e bases legais utilizadas pela LGPD, focando nas bases legais e lembrando

que a ausência de *compliance* pode gerar uma problemática extensa para toda empresa contemporânea.

Palavras-chave: ANPD, *cookies*, consentimento, dados pessoal, dado pessoal sensível, LGPD e tratamento.

ABSTRACT

The purpose of this article is to take a deeper look into the path taken in the allocation of a certain legal basis for the consistent processing of personal data, all in compliance with the normative text of the General Data Protection Law - Law No. 17,309 ("LGPD").

With the advent of the LGPD, the topic of data protection has become a national focus, covering almost all legal discussions. The new need for adequacy and care with the protection of personal data has put the rights of data subjects in the spotlight, generating numerous new questions for individuals and companies that wish to comply with the legislation.

Of course, it should not be said that the law, enacted on August 14, 2018, inaugurated the discussion in Brazil, which already had its own legislation and certain practical cases.

However, it is feasible to conclude that the LGPD attributes a level of attention that had never been given to the treatment of personal data, which has reached a level never before observed in the country.

Some key concepts in the law, however, are still misunderstood by controllers, operators, and data subjects, causing data processing to occur in an erroneous and often illicit manner.

The most common illustration of this misunderstanding is the notion that any and all processing of personal data must necessarily presuppose consent of the data subject, regardless of the nature of the situation. This understanding is reflected in numerous websites and applications throughout Brazil, which use confusing cookies to use personal data as they see fit, without due transparency with the holder.

Without a serious critical analysis of the text of the law, it is natural that generic connotations strengthen an understanding contrary to the provisions of the LGPD, which is very clear in establishing which requirements are necessary for the legitimization of the processing of personal data.

In this sense, the present article intends to deepen the principles and legal bases used by LGPD, focusing on the legal bases and remembering that the absence of compliance can generate extensive problems for every contemporary

company.

Key words: ANPD, cookies, consent, personal data, sensitive personal data, LGPD and processing.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANPD - Autoridade Nacional de Proteção de Dados

CPF - Cadastro da Pessoa Física

CNPJ - Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica

GDPR - General Data Privacy Regulation

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia Estatística

LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados

MP - Ministério Público

TAC - Termo de Ajuste de Conduta

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL – CONTEXTO E ATUALIDADE	
2.1 <i>General Data Protection Regulation</i> – GDPR.....	10
2.2 Termos de Ajuste de Conduta - TAC	11
2.3 Autoridade Nacional de Proteção – ANPD.....	12
3. MODALIDADES DE DADOS	
3.1 Dado Pessoal.....	17
3.2 Dado Pessoal Sensível.....	19
4. AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E PRINCÍPIOS DA LGPD	
4.1 Autodeterminação Informativa.....	20
4.2 Princípios da LGPD - Análise do art. 6º.....	21
5. BASES LEGAIS PARA TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS	
5.1 Bases Legais.....	23
5.2 Análise do art. 7º.....	24
6. BASES LEGAIS PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS	
6.1 Análise do art. 11º.....	28
7. BASE LEGAL – CONSENTIMENTO	
7.1 Definição.....	31
7.2 Análise do art. 5º, XII, na visão do Professor Bruno Ricardo Bioni.....	31
7.3 Cookies.....	33
8. CONCLUSÃO.....	36
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

Trazendo consigo novos conceitos de modernidade, a Lei Geral de Proteção de Dados¹, de 14 de agosto de 2018, colocou em evidência uma discussão de até então inédita para boa parte da sociedade brasileira, a proteção de dados pessoais.

Dentro do universo jurídico, já se esperava, com bons olhos, a chegada da lei e a nova realidade que ela poderia impor para o cotidiano das empresas e pessoas. Fora dele, contudo, pouco se avaliou em concreto sobre como a LGPD realmente afetaria a realidade dos processos de negócios.

Existiu o temor de que a lei chegaria para vetar o tratamento de dados pessoais, fazendo a logística de vários processos voltar para meios arcaicos. Temor, este, que persiste em menor escala até os dias de hoje.

Esse medo jamais foi correspondido pelo texto normativo da LGPD, que já era entendida como uma lei bastante coesa por juristas. Contudo, a própria ausência de um órgão estatal especialista, tendo em vista que a ANPD só foi criada em 2020 (cerca de 2 anos após a chegada da LGPD), corroborou para falácias diversas se estabelecerem.

Outra ausência sentida foi a falta de casos práticos conhecidos para servir de base naquele momento. Os TAC's (Termos de Ajustes de Conduta), foram um dos poucos casos prévios de sanções relacionadas com abuso no tratamento de dados pessoais, realizados pelo Ministério Público entre 2018 e 2020. Contudo, pouco se debateu sobre esses termos na época, apesar de trazer termos e definições importantes para a LGPD.

Em 2023, com a LGPD na iminência de completar 5 anos, os objetivos e caminhos da lei já se figuram de forma mais clara, mas ainda não completamente consolidados. Em consequência, diversos fundamentos, princípios e bases legais da lei acabam perdendo espaço para achismos infundados, criando mitos falsos, como que todo processo

¹ BRASIL. Lei n. 13.709. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20 de dez. 2022.

de tratamento precisa, obrigatoriamente, do consentimento do titular e que o legítimo interesse da empresa é suficiente para que o tratamento ocorra independente da situação.

A própria definição de tratamento² de dados pessoais, absolutamente fundamental para o debate, acaba não tendo a devida importância. Entende-se por tratamento todo tipo de atividade que se utilize um dado pessoal para a execução da sua operação. Nesse sentido, são exemplos de tratamento ações como: coleta, distribuição, comunicação, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, difusão, transmissão, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, transferência, ou extração.

Importante destacar, dessa forma, que o tratamento de dados pessoais engloba várias modalidades de ação, não se limitando ao uso direto. Assim, a possibilidade de acesso ao dado já é o suficiente para pressupor tratamento, atraindo a incidência da LGPD. Em sentido adverso, costuma-se entender que o tratamento só ocorreria quando o dado é efetivamente compartilhado.

Mais abrangente e precisa do que o senso comum aparenta destacar, a LGPD necessita ter seus principais pontos olhados mais a fundo para que a compreensão sobre o correto tratamento de dados pessoais seja alcançada. Estes pontos serão estudados mais a fundo neste artigo.

2 PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL – CONTEXTO E ATUALIDADE

2.1 GENERAL DATA PROTECTION REGULATION - GDPR

Apesar da LGPD ter concedido um novo patamar de importância para a discussão de dados pessoais e privacidade no Brasil, não se deve

² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em:

<https://www.tjsp.jus.br/LGPD/LGPD/ALGPD#:~:text=Considera%2Dse%20%E2%80%9Ctratamento%20de%20dados,elimina%C3%A7%C3%A3o%2C%20avalia%C3%A7%C3%A3o%20ou%20controle%20da>. Acesso em: 02 jan. 2023.

afirmar que a lei possui influências apenas no histórico de proteção de dados no país.

Bem do oposto, a LGPD possui enorme influência da *General Data Protection Regulation* (“GDPR”), regulamento criado pelo Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia que versa sobre a privacidade e proteção de dados de cidadãos da União Europeia.

Em seus respectivos territórios, ambas as leis possuem aplicação³ sobre pessoas e empresas que realizam tratamento de dados pessoais. A própria definição de dado pessoal, inclusive, é encarado de forma muito próxima nos dois ordenamentos.

A proximidade teórica entre as duas leis permite concluir que a GDPR serviu como base na elaboração da LGPD, que ainda busca exemplos de casos práticos europeus para propor soluções aos seus problemas.

Contudo, apesar das semelhanças, os Doutores em Direito Thomas Hoeren e Stefan Pinell⁴ alertam que as uma empresa estrangeira não deve concluir que estará de acordo com a normativa brasileira apenas por observar corretamente a europeia, uma vez que é de se observar como o Brasil vai viver os novos conceitos de proteção de dados. Características próprias das empresas e titulares brasileiros podem e devem influenciar na aplicação da LGPD, que, mesmo entre similaridades, possui várias diferenças de detalhes com a GDPR.

O próprio número⁵ de princípios de tratamento e privacidade são distintos. Enquanto a LGPD apresenta 10 princípios (finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade de dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização) a GDPR traz 9 (licitude, lealdade, transparências,

³ Destacam-se as exceções do art. 4º para fins: jornalísticos ou artísticos, acadêmicos, segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e atividades de investigação.

⁴ Wachowicz, Marco. *Proteção de Dados Pessoais em Perspectiva. LGPD e RGPD na ótica do Direito Comparado*. Curitiba: Gedai Publicações, 2020.

⁵ COOS, Andrada. “LGPD vs. GDPR: The Biggest Differences”. *Endpoint Protector/Blog*. Disponível em: <https://www.endpointprotector.com/blog/lgpd-vs-gdpr-the-biggest-differences/>. Acesso em 12 de jan. 2023.

limitação de finalidades, minimização de dados, exatidão, limitação da conservação, integridade e confiabilidade e responsabilidade.

Outras diferenças entre valor máximo de multa (2% na LGPD e 4%), forma de encarar o controlador (pessoa física ou jurídica que é o responsável pelo tratamento dos dados) e órgãos responsáveis pela fiscalizam também criam distância entre a LGPD e GDPR, ainda que o exercício do direito comparado ainda seja riquíssimo para a ciência da proteção de dados.

2.2 TERMOS DE AJUSTES DE CONDUTA - TAC

Um antecedente importante para a proteção de dados brasileira são os Termos de Ajuste de Conduta (TAC), expedidos pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que tratam sobre irregularidades no tratamento de dados pessoais.

Estes termos, instituídos entre 2018 e 2020, são as primeiras iniciativas brasileiras criadas exclusivamente com o intuito de tratar a proteção de dados pessoais e a privacidade de brasileiros em território nacional, desde o tratamento até em caso de incidentes de segurança. Tratam-se de documentos extremamente relevantes na medida em que apresentam exemplos de aplicação de sanções por via estatal antes mesmo da criação da ANPD. No total, quatro TACs foram realizadas.

O primeiro termo a ser analisado se trata dos TAC n. 001/2019⁶ firmado com a empresa Netshoes com o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. A empresa, no caso, foi condenada a pagar indenização por danos morais coletivos causados por incidente de segurança, que ocasionou o comprometimento de dados pessoais de milhões de clientes.

A loja virtual da Netshoes foi invadida, segundo relatos, por um criminoso que autointitulou como "DFrank", que invadiu o sistema informatizado da empresa e divulgou, em arquivos de formato ".txt", dados

⁶ BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Termo de Ajuste de Conduta TAC n. 01/2019 - ESPEC. Brasília, 16 de jan. 2019. Acesso em 02 de jan. 2023.

peçoais de até dois milhões e meio de usuários da plataforma. Dentre os dados, foram vazados dados como: nome completo, e-mail, CPF, data de nascimento, histórico de compra, valor e data de compras realizadas, e outros dados.

Por conta do vazamento, a empresa foi responsabilizada de diversas formas. Primeiramente, teve de se responsabilizar e comunicar aos titulares de todos os dados atingidos pela ocorrência do incidente de segurança, responsabilidade cedida ao controlador⁷ por conta da LGPD.

Importante ressaltar, no entanto, que um incidente de segurança não pode ser confundido com vazamento de dados. Por um lado, incidente de segurança pode ser identificado como “Qualquer evento adverso confirmado, relacionado à violação na segurança de dados pessoais, tais como acesso não autorizado, acidental ou ilícito que resulte na destruição, perda, alteração, vazamento ou ainda, qualquer forma de tratamento de dados inadequada ou ilícita, os quais possam ocasionar risco para os direitos e liberdades do titular dos dados pessoais.”

Por outro lado, enquanto os vazamentos de dados pessoais podem acontecer por diversos motivos, eles se englobam na categoria de incidente de segurança, sendo, portanto, uma parte do todo.

Outro TAC firmado pelo Ministério Público foi o n. 001/2020⁸, expedido juntamente da empresa Garupa Desenvolvimento de Sistemas Ltda. No caso concreto, fora exigida uma indenização por danos morais coletivos (de caráter nacional) por conta de um incidente de segurança que comprometeu dados pessoais de diversos usuários da plataforma fornecida pela empresa.

⁷ A figura identificada como o Controlador pode ser identificado como aquele que é designado para tomar quaisquer decisões acerca do tratamento de dados pessoais, dentro de uma empresa, entidade pública ou qualquer órgão que lide com tratamento de dados. Já o operador, o outro agente de tratamento, é o agente responsável por realizar o tratamento dos dados pessoais em nome do controlador, já que este último toma as decisões. (BRASIL, 2018)

⁸ BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Termo de Ajuste de Conduta TAC n. 01/2020 - ESPEC. Brasília, 04 de jun. 2020. Acesso em 05 de jan. 2023.

O vazamento de dados, repetido assim como o Termo analisado anteriormente, demonstra a constância nesse tipo de caso de ataque e vazamento por parte de grupos hackers. No entanto, apesar de serem casos relativamente parecidos em seu escopo, nesse caso não houve a necessidade de reforço de medidas de gerenciamento de riscos ou segurança. Ademais, medidas para conscientização não constam no próprio TAC.

Apesar de ter sido reiterada na peça que a empresa adotou medidas para garantir a segurança de dados dos seus usuários e do aplicativo em geral, ainda assim houve a exposição na plataforma Pastebin desses dados, e, portanto, a necessidade de repressão e penalidades.

O terceiro TAC, de n. 02/2020⁹, foi celebrado entre a Unitfour Tecnologia da Informação Ltda e o Ministério Público, representado por sua Unidade Especial de Proteção de Dados e Inteligência Artificial.

O TAC previu a recomendação da criação de um de um canal, por onde o titular de dados possa acessar, de maneira fácil, informações acerca do tratamento de seus dados por parte da Unitfour.

Nota-se, assim, uma recomendação extremamente guiada pelo princípio do livre acesso, onde o titular deve possuir um acesso fácil, esclarecedor e gratuito acerca da utilização de seus dados. Por meio desse canal, também deveria haver um meio de comunicação que pudesse esclarecer detalhes acerca do tratamento, reforçando questões de necessidade, transparência e segurança.

Em sequência, sugeriu-se que esse canal possibilite ao usuário fazer as seguintes solicitações: Confirmação acerca da existência de tratamento; (ii) Acesso aos dados; (iii) Eliminação de seus dados pessoais tratados quando não houver mais consentimento de seu titular; e (iv) Informação acerca das entidades públicas e privadas com as quais tenham sido compartilhados os seus dados pessoais.

⁹ BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Termo de Ajuste de Conduta TAC n. 02/2020 - ESPEC. Brasília, 24 de set. 2020. Acesso em 06 de jan. 2023.

O último dos TAC realizado pelo MP ocorreu no ano de 2020, quando o MP firmou, junto a empresa Nugo Smart 4U Serviços Operacionais Ltda, o termo de nº03/2020¹⁰, utilizando de base o inquérito civil público de nº 08190.04681/20-10.

O principal termo firmado foi o pagamento de danos morais coletivos (de caráter nacional), em virtude da utilização irregular de números de Comprovante de Situação Cadastral (CPF) para habilitação de chips de telefonia móvel sem o expresse consentimento do titular do dado. O valor acordado nesse sentido foi de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

Por meio do inquérito, se apurou indícios concretos de que a empresa de fato se utilizava dos dados para finalidades distintas da coleta original (desenvolvimento de sistemas de software, em sua maioria), beneficiando terceiros com diversas informações consoantes ao CPF e lesando o titular que não havia autorizado a tal operação.

Nesse caso em específico, observa-se novamente uma série de violações principiológicas em relação à LGPD e a Constituição. Ainda que o titular houvesse concordado em ceder seus dados para a empresa, o esclarecimento da utilização do CPF para validação de chips jamais ocorreu. Muitos dos dados ainda foram adquiridos mediante terceiros de forma ilegal, fato que torna a lesão ao princípio da finalidade e transparência ainda mais evidente.

Voltando para 2023, a ANPD, ainda que já tenha divulgado diretrizes em relação ao seu escopo de atuação, ainda não atuou de forma ampla a fim de sancionar irregularidades, até para dar tempo para que as instituições se planejem em relação à LGPD. Contudo, é inegável afirmar que a organização é dificultada quando não se tem certeza acerca da atuação da autoridade que pode vir a te sancionar.

É nesse exato contexto de incerteza que cresce a importância de um documento como os TAC. Ainda que concretizado pelo MP, os TAC

¹⁰ BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Termo de Ajuste de Conduta TAC n. 03/2020 - ESPEC. Brasília, 09 de dez. 2020. Acesso em 06 de jan. 2023.

tornaram possível simular fiscalizações e mostrar quais sanções (multas) podem vir a ser direcionadas.

2.3 ANPD - AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Figura central em qualquer aspecto no assunto proteção de dados, a ANPD teve sua estrutura criada por meio do Decreto nº 10.474¹¹, de 26 de agosto de 2020.

Dentre as principais competências, explicitadas por meio do art. 2º¹², destacam-se: zelar pela proteção dos dados pessoais e pela observância dos segredos comercial e industrial (ref: I e II), elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (ref III) e fiscalizar e aplicar sanções na hipótese de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação (ref IV).

Evidente que a mera obrigação pelo zelo no tratamento de dados pessoais no Brasil não é suficiente para entender o papel da ANPD, que é autoridade máxima do assunto em nosso país. Os Doutores em Direito Thomas Hoeren e Stefan Pinell definem que o papel da autoridade, em âmbito nacional, é de monitorar a implementação da LGPD, criar novos regulamentos de implementação, aplicar as normas existentes, e impor sanções no caso de violações (caso necessário), tudo no objetivo de proteger dados pessoais. Nesse sentido, destaca-se que o cidadão também possui um papel relevante no quesito fiscalização da lei, uma vez que, via canais de atendimento, é possível realizar denúncias de descumprimentos da LGPD e comunicação de incidentes de segurança.

É natural concluir que a aplicação de sanções é uma poderosa ferramenta que a Autoridade terá à sua disposição para impor o cumprimento da LGPD para as empresas. O Diretor-Presidente da ANPD Waldemar Gonçalves Ortunho Junior, contudo, destacou em entrevista¹³

¹¹ BRASIL. Decreto nº: 10.474/20. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.474-de-26-de-agosto-de-2020-274389226>. Acesso em 02 de jan. 2023.

¹² BRASIL. Lei nº: 13.709/18. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 02 de jan. 2023.

¹³ CARREGOSA, Lais. Parâmetros para punição por infração à LGPD devem sair até

ao site “Poder 360” que as sanções previstas em lei serão o último recurso a ser utilizado, imposto apenas em casos necessários. Segundo o Diretor-Presidente, o caminho a ser seguido pela ANPD para um cumprimento amplo da LGPD não é a punição imediata, mas o esclarecimento amplo para empresas e titulares sobre seus direitos e deveres em relação ao tratamento de dados pessoais.

Tanto é verdade que, mesmo com o “Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas” (regulação que permite ao interessado observar os critérios e valor monetário de uma sanção relacionada ao descumprimento da LGPD) tendo sido publicado em 16/08/2022, a ANPD, até a data de apresentação deste artigo, ainda não aplicou qualquer sanção ou penalidade às organizações.

O descumprimento contínuo da lei, entretanto, pode acabar se tornando um caminho extremamente oneroso. O Regulamento de Dosimetria define que as multas, simples ou diária, levam em conta não só a advertência isolada, mas também o valor do faturamento da empresa¹⁴.

Tratando de estrutura, a ANPD é composta por: (i) Conselho Diretor, o órgão máximo de direção; (ii) Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; (iii) Corregedoria; (iv) Ouvidoria; (v) órgão de assessoramento jurídico próprio; e (vi) unidades administrativas e unidades especializadas necessárias à aplicação do disposto nesta Lei.

3 MODALIDADES DE DADOS

3.1 DADO PESSOAL

Para compreender a figura do dado pessoal é necessário, inicialmente, entender a figura do dado isoladamente. Dado é uma união de valores que transmitem determinada informação, fornecendo contexto e significado.

janeiro. **Poder 360**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/parametros-para-punicao-por-infracao-a-lgpd-devem-sair-ate-janeiro/>. Acesso em: 06 de jan. 2023.

¹⁴ ANPD. Regulamento de Dosimetria e Aplicações de Sanções Administrativas Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/regulamento-de-dosimetria-e-aplicacao-de-sancoes-administrativas>. Acesso em: 10 de jan. 2023.

Inserida nesse contexto, a LGPD busca uma lógica mais singular que a conexão mais ampla de dados, uma vez que, já por meio de seu Art. 1º, deixa claro que seu texto normativo versa apenas sobre o tratamento de dados pessoais.

*Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de **dados pessoais**, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.*

Assim, a compreensão dos pressupostos e objetos da LGPD passa pela necessariamente pela definição de dado pessoal, que pode ser extraída do Art. 5º da LGPD:

Art. 5º, I, Para fins dessa lei, considera-se:

I – dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

O Brasil, ao adotar um conceito mais expansionista de dados pessoais, protege não apenas o dado que identifica uma pessoa natural, mas o dado que pode vir a identificar. Danilo Doneda¹⁵ explica que a importância de distinguir dados “gerais” de dados pessoais ocorre pois estes possuem vínculo específico com determinado indivíduo, apresentando as características próprias que lhe dizem respeito.

Exemplos naturais que vêm à mente são: nome, CPF, RG, e-mail, endereço, número do passaporte, profissão, estado civil etc. Todos esses exemplos abarcam dados pessoais que são capazes de identificar uma pessoa, ou, em conjunto de demais dados e contextos, possam vir a ser suficientes para identificá-la.

Tão importante quanto entender o significado de dado pessoal, é entender quais dados não se enquadram nessa categoria. Excluem-se do tratamento direito da LGPD dados de pessoa jurídica, *softwares*, documentos de caráter sigiloso, patentes, algoritmos e demais

¹⁵ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: **Renovar**, 2006. p.157.

modalidades que não possibilitem identificar uma pessoa ou torná-la identificável.

O exemplo do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (“CNPJ”) é a referência clássica utilizada para ilustrar o dado não considerado pessoal. Apesar de ser um dado fundamental e amplamente utilizado nas atividades empresárias, o CNPJ é um dado referente à pessoas jurídicas, de forma que o seu tratamento, de maneira isolada, não acarreta na identificação de pessoas físicas¹⁶.

Com isto, é passível de se concluir que a LGPD não irá incidir sobre qualquer informação corporativa, se resguardando para as hipóteses em que os dados pessoais são efetivamente tratados.

3.2 DADO PESSOAL SENSÍVEL

A definição de dado pessoal já é suficiente para abranger uma quantidade extensa de dados. Contudo, a LGPD categoriza certa modalidade de dados pessoais como “sensíveis”, incluindo certa distinção na forma como o tratamento deve ser realizado.

Os dados pessoais considerados sensíveis estão dispostos no Art. 5º, II, da LGPD, sendo aqueles que incluem: origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

A definição de sensível, dessa forma, se refere aos dados pessoais que possam implicar ao seu titular qualquer tipo de discriminação ao ser tratado. Dados genéticos ou biométricos, por outro lado, são considerados sensíveis porque implica na vulnerabilidade dos direitos fundamentais do titular.

A LGPD, ao conceder importância diferenciada aos dados

¹⁶Destaca-se a exceção nos casos de CNPJ de MEI (Microempreendedor Individual), em que o CNPJ é formado pelo nome completo e o CPF do indivíduo, caracterizando-se como dado pessoal.

sensíveis, traz também uma série de obrigações exclusivas em relação ao seu tratamento, principalmente em relação com as bases legais utilizadas para legitimar o tratamento, dispostas no art. 11 (analisado a fundo mais a frente).

A comunicação de dados pessoais sensíveis também sofre alterações em comparação com os dados pessoais não sensíveis. A ANPD, nos termos do §3º, art. 11, poderá intervir em casos em que a comunicação de dados pessoais sensíveis estiver sendo realizada para fins de proveito econômico entre controladores, caso em que o poder público poderá ser envolvido.

Cumprido ressaltar que esta hipótese é expressamente vedada caso a comunicação dos dados sensíveis envolva dados de saúde para mero proveito econômico, sendo permitida apenas em casos de prestação de serviços de saúde, assistência farmacêutica ou à saúde.

Nesse sentido, é passível de concluir que a LGPD trouxe uma regra geral para a proibição de comunicação de dados pessoais sensíveis de saúde, mas, por meio do §4º, se importou com os reflexos negativos que a rigidez acarreta para os serviços médicos.

4. AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E PRINCÍPIOS DA LGPD

4.1 AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

Tanto exposição quanto a interpretação dos princípios da LGPD só podem ser realizadas uma vez exposto um conceito fundamental, o da Autodeterminação Informativa, uma vez que é dele que diversos conceitos, obrigações e princípios da lei se originam.

A Autodeterminação Informativa confere autonomia ao titular, na medida em que estabelece que os dados pessoais a ele pertencem e que as empresas que realizarem o tratamento devem efetuar a devida prestação de contas.

Desse conceito, por exemplo, se estabelece a obrigação de informar ao titular quais de seus dados são coletados, sobre qual finalidade, por quanto tempo fica armazenado, para quem é

compartilhado, se é descartado e demais informações.

Segundo o entendimento do Professor Doutor Renato Opice Blum e da Professora Doutora Ana Maria Roncaglia¹⁷, a Autodeterminação Informativa tem fundamento no Censo Alemão de 1983, marco histórico que definiu o poder do indivíduo de escolher qual o grau de extensão que os aspectos de sua vida privada será exposto.

Trazendo para o direito brasileiro, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux ¹⁸afirmou, em discurso na palestra "*A proteção do dado pessoal como garantia do Estado Democrático de Direito*" (18/11/2022), que a Autodeterminação Informativa decorre do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, devendo ser preservada a privacidade do indivíduo sem interferência em sua vida privada, de sua família, de seu lar ou de sua correspondência, sem ataque à sua honra e reputação. Na visão do Ministro, tal conceito evoluiu do mero respeito físico, sendo transportado para a internet e criando alternativas para que o indivíduo não seja lesado pelo tratamento de dados pessoais.

Evidenciado a importância desse fundamento, é imperioso destacar que compreender e aplicar a Autodeterminação Informativa é abraçar a própria essência da LGPD, tornando os caminhos da adequação mais precisos e coesos.

4.2 PRINCÍPIOS DA LGPD- Análise do art. 6º

Tal qual a GDPR, a LGPD se constitui uma lei principiológica, ou seja, se baseia em diversos princípios para conceder sentido para suas normas.

Na interpretação de Newton de Lucca ¹⁹ sobre o autor clássico

¹⁷ OPICE BLUM e RONCAGLIA, Renato e Ana Maria. LGPD: retrospectiva de 2019 e perspectiva para 2020. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/lgpd-retrospectiva-de-2019-e-perspectiva-para-2020/> . Acesso em: 05 de jan. 2023.

¹⁸ MONTENEGRO, Manuel Carlos. Dignidade humana está na origem da autodeterminação da LGPD, afirma Fux. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dignidade-humana-esta-na-origem-da-autodeterminacao-informativa-da-lgpd-afirma-fux/>. Acesso em 05 de jan. 2023.

¹⁹ LUCCA, Newton de. Marco Civil da Internet. Uma visão panorâmica dos principais aspectos relativos às suas disposições preliminares. Quartier Lantin, 2015 p. 369.

Ronald Dworkin, o sentido estrito de princípio é de orientações gerais que levam em consideração conceitos de justiça e moralidade. É justamente nesse sentido que os 10 princípios da LGPD se voltam, todos no sentido de preservar a privacidade do titular de dados.

Os dispositivos da LGPD estão elencados no art. 6º, podendo ser compreendidos da seguinte forma:

(I) **Finalidade**: é a realização do tratamento apenas para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular. Sendo vetada a possibilidade desse tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

(II) **Adequação**: é a compatibilidade do tratamento com as finalidades que foram informadas ao titular anteriormente, levando em conta o contexto em que o tratamento foi realizado;

(III) **Necessidade**: é a realização do tratamento apenas ao mínimo necessário ²⁰de dados pessoais para que a finalidade do tratamento aconteça. Ainda, os dados devem ser proporcionais e não excessivos, observando as finalidades do tratamento de dados;

(IV) **Transparência**: é uma garantia que os titulares de dados pessoais possuem de que receberá do controlador informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre como a realização do tratamento é realizadas;

(V) **Livre acesso**: é a garantia da possibilidade de realização de consulta (facilitada e gratuita) acerca da forma e a duração do tratamento, além da integralidade de seus dados pessoais;

(VI) **Qualidade dos Dados**: é a garantia de que os dados pessoais tratados serão utilizados com exatidão, clareza, relevância e seguindo uma atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade estabelecida;

(VII) **Segurança**: é a utilização meios, técnicos ou administrativos, que sejam capaz de proteger os dados pessoais de tratamentos não

²⁰ Tratando de processos de mapeamento, o processo de adequação ao princípio da necessidade é talvez o mais crítico, visto que presume a análise de todos os dados coletados e classificação entre quais são de fato fundamentais.

autorizados e situações de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

(VIII) **Prevenção**: é a adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

(IV) **Não Discriminação**: é a inviabilizar o tratamento de dados pessoais para fins que sejam discriminatórios, ilícitos ou abusivos; e

(V) **Responsabilização e Prestação de Contas**: é a capacidade do agente de tratamento de demonstrar que as medidas adotadas têm eficácia e seguem o disposto na LGPD.

Necessário interpor que, diferente do que acontece com as bases legais, todos os princípios da LGPD devem ser observados de forma harmônica para que o tratamento realizado esteja dentro das diretrizes legais.

5. BASES LEGAIS PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

5.1 BASES LEGAIS

Superando as conceituações de dado pessoal, dado pessoal sensível, Autodeterminação Informativa e princípios, é necessário compreender as hipóteses legais que a LGPD se baseia para legitimar diversos tratamentos.

Ao todo, a LGPD elenca 10 bases legais, cada uma específica para determinada situação. Elas podem ser classificadas como a justificativa legal para que o tratamento ocorra dentro da lei. Acerca do tema, é importante frisar que essas bases são taxativas, ou seja, não existe qualquer outra hipótese que encaixe para legitimar dados para além delas.

Necessário frisar também que a observação de qualquer uma das 10 bases já é o suficiente para que o tratamento de dados pessoais seja legalmente justificado.

A atribuição dessas bases também não é imutável ao longo do tempo, podendo ser modificada na medida em que a natureza do tratamento mude.

5.2 ANÁLISE DO ART. 7º

Todas as 10 bases legais estão elencadas no art. 7º da LGPD, dispostos da seguinte forma:

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

*I - mediante o fornecimento de **consentimento** pelo titular;*

É a hipótese legal mais conhecida. Contudo, ganhou um papel de igualdade perante as demais 9 bases na LGPD, que são totalmente independentes em relação ao consentimento. Por ser uma base amplamente utilizada, será analisada separadamente nesse artigo.

*II - para o cumprimento de **obrigação legal** ou regulatória pelo controlador;*

Trata-se de uma hipótese extremamente popular com uma série de aplicações. Ela pode ser invocada toda vez que uma determinação legal, seja ela qual for (lei federal, estadual, municipal ou qualquer outra) exigir do controlador certa ação. A determinação também pode ser de lei internacional. Nesses casos, todavia, é preciso recomendável realizar as devidas observações em relação às concordâncias com a lei nacional.

Um exemplo comum de aplicação de determinação legal para tratamento de dados pessoais é o pagamento de férias de um empregado, caso onde geralmente se coleta nome, cargo, salário, CPF, etc e é amparado pelo art. 130 da CLT.²¹

Outro aspecto importante dessa base legal é a incompatibilidade dela com relações contratuais privadas, caso em que a base legal de execução de contrato (V) deverá ser utilizada. Para esses casos, Caio César Carvalho Lima ressalta que a assinatura de contratos só deve ser realizada antes que todas as implicações relacionadas a LGPD sejam efetivamente observadas.

*III - pela **administração pública**, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à **execução de políticas públicas***

²¹ BRASIL. Lei n. 5.452. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 15 de jan. 2023.

previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

Conforme já ressaltado anteriormente, a LGPD se preocupou com o desenvolvimento econômico nacional, não desejando, de forma alguma, que sua normativa seja óbice para processos públicos.

Nesse sentido, legitimou e facilitou o tratamento de dados pessoais para a administração pública quando for necessário para a execução de políticas para a população. O tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, inclusive, é objeto exclusivo do capítulo IV da LGPD, trazendo noções mais específicas.

Dentro do escopo deste artigo, incumbe lembrar dois aspectos relevantes: (i) a execução de políticas a que se refere esse inciso não deve ser confundida com a obediência de obrigação legal do inciso II, ainda previsto em lei; e (ii) tratamentos realizados pelo Poder Público para outras finalidades (não ligadas com políticas Públicas) devem ser legítimas por outra base legal.

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

É fundamental que o conceito de órgão de pesquisa seja compreendido para que o entendimento deste inciso seja alcançado. A própria LGPD traz essa conceituação no art. 5º, XVIII, sendo órgão de pesquisa aquele que, integrante da administração pública ou de direito privado sem fins lucrativos, possua uma missão institucional ou objetivo social de pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico.

O censo realizado pelo IBGE para levantar diversos aspectos da população brasileira (média de idade, renda, números de filhos etc.) é um exemplo em que essa base se enquadra.

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

Essa base legítima os casos em que o tratamento de dados pessoais é absolutamente necessário para que a execução do contrato, contraído pelo titular, ocorra. Tal hipótese é comum nos casos de aquisição de bens e serviços, por exemplo (o sentido permanece igual para as disposições preliminares).

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitra;

A base legal de exercício regular de direito possui influência direta da Constituição Federal, uma vez que emergem os princípios da ampla defesa e da inafastabilidade da apreciação pelo poder judiciário (art. 5º, LV e XXXV, respectivamente).

Dessa forma, fica legitimado o tratamento para uso em petições, procurações e demais protocolos, tanto na esfera administrativa, arbitral ou judiciária.

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

Hipóteses de proteção da vida ou incolumidade física estão ligadas, necessariamente, a situações de gravidade relevante, em que a integridade física do titular esteja em severo risco.

Exemplos da utilização dessa hipótese podem ocorrer quando um hospital requer o número de telefone de familiares para avisar sobre um acidente, ou quando um aplicativo solicita a geolocalização do celular para indicar para uma equipe de resgate onde uma pessoa está.

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

A base legal de tutela da saúde se volta especialmente para profissionais da área (médico, enfermeiros, anestesistas, etc.) e entidades membros do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, como a ANVISA. Tais profissionais e entidades podem legitimar suas atividades profissionais com esta base, desde que estejam legitimamente ligadas à

tutela da saúde. Por meio dessa hipótese, por exemplo, é legitimado para um médico que utilize dados pessoais de um paciente para completar um formulário sobre doenças prévias.

Essa hipótese não estava presente na redação original da LGPD, sendo adicionada com a Lei 13.853/2019, em virtude de encontrar uma base adequada para esse tipo de serviço.

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

O legítimo interesse é uma base de ampla utilização que pode vir a abranger inúmeros tipos de processo. Ainda que a LGPD não tenha trazido a conceituação de forma específica, foi concedida atenção especial da lei para além do inciso IX do art. 7º. O art. 10º, I e II, traz as duas principais situações em que o legítimo interesse pode ser utilizado: apoio e promoção de atividade do controlador e proteção dos direitos do titular ou prestação de serviços que o beneficiem.

Para Carvalho de Lima, a ideia do legislador de não identificar todas as hipóteses do legítimo interesse foi manter o conceito aberto, evitando restrições desnecessárias que viessem a lesar o titular. Contudo, é fundamental lembrar que o conceito não é livre por completo, devendo sempre ser observado dois pontos fundamentais: finalidades legítimas e existência de situação concreta.

Parte da doutrina ainda discute se o legítimo interesse da LGPD se refere somente ao controlador, tendo em vista que o art. 10 não abarca os fundamentos do interesse de terceiro. O entendimento que vem prevalecendo, entretanto, é de que, ainda que não expressamente, o legítimo interesse de terceiro é abrangido pelo inciso IX.

Ainda, por se tratar de uma base com ampla possibilidade de utilização, o legislador tomou as precauções, mediante os §§§ 1º, 2º e 3º do art.10, para que o legítimo interesse não fosse utilizado de maneira irrestrita ou sem garantias pelo controlador.

Nos termos do §1º, os dados tratados devem ser apenas os estritamente necessários para que o processo de negócio aconteça. O §2º, por sua vez, obriga o controlador a adotar medidas de garantia de transparência acerca do tratamento (quais dados, finalidades, armazenamento etc.). O §3º, por fim, legitima a ANPD a requerer do controlador o RIPD (“Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais”), documento que deverá conter descrições do tratamento realizado de forma ampla.

O legítimo interesse, portanto, é uma base legal ampla que concede ao controlador um leque relevante de possibilidades de tratamento. Contudo, é sem dúvida uma base com uma série de riscos de fiscalização, tanto do titular como da ANPD. É necessário, dessa forma, ponderar se aquele tratamento valerá os esforços que a garantia de transparência atrai.

*X - para a **proteção do crédito**, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.*

A proteção ao crédito, mencionada no inciso, refere-se aos dados pessoais que indiquem informações sobre adimplência ou inadimplência de determinado titular, levadas em consideração para avaliar se um crédito deve ou não ser concedido.

Como pode se observar, o art. 7º elenca todas as hipóteses de base legal que legitimam o tratamento de dados pessoais, todos independentes uns dos outros. Por conterem a taxatividade (supracitada), qualquer tratamento que não adquira enquadramento adequado em qualquer um das 10 hipóteses estará em desacordo com a LGPD, sendo, portanto, ilícito.

6. BASES LEGAIS PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

6.1 ANÁLISE DO ART. 11º

A LGPD criou grande distinção entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis, tendo em vista os riscos e vulnerabilidades que o

tratamento deste pressupõe. Nessa toada, não seria lógico que a lei distinguisse as modalidades e mantivesse exatamente as mesmas hipóteses legais para o tratamento. Destaca-se, então, o art. 11, que traz 9 bases legais, incluindo, mas não se limitando, o consentimento.

Em linhas gerais, as hipóteses legais de dados pessoais sensíveis e não sensíveis possuem razoável semelhança. Cumpre, dessa forma, exibir as diferenças.

*Art. 11. O tratamento de **dados pessoais sensíveis somente** poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:*

*I - quando o titular ou seu responsável legal **consentir**, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;*

Nos casos em que se utilizar consentimento para legitimar o tratamento de dados pessoais sensíveis a LGPD traz dois acréscimos ao padrão ²²já exigido (livre, informado e inequívoco): específico e destacado.

Para que o consentimento seja entendido como destacado, é fundamental que o titular expresse sua concordância, de forma clara, para o exato propósito exposto pelo controlador. Em relação ao destaque, necessita-se que o titular possua efetivo acesso ao documento que exponha todo e qualquer fato relevante acerca sobre o tratamento daqueles dados sensíveis.

Trazendo para um exemplo prático, imagine-se que um médico necessite tomar ciência acerca do histórico de doenças de um paciente. Para este fim, é necessário um documento que esclareça, com exatidão, quais dados são coletados, como serão usados e quais os meios de utilização.

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

Outro erro comum do folclore que ronda as noções do consentimento é acreditar que ele é sempre necessário para tratar dados

²² Dedicou-se um parágrafo apenas para a análise do consentimento, de forma que, neste capítulo, será tratado apenas as hipóteses próprias dos dados sensíveis.

sensíveis, afirmação desmentida pelo inciso II do art. 11°.

As alíneas do artigo expõem todas as hipóteses que devem ser observadas quando o consentimento não é utilizado. Contudo, 4 delas apenas repetem os termos já expostos no art. 7°, motivo pelo qual se passará a analisar apenas as inovações do art. 11.

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

A diferença em relação ao art. 7°, III, se deve ao fato de que convênios e contratos não são mais suficientes para legitimar o tratamento. Essa justificativa se limita aos dados pessoais.

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;

O conteúdo desta alínea não é similar ao disposto na base legal de “execução de contrato”. Tratando de dados sensíveis, Carlos César Carvalho de Lima²³ indica que não basta que exista uma previsão contratual nesse sentido. O contrato só entra como justificativa se a utilização dos dados sensíveis estiver ligada diretamente ao exercício regular dos direitos do controlador.

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9° desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

A LGPD reforça sua preocupação com o desenvolvimento econômico e possibilidade de dados sensíveis virarem uma ferramenta para vetar fiscalizações ou cadastros. Contudo, o tratamento deve ser específico para combate à fraude e segurança do titular.

Da análise do art. 11°, conclui-se que a LGPD buscou diferenciar e

²³ CARVALHO DE LIMA, Caio César. LGPD. Lei Geral de Proteção de Dados. Comentada. 4ª edição, 2022. Revista dos Tribunais, 2022.

especificar o tratamento de dados pessoais. A criação de obrigações para o tratamento busca “forçar” o controlador a tratar dados sensíveis apenas em situações fundamentais.

7. BASE LEGAL – CONSENTIMENTO

7.1 DEFINIÇÃO

Classificado como a principal base legal da LGPD, o consentimento é apresentado já como o primeiro inciso do art. 7°. Apesar de seu status de destaque, a LGPD, como já mencionado, nivelou o grau de independência dentre todas as 10 bases legais, tornando todas independentes do consentimento e vice-versa.

Do ponto de vista histórico, o consentimento é uma figura já amplamente conhecida do direito brasileiro, sobretudo no aspecto privado, onde está ligado ao tema dos defeitos dos negócios jurídicos. Sem a observação do consentimento, o bem jurídico tutelado pode decorrer em erro.

Tanto o CC quanto o dicionário²⁴ da língua portuguesa definem o consentimento como “livre e consciente”, uma manifestação favorável para que alguém faça algo.

A LGPD, todavia, traz uma adjetivação mais extensa dessa figura tão importante.

7.2 REQUISITOS - ANÁLISE DO ART. 5°, XII, NA VISÃO DO PROFESSOR BRUNO RICARDO BIONI

A definição e requisitos do consentimento, para a LGPD, estão elencadas no art. 5°, XII, da lei.

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;

²⁴ CONSENTIMENTO. In: Dicio, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2023. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/consentimento/>. Acesso em 18 de jan. 2023.

Na visão do Professor Rony Vainzof²⁵, o grau de destaque do consentimento dentre as 10 hipóteses legais ocorre pelo altíssimo grau de transparência do tratamento em relação ao titular, que atesta concordância em relação à utilização de dados, e ao controlador que os trata daquela forma. Nesse sentido, se exige que o consentimento seja livre, informado e inequívoco.

Passando para as definições, o Professor Bruno Ricardo Bioni²⁶ define “livre” como o “poder de barganha” do titular em relação ao tratamento de seus dados. Seria normal remeter liberdade com uma ação de grande espontaneidade, mas, nesse caso, trata-se do fardo de decidir algo ao invés de outra coisa. Em resumo, quanto mais opções de tratamento estiverem disponíveis ao titular, mais livre ele será. É o poder de escolha sobre quais dados serão utilizados na operação.

O Professor segue para o conceito de “informado”, definindo-o como o dever-direito de informar e transparência. Consentir pressupõe concordar com algo, mas apenas dotado de informação adequada o titular poderá assentar com o processo de tomada de decisão do controlador. De forma direta, é dever do controlador informar ao titular a forma exata com que o tratamento será realizado.

O termo “inequívoco”, por sua vez, é a “não manipulação” do consentimento. Essa noção já é reforçada pelo princípio da finalidade, que define a realização do tratamento por um propósito explícito e específico, mas ganha especial destaque com o consentimento. Nesse sentido, o Professor explica que não existe consentimento sem direcionamento. Não se consente no vazio e qualquer tratamento feito sobre finalidades diversas daquela informada será inválido perante a LGPD.

Bioni, ainda vai além ao defender uma adjetivação mais extensa do que o padrão observado ao consentimento (livre, informado e inequívoco). O Professor adiciona o conceito de “expresso e específico”, uma forma

²⁵ VAINZOF, Rony. LGPD. Lei Geral de Proteção de Dados. Comentada, pag 126. 4ª edição, 2022. Revista dos Tribunais, 2022.

²⁶ RICARDO BIONI, Bruno. Proteção de dados pessoais, pag 190 - 204. A função e os limites do consentimento. Editora Forense, 2018.

adicional de proteção quando o tratamento pressupõe um risco anormal de tratamento adverso daquele disposto. Alguns exemplos em que essa hipótese pode ocorrer são casos de: (i) relação direta com terceiro pela natureza da operação; (ii) tratamento de dados sensíveis; (iii) dados de crianças ou adolescentes em tratamento; e (iv) transferência internacional.

Em síntese, o requisito “adicional” - expresso e específico - reforça a ideia que a hipótese legal do consentimento seria uma das mais seguras, pois dá ao titular de dados a carga participativa máxima em seu tratamento. Ao consentir com o tratamento, o titular segue todos os movimentos que seus dados pessoais percorrem, ainda que as hipóteses de risco aumentado ocorram.

7.3 COOKIES,

A utilização do consentimento como legitimação de tratamento de dados pessoais, conforme exposto, pressupõe diversos requisitos e atenção destacada, sobretudo com dados sensíveis.

Entretanto, a utilização equivocada do consentimento é observada com frequência impressionante em uma das figuras mais recorrentes da internet, os *Cookies*. A ausência de clareza dos *cookies* ilustra a tese que os *cookies*

Inicialmente, é preciso entender o que são *cookies* e como eles se relacionam com o tratamento de dados pessoais ou não pessoais. De forma clara, *cookies* são arquivos que, quando instalados nos dispositivos eletrônicos, viabilizam a coleta e armazenamento de diversas informações acerca do usuário. Essa coleta e armazenamento, por sua vez, viabiliza uma série de finalidades on-line, majoritariamente voltadas à experiência do usuário na plataforma.

Nesse sentido, é comum observarmos a utilização de *cookies* quando voltamos para um site e nossas informações continuam salvas (login e senha, idioma de preferência, produtos visitados etc.). Os *cookies* também podem ser divididos em necessários, quando sua utilização é

fundamental para que a plataforma opere da forma correta, e não necessários, quando sua utilização possui atribuições de otimização das funções apenas.

Dessa forma, os *cookies* se tornaram ferramentas quase que indispensáveis para a gestão das plataformas on-line atuais. Contudo, é importante compreender melhor essa ferramenta para verificar se sua utilização segue parâmetros legais, sobretudo com a LGPD.

Ao navegar em determinado site, é muito comum que exista diversas abas de coleta de dados, requisitadas para melhorar a experiência do cliente ou efetivamente validar a busca (exemplo: indicar endereço para entrega de produto comprado on-line). A viabilização desse processo é feita pelos *cookies*, que, além de realizar esse tratamento, criam e disponibilizam ao administrador da plataforma o perfil de visitante/consumidor do usuário, uma informação extremamente valiosa na medida em que demonstra os interesses e costumes das pessoas que visitam aquele domínio. Tanto esse perfil consumerista, quanto a maioria das demais informações coletadas (nome, endereço, idade etc.) são consideradas dados pessoais, objeto de proteção da LGPD.

Todavia, é comum observar sites que apresentam banners de *cookies* confusos, tendenciosos e pouco informativos, deixando de tratar o usuário com a devida transparência. O desenvolvimento precário também cria barreiras em relação ao consentimento, uma vez que não permite ao titular ter um entendimento livre, informado, inequívoco e expresso.

A problemática é especialmente agravada para sites e aplicativos que lidam com quantidades relevantes de dados e utilizam banners inadequados para validar o tratamento. Nesses casos, a ausência de *compliance* com a LGPD pode atrair punições mais graves.

Pensando nessa problemática, a ANPD já emitiu um guia²⁷

²⁷ ANPD. Guia Orientativo. Cookies e proteção de dados pessoais. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 19 de jan. 2023.

orientativo, com informações diversas sobre como regularizar o consentimento “desejado” pelo *cookies*. A extensa maioria das plataformas, entretanto, ainda não passou por adequação.

A Autoridade recomenda que a falta de transparência seja solucionada de duas formas: (i) política de *cookies* e (ii) banners específicos.

A política de *cookies* é uma declaração pública que disponibiliza informações aos usuários que visitam plataforma, informando as finalidades específicas que justificam a coleta de dados pessoais via *cookies*, a existência de compartilhamento com terceiros, período de retenção e demais requisitos do art. 9º da LGPD.

Para atingir o maior grau de eficiência possível, a ANPD orienta que esta política esteja disponível em uma página específica de fácil acesso, com seu link disponibilizado no banner de *cookies* e demais documentos aos titulares de dados, como a política de privacidade.

Já o banner de *cookies* é um recurso visual que utiliza barras de leitura destacadas para informar ao titular de dados, de forma simples e direta, sobre a utilização de *cookies* naquele ambiente, dividindo-se nas modalidades de primeiro e segundo nível.

Banners de primeiro nível são as primeiras barras de leitura que aparecem na plataforma com informações/requisições mais “gerais” acerca dos *cookies* ali utilizados, enquanto os de segundo nível são as segundas barras, contendo informações mais específicas.

Nesse sentido, a ANPD orienta que os banners de primeiro nível apresentem a opção de aceitar ou rejeitar os *cookies* de acordo com sua categoria (necessário ou não necessário), além de disponibilizar links de acesso para banners de segundo nível, política de *cookies* e demais documentos de proteção de dados.

Ademais, é recomendado pela Autoridade que os banners de segundo nível classifiquem e descrevam os *cookies* de acordo com seu uso e finalidade, com informações claras e simples. A possibilidade de permissão e desativação de *cookies* mediante o consentimento do titular

também é fortemente recomendada, inclusive disponibilizando informações sobre como realizar o bloqueio de *cookies* pelas configurações do navegador.

Importante frisar, nesse sentido, que o consentimento é um ponto fundamental para a transparência da plataforma on-line, devendo ser sempre expresso e jamais presumido. Assim, opções que solicitam o consentimento do titular devem estar sempre “vazias”, não devendo ser preenchidas pela própria plataforma.

Seguindo tais orientações, a ANPD classifica que a plataforma on-line estará de acordo com as boas práticas relacionadas ao tratamento de dados pessoais decorrente da coleta de *cookies*.

8. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou explicar a importância de uma análise mais profunda em relação a forma com que o tratamento de dados pessoais é efetuado, mostrando que atribuições e justificativas “genéricas” de bases legais, muitas vezes, não são suficientes para legitimar aquela coleta.

Nesta toada, deu-se maior enfoque ao consentimento, uma vez que essa é a base mais recorrente para justificar o tratamento de dados, sobretudo com a utilização de *cookies* em plataformas on-line. Coletas equivocadas, contudo, podem ocorrer sob a utilização de qualquer base ou princípio.

Utilizando um exemplo comum do cotidiano, um site que colete *cookies* para memorizar a utilização do idioma favorito do usuário poderia justificar que a base legal para a coleta seria “Obrigação Legal”, simplesmente por saber que existe uma lei que protege dados no Brasil. Não havendo nenhuma normativa específica nesse sentido, contudo, a base utilizada está incorreta e o site em questão não estaria em acordo com a LGPD, ficando à margem de advertências e multas, além de transparecer uma imagem de falta de transparência e profissionalismo para o mercado.

Ante todo o exposto, conclui-se que a melhor maneira de solucionar todas as problemáticas existentes na extensa discussão da proteção de dados pessoais é um processo de adequação à LGPD, programa já bastante difundido no meio jurídico.

Uma adequação clara e adequada sobre os processos de negócio da empresa revela quais os dados são coletados para aquela ação, podendo ser divididos entre necessários (fundamentais), úteis e não úteis. Feita a análise e adequando o coleta para dados necessários e úteis, a adequação coerente poderá indicar qual a melhor base legal para aquela situação.

Feito esse procedimento em todos os processos da empresa que envolvem dados pessoais, a empresa alcança o sonhado *compliance* com a LGPD. Esse status de adequação, por sua vez, confere para empresa um diferencial significativo no mercado de trabalho perante clientes, fornecedores e terceiros que poderão se envolver comercialmente sem ter anseios acerca de como seus dados são tratados e quais os riscos envolvidos. Os benefícios para a empresa também são evidentes. Um processo de análise efetivo coloca em debate quase que a totalidade das atividades realizadas, dando a oportunidade de repensar e aprimorar processos que, muitas vezes, estão padronizados há anos. A maior vantagem, em conclusão a este artigo, é poder exibir perante terceiros um status de adequação realizado, sinônimo de profissionalismo e qualidade para uma empresa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANPD. Guia Orientativo. Cookies e proteção de dados pessoais. **Gov.br**. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 19 de jan. 2023.

ANPD. Regulamento de dosimetria e aplicação de sanções administrativas. **Gov.br**. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/regulamento-de-dosimetria-e-aplicacao-de-sancoes-administrativas>. Acesso em 06 de jan. 2023.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais. A função e os limites do consentimento. São Paulo: **Editora Forense**, 2018.

BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Termo de Ajuste de Conduta TAC n. 01/2019 - ESPEC. **MPF**. Brasília, 16 de jan. 2019. Acesso em 02 de jan. 2023.

BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Termo de Ajuste de Conduta TAC n. 01/2020 - ESPEC. **MPF**. Brasília, 04 de jun. 2020. Acesso em 04 de jan. 2023.

BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Termo de Ajuste de Conduta TAC n. 02/2020 - ESPEC. **MPF**. Brasília, 24 de set. 2020. Acesso em 04 de jan. 2023.

BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Termo de Ajuste de Conduta TAC n. 03/2020 - ESPEC. **MPF**. Brasília, 09 de dez. 2020. Acesso em 04 de jan. 2023.

BRASIL. Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Dispõe sobre a consolidação das leis do trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1º de maio de 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 15 de jan. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20 de dez. 2022.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Dispõe sobre o uso da internet no Brasil. **Diário Oficial da União**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 16 de jan. 2023.

BRASIL. Decreto n: 10.474/20, de 26 de agosto de 2020. Dispõe sobre a estrutura da ANPD. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.474-de-26-de-agosto-de-2020-274389226>. Acesso em 02 de jan. 2023.

COOS, Andrada. “LGPD vs. GDPR: The Biggest Differences”. **Endpoint Protector/Blog**. Disponível em: <https://www.endpointprotector.com/blog/lgpd-vs-gdpr-the-biggest-differences/>. Acesso em 12 de jan. 2023.

DE LUCCA, Newton. Marco Civil da Internet: uma visão panorâmica dos principais aspectos relativos às suas disposições preliminares. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, A; LIMA, C.R.P.de (org.). Direito e Internet III: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: **Quartier Latin**, 2015.

DE OLIVEIRA, D. **Big Data e os limites à livre iniciativa no âmbito da lei geral de proteção de dados pessoais**. PPGD - Pontifícia Universidade Católica do Paraná Escola De Direito. Curitiba, p. 53 – 59. 2022.

DONDA, Daniel. Guia prático de implementação da LGPD. São Paulo: **Editora Labrador**, 2020.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: **Renovar**, 2006. p.157.

BLUM, Renato Ópice; RONCAGLIA, Ana Maria. **LGPD: retrospectiva de 2019 e perspectiva para 2020**. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/lgpd-retrospectiva-de-2019-e-perspectiva-para-2020/> . Acesso em: 05 de jan. 2023.

FERREIRA, Damares. LGPD APLICADA À EDUCAÇÃO. 1ª edição. São Paulo: **Editora CRV**, 2021.

MAIMONE, Flávio Henrique Caetano de Paula. Responsabilidade Civil Na Lgpd - Efetividade Na Proteção De Dados Pessoais - 1ª ED – 2022. São Paulo: **Editora Foco**, 2022.

MARTINS, Guilherme Magalhães. LONGHI, João Victor Rozatti. FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. COMENTÁRIOS À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS - 1ª ED – 2022. São Paulo: **Editora Foco**, 2022.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. Dignidade humana está na origem da autodeterminação da LGPD, afirma Fux. **Poder 360**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dignidade-humana-esta-na-origem-da-autodeterminacao-informativa-da-lgpd-afirma-fux/>. Acesso em 05 de jan. 2023.

NÓBREGA, Viviane Maldonado; BLUM, Renato ópice. Lgpd - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada 4º Edição. 4ª edição 2022. São Paulo, **Revista dos Tribunai**, 2022.

OLIVEIRA NETO, O de. **Manual da Monografia Jurídica**. 2ª ed. São

Paulo: Editora Verbatim, 2013.

WACHOWICZ, Marco. Proteção de dados pessoais em perspectiva. LGPD e RGD na ótica do direito comparado. Curitiba, **GEDAI Publicações**, 2020.

ZAGATO, James Silva. Privacidade e Proteção de dados. Os desafios da modelagem de cultura da privacidade no Brasil por meio da lei geral de proteção de dados. 1ª edição. São Paulo: **Lumem Juris**, 2022.