

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS
BACHARELADO EM DIREITO

VITOR MESQUITA ROSESTOLATO

**LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS À LUZ DA FRAGILIDADE E
VALIDADE JURÍDICA DO CONSENTIMENTO DO TITULAR DO
DIREITO**

Três Pontas 2021

VITOR MESQUITA ROSESTOLATO

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9404500795842076>

**LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS À LUZ DA FRAGILIDADE E
VALIDADE JURÍDICA DO CONSENTIMENTO DO TITULAR DO
DIREITO**

Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do (a) Prof. Marco Antônio Lopes Campos.

Três Pontas 2021

VITOR MESQUITA ROSESTOLATO

**LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS À LUZ DA FRAGILIDADE E VALIDADE
JURÍDICA DO CONSENTIMENTO DO TITULAR DO DIREITO**

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela
Banca examinadora composta pelos membros:

Aprovado em / /

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

Prof. (Me.) (Ma.) (Esp.) (Dr.) Nome do professor

OBS.:

Lei Geral de Proteção de Dados à luz da fragilidade e validade jurídica do consentimento do titular do direito

Vitor Mesquita Rosestolato
Marco Antônio Lopes Campos

RESUMO

Este trabalho analisa a Lei Geral de Proteção de Dados em relação a Autonomia Privada. Tal abordagem se justifica pelo fato do titular dos dados não possuir capacidade cognitiva para compreender a coleta de dados, pois, em algumas ocasiões, ele apenas concorda com os termos apresentados, sendo que no caso do contrato de adesão o titular não possui nenhuma autonomia para discutir os termos, sendo obrigado a apenas consentir. Assim, não há de fato a ocorrência de sua vontade real neste ato jurídico, já que a manifestação livre e informada não ocorre. Assim, o objetivo desta pesquisa é demonstrar que a coleta de dados não deve prevalecer sobre o consentimento livre e informado, sem ignorar a importância dos dados na sociedade atual. Este propósito será atingido através da revisão bibliográfica constituída principalmente de livros e artigos científicos, tendo como fonte subsidiária a pesquisa documental utilizada por meio de documentos como: reportagens de jornal, relatórios de pesquisa, documentos oficiais, dentre outros. Na conclusão, a pesquisa evidenciou que a vontade real do indivíduo não será expressa por meio do consentimento previsto na Lei Geral de Proteção de Dados, porém, já existem tecnologias em desenvolvimento que permitirão que o indivíduo possa tomar pessoalmente as decisões fundamentais sobre a utilização de seus dados.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados. Consentimento. Vícios do Negócio Jurídico.

General Data Protection Law in light of the fragility and legal validity of the right holder's consent

Vitor Mesquita Rosestolato
Marco Antônio Lopes Campos

ABSTRACT

This work analyzes the General Data Protection Law in relation to Private Autonomy. This approach is justified by the fact that the data subject does not have the cognitive ability to understand the data collection, as, on some occasions, he only agrees with the terms presented, and in the case of the adhesion contract, the subject does not have any autonomy to discuss the terms, being obligated to just consent. Thus, there is in fact the occurrence of their real will in this legal act, since the free and informed manifestation does not occur. Thus, the objective of this research is to demonstrate that data collection should not prevail over free and informed consent, without ignoring the importance of data in today's society. This purpose will be achieved through the bibliographic review consisting mainly of books and scientific articles, having as a subsidiary source the documentary research used through documents such as: newspaper reports, research reports, official documents, among others. In conclusion, the research showed that the individual's real will will not be expressed through the consent provided for in the General Data Protection Law, however, there are already technologies in development that will allow the individual to personally make the fundamental decisions about the use of your data.

Key words: General Data Protection Law. Consent. Legal Business Addictions.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. ASPECTO NORTEADORES DA COLETA DE DADOS

- 2.1 Inserção da LGPD no direito brasileiro
- 2.2 Tratamento de dados e direitos da personalidade
- 2.3 Direito a proteção de dados em contraponto ao direito à privacidade
- 2.4 Princípios norteadores do contrato

3. VÍCIOS RELATIVOS À COLETA DE DADOS

- 2.1 Vícios no consentimento
- 2.2 Possíveis soluções
- 2.3 Proteção de dados e consentimento na situação fática

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa a Lei Geral de Proteção de dados considerando o direito uma ciência aplicada, na qual a lei provoca as consequências sociais almejadas pelo legislador, sendo que nesta lei há um claro conflito entre a realidade e a ficção jurídica, em que uma nova legislação que tem como base o consentimento e como fundamento a autodeterminação informativa, não atinge seu objetivo, neste caso proteger os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e de livre desenvolvimento da personalidade.

Esta abordagem se justifica, pelo fato do direito à autodeterminação informativa e o consentimento, ambos previstos na LGPD, não refletirem na realidade, uma vez que a limitação cognitiva não permite que a vontade real das pessoas se manifeste, já que são apresentadas uma enorme quantidade de dados coletados, um elevado número de diferentes termos de privacidade, bem como contratos de adesão, no qual, em algumas ocasiões, os titulares dos dados apenas concordam. Ademais, há uma falta de transparência, no sentido de que existe uma dificuldade em obter as informações referentes a coleta de dados, devidas as complexidades técnicas e os segredos industriais referentes aos algoritmos.

Este conceito de que a autonomia privada não consegue lidar com o direito à proteção de dados com base no consentimento, previsto na LGPD é compartilhado por Bruno Bioni, Danilo Doneda, Ingo Wolfgang Sarlet, Humberto A. V. Lima e Wolfgang Hoffmann-Riem, sendo que Francisco Amaral e Carlos Roberto Gonçalves, por meio de seus ensinamentos sobre vícios no negócio jurídico complementam tal fundamentação.

É importante salientar a importância do trabalho para o público, já que a questão está no dia a dia das pessoas, sendo a privacidade e o conhecimento das pessoas de como seus dados são tratados direitos previstos na CF/88 e na LGPD.

O objetivo deste estudo é demonstrar se o consentimento do titular dos dados é um ato jurídico válido ou não, sem retirar a importância coleta de dados, colocando desde já que a coleta de dados não deve prevalecer sobre um consentimento livre e informado. Para comprovar o problema deste estudo, serão detalhados os vícios do negócio jurídico, os princípios que regem um negócio jurídico, em especial o princípio da autonomia privada, o consentimento e seus vícios, as possíveis soluções e o posicionamento da jurisprudência no

Brasil, além de tratar dos aspectos básico da coleta de dados, diferenciando direito à privacidade e direito a proteção de dados, por exemplo.

Ademais, este propósito será atingido, principalmente, por meio da *pesquisa bibliográfica*, constituída principalmente de livros e artigos científicos; embora a *pesquisa documental* também seja utilizada por meio de documentos de reportagens de jornal, relatórios de pesquisa, dentre outros.

Menciona-se que as fontes principais de consulta consistem na legislação brasileira relacionada direta ou indiretamente, e em obras literárias, tendo por base literárias os autores Bruno Bioni, Danilo Doneda, Gustavo Tempestino, Ana Frazão, Ingo Wolfgang Sarlet, Humberto A. V. Lima e Wolfgang Hoffmann-Rien, que tratam, principalmente, dos aspectos da Lei Geral de Proteção de Dados, inclusive do consentimento na coleta de dados. Sendo que Francisco Amaral e Carlos Roberto Gonçalves, por meio de seus ensinamentos sobre vícios no negócio jurídico complementam estes autores.

Além do mais, a pesquisa bibliográfica, principal fonte, o instrumento de coleta de dados foi por meio do fichamento das obras e documentos consultados, objetivando-se assim a otimização do estudo.

Sendo que os dados coletados foram dispostos em fichas bibliográficas. Após a coleta dos dados foi feita uma leitura crítica e interpretativa das fontes, observados os critérios utilizados por cada autor no que se refere à disposição dos assuntos. Em sequência à organização das fichas, foram realizadas anotações das considerações e comentários pertinentes expostos por cada autor, de forma a relacionar a legislação pesquisada aos autores consultados. Dessa forma, desenvolveu-se uma análise fundamentada das coleta de dados, partindo dos seus aspectos fundamentais, relacionando a coleta de dados ao Direito Civil, especialmente em relação aos negócios jurídicos, para por fim tratar do consentimento na coleta de dados, possíveis soluções para este problema e o problema na situação fática.

2 ASPECTO NORTEADORES DA COLETA DE DADOS

A proteção de dados no Brasil por meio da LGPD é uma questão bastante técnica, vez que esta lei introduziu novos conceitos no ordenamento jurídico, separando dado pessoal, dado pessoal sensível e dado anonimizado, por exemplo.

Entretanto, o presente capítulo busca abordar apenas os aspectos relevantes do tema, para que ao final seja possível compreender as questões referentes à proteção de dados relacionadas aos vícios do consentimento.

2.1 INSERÇÃO DA LGPD NO DIREITO BRASILEIRO

A informação na sociedade atual é um dos bens mais valiosos e devido a este valor diversas empresas buscam coletar informações, como Facebook e Alphabet (Google), duas empresas multibilionárias que lucram através da informação.

Devido a esta busca pela coleta de dados, no dia 14 de agosto de 2018, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados, uma norma que tem como fundamento a proteção dos direitos humanos, especialmente a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural.

Esta lei se insere num contexto de regulamentar os mercados digitais pautados nas bases de dados, bem como acompanhar um contexto global em que os países e blocos econômicos não só possuem legislações similares, mas também impõe que os países com quem negociem as tenham. Neste contexto, vale destacar a União Europeia que estipulou que os países que pretendam negociar com o bloco necessitam de uma legislação do mesmo nível da General Data Protection Regulation (GDPR), legislação esta, na qual a LGPD possui bases.

Ademais, a Lei Geral de Proteção de Dados não foi a primeira legislação a abordar o tratamento de dados, existindo o Marco Civil da Internet e a Lei do Cadastro Positivo, por exemplo. Entretanto, a lei promulgada em 2018, “é mais técnica, vez que padronizou, ou melhor, normalizou, quase como uma norma ISO, o que seriam os atributos qualitativos da proteção dos dados pessoais sem a presença dos quais haveria penalidades”. (PINHEIRO, 2020)

Aliás, os artigos 43 e 44 do Código de Defesa do Consumidor já previam a necessidade dos fornecedores informarem sobre os dados coletados dos consumidores, porém, o fato de a intimidade ser uma mercadoria valiosa no mundo atual trouxe a necessidade de novas regulamentações, uma vez que os dados dos consumidores no Brasil estavam sendo utilizados sem seu conhecimento e consentimento.

Neste contexto, surgiu a Lei 13.709/18 para regular de uma maneira mais efetiva a coleta de dados das pessoas, criando uma base para o desenvolvimento da economia das informações. Esta lei trata a privacidade como uma mercadoria, assim o conceito clássico de "estar só", de autores como Perez Luño, não condiz mais com a sociedade moderna, criando um novo conceito de privacidade do autor Stefano Rodotà, sendo ele "o direito de manter o controle sobre as próprias informações". Este novo conceito, tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana combinado com o princípio da harmonia das relações de consumo. Estes dois princípios contrapõem com os direitos da personalidade previstos no artigo 5º, X, CF/88, e no artigo 21 do Código Civil, uma vez que o direito à vida privada e a intimidade são invioláveis, porém, há o entendimento de autores como Rita Blum no sentido de que quando os dados dos consumidores são bem empregados, tanto os fornecedores quanto os consumidores são beneficiados, relativizando tal princípio. (BLUM, 2018)

Nas palavras de Bruno Bioni: "o big data não é uma inteligência artificial, mas uma inovadora metodologia de estruturação de dados para calcular a probabilidade da ocorrência de um evento" (BIONI, 2020), desta maneira diversos serviços e produtos são aprimorados com base nestas informações beneficiando a sociedade como um todo. Além disso, a coleta de dados se relaciona diretamente com a publicidade contribuindo para a manutenção de diversos serviços gratuitos.

Esse benefício não retira a necessidade de o cidadão permitir a coleta de dados, por isso a LGPD colocou o consentimento como uma base legal da coleta de dados, porém, existe um problema entre institutos jurídicos na aplicabilidade do consentimento, que deve ser de manifestação livre, inequívoca e informada. Sobre este problema trata o presente Trabalho de Conclusão de Curso.

2.2. TRATAMENTO DE DADOS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Inicialmente, o direito à proteção de dados é conceituado por Catarina Sarmiento como “a liberdade de controle e proteção das informações pessoais em face de ofensas externas”.

Esse direito se relaciona com os direitos da personalidade, sendo este o modo de ser da pessoa, físico ou moral. Dentro do direito da personalidade, há a intimidade, prevista no artigo 5º, X, da CF/88, que coloca a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas como invioláveis.

Em relação a LGPD, seus artigos 1º e 2º, colocam como fundamento desta lei os direitos fundamentais, estabelecendo no artigo 2º, IV, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem.

Entretanto, logicamente, há exceções a esta inviolabilidade, como na decisão do Superior Tribunal de Justiça, no informativo n.º 606, que estabeleceu que os direitos da personalidade podem ser objeto de disposição, desde que não seja permanente nem geral, com prévia autorização do titular.

Ademais, a Lei Geral de Proteção de Dados em seu artigo 7º, aborda de forma específica as limitações do tratamento de dados, abrangendo situações e indivíduos de forma geral, bem como proporcional, limitando o tratamento de dados as hipóteses do artigo 7º, da LGPD, ou seja, as hipóteses previstas nos incisos deste artigo são taxativas, conforme estabelece Bernardo Menicucci Grossi “a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais estabeleceu, em seu artigo 7º, que o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas hipóteses taxativas previstas em cada um de seus 10 (dez) incisos [...]”(GROSSI, 2020).

Assim, aplicando a teoria dos limites dos limites de forma material, os direitos fundamentais podem ser restringidos, já que a LGPD cumpre as hipóteses para esta restrição. Os requisitos desta teoria são: por meio de uma norma, desde que respeitado núcleo essencial dos direitos fundamentais, estando estes expressos nos artigos 1º e 2º, da LGPD; clareza na limitação, estabelecida no artigo 7º da norma; limitações de cunho geral e abstrato, sendo que a nova lei se aplica a todas as pessoas no território nacional em situações genéricas; e limitações proporcionais, requisito também presente no artigo 7º da lei em análise.

Cumpramos ressaltar que mesmo antes da LGPD já existia um conflito entre direito à informação e direito à intimidade, como no caso da apresentadora Daniella Cicarelli, sendo que nestes casos autores como Flávio Tartuce estabelecem que “Conforme antes destacado, a

ponderação parece ser a melhor técnica para resolver os conflitos entre o direito à imagem e à intimidade versus o direito à liberdade de imprensa e à informação” (TARTUCE, 2020), ou seja, o autor defende que nos conflitos de difícil solução deve ser aplicada a técnica da ponderação, na qual cada caso será analisado para ver se o direito à informação ou o direito à intimidade persistirá.

Consta-se, que diversos autores, incluindo Flávio Tartuce, estabelecem a chamada técnica da ponderação brasileira, na qual não só os conflitos relacionados aos princípios constitucionais podem fazer uso deste mecanismo. Entretanto, como a Constituição Brasileira é rígida, e possui princípios imutáveis, a técnica ponderação deve ser utilizada apenas na Constituição, em prol da segurança jurídica, devendo ocorrer alterações na constituição para colocar o direito a proteção de dados como direito fundamental, o que no momento já ocorre por meio da PEC n.º 17, de 03 de julho de 2019. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal nos julgamentos das ADIs de números 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, já considera este direito como fundamental.

2.3 DIREITO A PROTEÇÃO DE DADOS EM CONTRAPONTO AO DIREITO À PRIVACIDADE

A privacidade é um direito fundamental que merece destaque, devido a sua importância no contexto dos dados pessoais.

Conforme conceituado acima, entende-se hoje que a privacidade consiste no direito de manter o controle sobre suas próprias informações, ela é o aspecto mais amplo da intimidade, sendo conjunto das características da vida de uma pessoa, possibilitando que se tenha um retrato de sua vida íntima e sua personalidade pessoal, familiar e social.

Este conceito é complementado pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹ que estabelece:

Com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem

Entretanto, na doutrina há divergências sobre a proteção de dados ser ou não uma continuação da privacidade, já que elas são muito similares, e neste sentido Danilo Doneda

¹ REsp 1168547 – Quarta Turma - RJ. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Data do Julgamento: 11/05/2010

coloca que “A proteção dos dados pessoais compreende, basicamente, pressupostos ontológicos idênticos aos da própria proteção da privacidade: pode-se dizer que é a sua “continuação por outros meios”” (DONEDA, 2020). Todavia, mesmo que estes direitos sejam parecidos, o próprio autor coloca que hoje a proteção de dados assumiu características próprias, especialmente na atuação dos interesses de quem protege.

Em relação a privacidade na LGPD, a lei estabelece em seu artigo 6º, diretrizes que deverão ser seguidas, independente do consentimento do titular, como o livre acesso aos dados, a qualidade dos dados e a transparência destes.

Desta maneira, esta lei já coloca que o titular dos dados poderá manter o controle das suas informações, estando de acordo com o conceito moderno de privacidade.

Portanto, sendo direito à privacidade uma forma de proporcionar ao indivíduo os meios necessários à construção e consolidação de uma esfera privada própria, assim consistindo em um pré-requisito para a própria sociedade democrática, por ser a base de outras liberdades fundamentais, ele é um importante direito que deve ser assegurado diante das ofensas externas.

2.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CONTRATO

Nos termos do artigo 421, do Código Civil, “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Nesse sentido o enunciado 23 CJF/STJ, estabelece:

A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Ademais, o princípio da autonomia da privada é denominado por autores como Flávio Tartuce como a evolução da autonomia da vontade, mas aquele princípio ainda é utilizado por diversos autores como Carlos Roberto Gonçalves e Francisco Amaral, podendo ser conceituado como:

A autonomia privada significa, assim, o espaço que o ordenamento estatal deixa ao poder jurídico dos particulares, uma verdadeira esfera de atuação com eficácia jurídica, reconhecendo que, tratando-se de relações de direito privado, são os particulares os melhores a saber de seus interesses e da melhor forma de regulá-los juridicamente. (AMARAL, 2018)

Porém, o próprio Francisco Amaral coloca que a autonomia privada possui um poder limitado, já que deriva do poder estatal, e é regulada por este. Assim, a autonomia privada limita-se pela ordem pública, sendo esta:

Um conjunto de normas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no âmbito do direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica, intervindo na economia, criando mecanismos de proteção ao consumidor e regulamentando determinadas espécies contratuais. (AMARAL, 2018)

Portanto, a autonomia privada possui diversas restrições, principalmente quando se refere a dignidade da pessoa humana, em que estão inclusos os direitos da personalidade.

Ainda, há o princípio da boa-fé objetiva que veda condutas que haja contra a dignidade da pessoa humana, bem como estabelece diversos deveres anexos, por exemplo, de cuidado, de segurança, de informação e de sigilo.

Ademais, o princípio da boa-fé consiste em padrões conduta, que variam de acordo com a relação entre as partes, tendo previsão no artigo 422, do Código Civil.

Além disso, como será visto adiante, a capacidade cognitiva do titular de dados pessoais constitui um dos vícios do consentimento, entretanto, de forma mais ampla, o Superior Tribunal de Justiça traçou três requisitos para a anulabilidade do negócio jurídico, incluindo a capacidade cognitiva²:

Não obstante, importa mencionar, ainda, que o erro, vício do negócio jurídico, é causa de anulabilidade da avença, requerendo, para sua configuração, o preenchimento de três requisitos, a saber: a) substancialidade ou essencialidade; b) cognoscibilidade para o destinatário da declaração; e c) escusabilidade para o emitente da declaração

Além disso, o artigo 138, do Código Civil, disserta que “são anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Sendo que o artigo 139, deste Código, define as hipóteses de erro substancial.

Aliás, para que o ato seja considerado válido, se deve realizar um ato jurídico pleno, não podem existir vícios. Francisco Amaral coloca que para o negócio jurídico surtir efeito (modificativo, extintivo ou aquisitivo), o agente tem de ter uma verdadeira noção do objeto e dos demais elementos, bem como sua vontade e os efeitos do negócio jurídico devem ser iguais:

Para ser juridicamente eficaz, a vontade tem de ser livre e incondicionada no seu nascimento, e correta na sua expressão. Podem ocorrer, todavia, defeitos no seu processo formativo, no caso de o agente ter falsa noção das pessoas, do objeto ou dos demais elementos do ato que pratica, ou defeitos na sua declaração, se houver

²STJ, Ag. Int. no REsp 1.309.505/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.03.2019, DJe 26.03.2019

divergência entre o que o agente quer e o que efetivamente declara. (AMARAL, 2018)

Os vícios podem ser em relação ao erro, ao dolo, ao estado de perigo ou pela simulação. Eles se relacionam ao princípio da autonomia privada, no sentido de que impor uma manifestação livre e espontânea, ou seja, as partes sabem o que estão adquirindo e ofertando, tendo como efeito do negócio jurídico o que foi pactuado. Sendo que caso o consentimento não seja nestes termos, poderá o negócio jurídico ser anulado:

O consentimento pressupõe a capacidade das partes para vender e comprar e deve ser livre e espontâneo, sob pena de anulabilidade, bem como recair sobre os outros dois elementos: a coisa e o preço. Será anulável a venda, também, se houver erro sobre o objeto principal da declaração ou sobre as suas qualidades essenciais (CC, art. 139). Não existe venda se o vendedor julga estar alienando uma coisa e o comprador acredita estar adquirindo objeto diferente. No erro sobre o objeto principal, o consentimento recai sobre objeto diverso daquele que o agente tinha em mente. Exemplo: o do indivíduo que se propõe a alugar a sua casa da cidade e o outro contratante entende tratar-se de sua casa de campo. Ocorre erro sobre as qualidades essenciais do objeto quando o motivo determinante do consentimento é a suposição de que este possui determinada qualidade que, posteriormente, se verifica inexistir, como no caso da pessoa que adquire um quadro por alto preço, na persuasão de se tratar de original quando não passa de cópia. Somente não vicia a manifestação da vontade o erro acidental, de somenos importância, que não acarreta prejuízo. (GONÇALVES, 2021)

Outrossim, é importante salientar que tendo em vista a velocidade em que os negócios jurídicos acontecem nos tempos modernos, já houve uma limitação da vontade nos contratos de adesão, e para sanar tal omissão, houve um dirigismo contratual por parte do Estado, como no caso da interpretação mais favorável ao consumidor, prevista no artigo 47 do CDC.

Entretanto, nestes contratos de adesão que não abrangem a coleta de dados, há uma limitação no sentido de que o particular não pode se manifestar para alterar as cláusulas do contrato, diferentemente dos vícios do consentimento que ocorre na coleta de dados, conforme será visto no tópico seguinte.

Concluindo, sendo os contratos negócios jurídicos bilaterais, no qual os particulares manifestam sua vontade, se obrigando a dar, fazer ou não fazer determinada prestação, os princípios constituem os mandamentos nucleares deste negócio, devendo ser observados, não apenas na interpretação mas como requisito de eficácia do negócio jurídico.

3 VÍCIOS RELATIVOS À COLETA DE DADOS

A igualdade fática é um pressuposto para que a autonomia privada possa ser utilizada nas relações contratuais com uma presença menos impactante dos direitos fundamentais, sendo que quanto mais desigual for a relação, maior deve ser a presença dos direitos fundamentais e menor a presença da autonomia privada.

Neste contexto surgem os vícios do consentimento, em que o titular dos dados detém na teoria uma autonomia privada, entretanto, se encontra em uma situação de hipossuficiência perante os agentes de tratamento de dados, não fornecendo um consentimento livre, informado e inequívoco para a coleta de seus dados, não expressando assim de fato sua vontade na situação fática.

Assim, o presente capítulo irá tratar dos vícios do consentimento na coleta de dados, bem como ao final irá expor possíveis soluções para solucionar tal problema no futuro.

3.1 VÍCIOS NO CONSENTIMENTO

Mesmo o artigo 7º, da Lei Geral de Proteção de Dados, estabelecendo outras formas de coleta de dados, se sabe que no setor privado a principal maneira de coleta será pelo consentimento, vez que se busca um fim econômico ao dado coletado. Nesse sentido Danilo Doneda esclarece:

A sociedade da informação necessita de um mecanismo capaz de promover a proteção da pessoa em relação aos seus dados pessoais e ao mesmo tempo estabelecer um patamar para a circulação de informações, tendo como um instituto fundamental, nesta perspectiva, o consentimento para o tratamento de dados pessoais. (DONEDA, 2020)

Em vista disso, o titular dos dados deve ter um processo de tomada de decisão, apoiado pelos agentes de tratamento, para exercer de fato sua vontade, conforme esclarecem Bruno Ricardo Bioni e Maria Luciano:

A multiplicidade de adjetivos atribuídos ao consentimento não detém outra finalidade senão a de apontar que deve haver um processo de tomada de decisão, o qual o titular do dado por si só é incapaz de atingir sem a cooperação da contraparte que processa seus dados. A partir dessa perspectiva obrigacional, emerge-se uma série de deveres para os agentes de tratamento de dados, em especial o controlador. (BIONI; LUCIANO, 2021)

Entretanto, a relação não é tão simples, haja vista que não se trata uma relação em que há oferta e demanda, ou preço e qualidade, vez que não é possível medir economicamente

o custo, pois não há um valor predeterminado, podendo caracterizar uma relação abusiva, fato que acontece corriqueiramente, uma vez que os agentes de tratamento buscam coletar o máximo de informações antes de o titular dos dados perceber como a relação é desigual, pois estes traçam um perfil da pessoa, direcionando propagandas ou até mesmo traçando a personalidade de uma pessoa para abalar o processo democrático, como no caso da Cambridge Analytics.

Felizmente, o artigo 42, da LGPD, prevê que caso os agentes de tratamento descumpram suas obrigações e causem dano ao titular dos dados, serão responsabilizados:

Art. 42 – o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo”

Prosseguindo, a lei geral de proteção de dados em seu artigo 5º, XII, conceitua consentimento como uma manifestação livre, informada e inequívoca do titular dos dados.

Ademais, a LGPD tem como fundamento a autodeterminação informativa, conceituada por Ingo Wolfgang Sarlet como: “O direito de cada indivíduo poder controlar e determinar (ainda não de modo absoluto) o acesso e o uso de seus dados pessoais” (SARLET, 2020, p. 45). Além deste conceito, o autor coloca como requisito deste direito o consentimento livre e informado, uma vez que a autodeterminação informativa é fundada no direito da dignidade da pessoa humana e no direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Além do mais, o artigo 8º, §3º, da LGPD veda o tratamento de dados mediante vício de consentimento, devendo este artigo ser interpretado de acordo com os artigos 138 a 155 do Código Civil, assim Humberto A. V. Lima coloca:

Por essa razão é útil a disposição prevista no art. 8º, §3º da Lei, segundo a qual “É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento”. Logo, além da coação que anula a liberdade da manifestação do consentimento, também podem viciar a declaração de vontade a ignorância, o erro e o dolo (art. 138 a 155 do Código Civil). (LIMA, 2020, p. 77)

Portanto, quando o titular fornece os dados ele deve de livre e espontânea vontade compreender os termos de privacidade postos pelo controlador, fato que não ocorre nos termos de privacidade no Brasil, sendo pela falta de poder de barganha nos contratos de adesão ou por falta de capacidade técnica para compreender os termos. Este é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet:

No caso do direito fundamental à proteção de dados pessoais, isso é de especial relevância, em virtude do poder econômico e social, mas também político, exercido por grandes corporações, gerando um grande desequilíbrio entre as partes envolvidas

na teia de relações jurídicas que se estabelecem. Além disso, não se deve desconsiderar que, quanto aos dados pessoais, ainda mais em se tratando do mundo digital, a exigência do consentimento do titular dos dados e usuário das tecnologias de informação (aplicativos de toda ordem, mídias sociais, compras pela internet etc.), embora cogente do ponto de vista constitucional e legal, esbarra de modo substancial – ainda que diferenciada – nas limitações à autonomia privada.

Isso se deve especialmente ao fato de a ampla maioria dos bens e serviços disponibilizados apenas ser acessível aos usuários mediante contratos de adesão, sem falar na circunstância de que, em virtude da necessidade gerada no sentido da utilização de diversos desses serviços, em muitos casos se estabelece praticamente uma obrigação (fática) de contratar que, por sua vez, literalmente esvazia a autonomia individual e o direito fundamental à livre autodeterminação informativa, ancorados na CF e também previstos na legislação ordinária, em especial – no que interessa ao presente texto – na legislação para a proteção dos dados pessoais. (SARLET, 2020, p. 71).

Ainda neste sentido, Laura Schertel Mendes e Gabriel Campos Soares da Fonseca (2013, p.67) complementam os três pontos centrais que retiram a eficácia do consentimento como foco regulatório:

(i) as limitações cognitivas do titular dos dados pessoais para avaliar os custos e benefícios envolvidos quanto aos seus direitos de personalidade; (ii) as situações em que não há uma real liberdade de escolha do titular, por exemplo, em circunstâncias denominadas “take it or leave it”; e (iii) “as modernas técnicas de tratamento e análise de dados a partir de Big Data que fazem com que a totalidade do valor e a possibilidade de uso desses dados não sejam completamente mensuráveis no momento em que o consentimento é requerido” (KATE; MAYER-SCHÖNBERGER, 2013). (FONSECA; MENDES, 2021)

Em relação às limitações cognitivas, o titular dos dados não consegue visualizar o excesso de informações apresentadas, além de que a maneira como esta informação é apresentada altera sua capacidade de compreender, vez que nem sempre é apresentada uma linguagem de fácil compreensão e muita das vezes é colocado ao titular dos dados um produto que pareça irresistível para ele no momento.

Sobre tal limitação, Bruno Bioni salienta o grande número de atores por trás de uma única coleta, o grande número de termos de privacidade diferentes e a dificuldade de prever como será realizada a coleta:

Dada a racionalidade limitada do ser humano, é pouco provável que ele esteja capacitado para tanto. Com efeito, a bounded rationality prescreve justamente que as habilidades cognitivas do ser humano são limitadas, minando a sua capacidade de absorver, memorizar e processar todas as informações relevantes para um processo de tomada de decisão. Já se faz impossível memorizar os inúmeros atores que compõem a referenciada rede social de publicidade, quanto mais compreender como os dados pessoais serão por eles tratados, já que cada um deles tem as suas respectivas políticas de privacidade. Soma-se, ainda, o complicador da compreensão de como a agregação dos dados pessoais desenrolar-se-á a ponto de extrair informações mais detalhadas sobre seus titulares. (BIONI, 2020)

Em relação às situações em que não há real liberdade de escolha, os termos de privacidade consistem em uma lógica binária, em outras palavras, ou o titular dos dados aceita

que seus dados sejam coletados ou não desfruta do serviço ou produto ofertado. E como a sociedade vive em uma era digital, é necessário que o titular dos dados aceite a coleta para se socializar ou obter informações, por exemplo.

Neste ponto, Barreto Junior e Napolin (BARRETO JUNIOR e NASPOLI, 2019, p. 133) esclarecem como esta lógica binária fere o princípio da autodeterminação informativa:

(...) na busca de mecanismos eficazes para a proteção efetiva dos titulares de dados pessoais, é preciso que se garanta que o não consentimento para determinadas utilizações não implique em vedação absoluta de acesso a determinados bens e serviços. O consentimento do titular de dados pessoais e sua autodeterminação informativa não podem estar à mercê do tudo ou nada dos termos e uso de condições de plataformas e aplicativos, sendo premente que, na prática, seja assegurado ao usuário o acesso a bens, serviços e facilidades tecnológicas essenciais para a vida em democracia sem que se exija que o titular se despida de todo e qualquer dado pessoal por meio de cliques instantâneos, sob pena de a autodeterminação informativa tornar-se letra morta da lei. (apud BARRETO JUNIOR; NASCIMENTO; FULLER, 2020)

Já no caso da massificação da coleta de dados, uma informação coletada ao cruzar com outra informação gera uma informação totalmente nova do indivíduo, sendo impossível um indivíduo gerenciar e prever, após serem cruzados seus dados, uma informação que ainda será gerada, conforme esclarece e, conforme esclarece Daniel J. Solove (SOLOVE, 2013):

Seja pela escala em que a informação é processada, seja pela enorme capacidade de agregação da informação pelas novas tecnologias, é improvável que o indivíduo, no momento da coleta, gerencie plenamente algo que ocorrerá no futuro e que envolve inúmeras incertezas acerca de como todas as informações e dados acerca de um indivíduo serão agregados, cruzados ou utilizados. (apud FONSECA; MENDES, 2021)

Neste último caso é importante destacar a figura do Big Data, que coleta uma quantidade de informação muito maior do que a coleta de dados estrutural. Neste sentido, Vinicius Cervantes e David Fernando Rodrigues esclarecem que:

O termo Big Data refere-se aos conjuntos de dados cujo tamanho está além da capacidade de uma ferramenta tradicional de base de dados capturar, armazenar, gerenciar e analisar, representando a próxima fronteira para inovação, concorrência e produtividade. O volume (grande volume), a velocidade (rápida geração e processamento de dados), a variedade (de dados e fontes), o valor (patrimônio imaterial), a veracidade (precisão) e a validação (compreensão e compliance), ou os “6V’s”, são virtuosas características atreladas ao Big Data (BAGNOLI, 2017) e que compõe seu conceito. (CERVANTES; DAVID, 2019)

Ademais, James R Kalyvas e Michael R. Overly (KALYVAS; OVERLY, 2015) complementam que o Big Data traz dois grandes desafios sendo eles:

A primeira delas se deve ao fato de que a análise de Big Data frequentemente revela a possibilidade de se utilizar os dados coletados para uma finalidade diversa daquela proposta inicialmente. A segunda está relacionada ao volume de dados coletados, que não raramente se mostram amplamente melhores e mais valiosos do que aqueles encontrados tradicionalmente em bases de dados estruturados (apud CERVANTES; DAVID, 2019, p.18)

Logo, sendo o caráter livre, informado e inequívoco do consentimento, conforme conceituado no artigo 5º, XII, da LGPD, um elemento importante para a autonomia do titular, no contexto das regras baseadas em algoritmos e dos contratos de adesão, a autonomia é basicamente inexistente, uma vez que na relação de fato, conforme os três pontos centrais que retiram a eficácia do consentimento acima expostos, o poder do controlador gera um desequilíbrio, não devendo com base na autonomia privada o consentimento constituir um fundamento jurídico, sendo esta uma questão levantada no ponto 43 da RGD.

Assim, para que o ato de consentir seja válido, o titular no momento deste ato tem de ter todas as informações necessárias para que este avalie a forma que seus dados serão tratados, com informações claras, transparentes e específicas, além de apresentar os riscos e implicações da coleta de seus dados. Caso não haja este cuidado, o consentimento será nulo, conforme esclarecem Tepedino, Frazão e Oliva:

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, de forma clara e inequívoca. Quando o consentimento for necessário, havendo mudanças em relação à finalidade para o tratamento dos dados não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo este revogar o consentimento, caso discorde das alterações. (TEPEDINO, FRAZÃO e OLIVA 2019)

Aliás, o artigo 9, §1, da Lei n.º 13.709/2018, coloca que o consentimento será nulo caso as informações não sejam apresentadas de forma clara e inequívoca ou tenham conteúdo enganoso ou abusivo:

Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca.

Neste contexto o autor alemão Wolfgang Hoffmann-Riem, diferencia as regras baseadas em algoritmos e as normas legais em si, estabelecendo que esta requer uma conduta permissiva ou não, podendo o titular ser sancionado socialmente em caso de não cumprimento das normas estabelecidas. Porém, nas regras baseadas em algoritmos, ele coloca que não há uma conduta comportamental ou uma conduta permissiva ou proibitiva, apenas uma limitação da capacidade (HOFFMANN-RIEM, 2020). Assim, estas regras não pressupõem um conhecimento prévio dos interessados, induzindo-os ao vício.

Assim, para que o ato de consentir seja válido, o titular no momento deste ato tem de ter todas as informações necessárias para que este avalie a forma que seus dados serão tratados, com informações claras, transparentes e específicas, além de apresentar os riscos e

implicações da coleta de seus dados. Caso não haja este cuidado, o consentimento será nulo, conforme esclarecem Tepedino, Frazão e Oliva:

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, de forma clara e inequívoca. Quando o consentimento for necessário, havendo mudanças em relação à finalidade para o tratamento dos dados não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo este revogar o consentimento, caso discorde das alterações. (TEPEDINO, FRAZÃO e OLIVA 2019)

Aliás, o artigo 9, §1, da Lei n.º 13.709/2018, coloca que o consentimento será nulo caso as informações não sejam apresentadas de forma clara e inequívoca ou tenham conteúdo enganoso ou abusivo:

na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca.

Neste contexto o autor alemão Wolfgang Hoffmann-Riem, diferencia as regras baseadas em algoritmos e as normas legais em si, estabelecendo que esta requer uma conduta permissiva ou não, podendo o titular ser sancionado socialmente em caso de não cumprimento das normas estabelecidas. Porém, nas regras baseadas em algoritmos, ele coloca que não há uma conduta comportamental ou uma conduta permissiva ou proibitiva, apenas uma limitação da capacidade (HOFFMANN-RIEM, 2020). Assim, estas regras não pressupõem um conhecimento prévio dos interessados, induzindo-os ao vício.

Portanto, considerando o direito uma ciência aplicada, na qual a lei provoca as consequências sociais almejadas pelo legislador, há um claro conflito entre a realidade e a ficção jurídica, em que uma nova legislação que tem como base o consentimento e como fundamento a autodeterminação informativa, não atinge seu objetivo, neste caso proteger os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e de livre desenvolvimento da personalidade. E é neste sentido que há um choque entre o direito à autodeterminação informativa combinado com o consentimento, previstos na Lei Geral de Proteção de Dados, e os contratos de adesão combinados com as limitações da autonomia privada, que refletem a realidade fática.

3.2 POSSÍVEIS SOLUÇÕES

As possíveis soluções para o problema relacionadas aos vícios do consentimento frente à autonomia privada na coleta de dados, problema este derivado das limitações cognitivas do titular dos dados, a lógica binária dos contratos na coleta de dados e coleta massiva de dados, não são soluções propriamente jurídicas, haja vista que trata de uma situação decorrente da evolução tecnológica que possibilitou uma coleta de dados em uma proporção jamais vista, e serão novas técnicas e tecnologias que no futuro podem possibilitar que o consentimento seja totalmente válido novamente.

Nesse sentido, já existem mecanismos que buscam solucionar este problema, entretanto, nenhum deles no momento atual é eficaz o suficiente para transformar o consentimento em um ato válido.

Um deles é o Privacy by Design, termo utilizado pela primeira vez em 1995, no qual busca criar uma cultura em que a privacidade seja o foco, mudando a própria mentalidade das corporações, ou seja, busca alterar a arquitetura do sistema por meio da privacidade para garantir a autodeterminação informacional do titular de dados.

Essa solução de criar uma cultura com foco na privacidade é o que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, no presente momento, busca, tendo realizado seminários e palestras, por exemplo, para mostrar aos indivíduos a importância dos dados, bem como informá-los sobre o tema.

Entretanto, se sabe que a questão é muito mais complexa, e assim para tentar aplicar este mecanismo em uma situação concreta, surgem as Privacy Enhancing Technologies (PETs), conforme esclarece Jonas Valente (VALENTE, 2019):

Sendo o primeiro relacionado à prática global de orientação de todo o processo de desenvolvimento e fabricação com o objetivo de assegurar a privacidade e a proteção de dados do usuário e de coletividades e o segundo a denominação de toda sorte de solução tecnológica que tem esta orientação em seu design (apud GROSSI, 2020)

Essa nova tecnologia, também é denominada por Bruno Bioni como Privacy Enhancing Technologies (PETs), sendo uma forma de capacitar o titular dos dados a realizar a de fato manifestar sua vontade. Uma delas é a Do Not Track (DNT), em que o indivíduo, anteriormente, coloca os dados que pretende permitir que sejam coletados no próprio navegador, e este, automaticamente, já estabelece quais dados podem ser coletados e quais não.

Outra tecnologia é a Plataforma for Privacy Preferences (P3P), que é bastante similar a DNT, esbarrando inclusive no mesmo problema de implementação deste, sendo ele a falta de padronização dos termos de privacidade e a falta de um poder cogente para implementação de tais tecnologias.

Ademais, há uma nova tecnologia que cria uma identidade digital, ela é baseada na blockchain, pois sendo esta uma tecnologia descentralizada, os dados ficam armazenados de forma criptografada em diversos dispositivos, concedendo ao titular dos dados a gestão e o controle de seus dados, sem a necessidade de um controlador, podendo este permitir que seja acessada sua identidade digital e quais dados constarão nesta identidade, tal sistema é denominado de self-sovereign identity (identidade auto soberana).

Em relação aos dados pessoais em que o indivíduo não queira ser identificado, neste sistema os dados pessoais podem ser tratados fora da identidade digital, por meio de pseudônimos, em que por ser uma rede descentralizada não é possível identificar o titular dos dados.

Portanto, é possível que haja uma coleta de dados respeitando os direitos da personalidade, direito à proteção de dados e o direito à autodeterminação informativa, com base no consentimento. Entretanto, é necessário que ocorram mudanças na forma como vem ocorrendo a coleta de dados, e para que isto ocorra é necessário que haja algum incentivo, o que não vem ocorrendo principalmente no caso da implementação do P3P e do DNT.

3.3 PROTEÇÃO DE DADOS E CONSENTIMENTO NA SITUAÇÃO FÁTICA

Os debates referentes à proteção de dados, privacidade e consentimento, já estão nos tribunais brasileiros, tendo inclusive o Supremo Tribunal Federal assegurado o direito à proteção de dados como um direito fundamental.

Neste sentido, o presente tópico busca demonstrar como o tema do presente trabalho ocorre na sociedade brasileira.

Inicialmente, a preocupação com a proteção dos dados pessoais não é recente, tendo o Ministro Ruy Rosado de Aguiar em 1995, já demonstrado tal preocupação³:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem-se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da

³Processo n.º 94.0011074-0 - Quarta Turma. Relator Ministro Fontes Alencar. Data da sessão 29/08/1995.

peessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade (...). E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos e privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. (BRASIL, STJ, 1995).

Ademais, ao contrário do que o senso comum pensa, a coleta de dados não é apenas por meio de aplicativos ou sites, pois os próprios sistemas operacionais, como o Windows 10, realizam tal coleta. Inclusive, o Ministério Público Federal, em 2018, fundamentado no Marco Civil da Internet, e no Código de Defesa do Consumidor, ajuizou uma ação, considerando que o Termo de Licença do Produto e a Política de Privacidade do sistema operacional Windows 10, não era colocada aos usuários de forma expressa, clara e precisa, bem como destacada. Aliás, o parquet salienta que a opção padrão é pela coleta massiva de dados, e que um usuário comum, normalmente, não possuiria capacidade de padronizar o sistema para que não ocorresse a coleta de dados⁴:

Salienta que, contudo, esse procedimento de coleta de informações dos usuários (que constam desses dois documentos extensos normalmente não acessados pelos usuários: Termo de Licença do produto e Política de Privacidade – fls. 11/21), não é esclarecido de forma clara, precisa, expressa e especialmente destacada aos usuários/consumidores (art. 6º, III, Lei nº 8.078/90 e art. 7º, IX, Lei 12.965/14). Além disso, durante a instalação e atualização do sistema operacional, a Microsoft apresenta como opção padrão a ativação dessa coleta massiva de dados.

Além disso, o tema não está apenas nos meios virtuais, mas também no dia a dia das pessoas, como em uma compra em um estabelecimento físico, por exemplo. Inclusive, a LGPD, em seu artigo 1º, deixa claro que esta lei é aplicada tanto no ambiente virtual quanto fora dele.

Dentre os diversos casos de coleta em estabelecimentos comerciais, se pode destacar os casos das drogarias, por exemplo, vez que a Drograria Araújo, em 2018, foi multada em milhões de reais por coletar o CPF do consumidor sem o informar de forma clara e adequada sobre a abertura de um cadastro. Já em 2021, ocorreu o mesmo, só que foi em face da Rede de Farmácias Raia, que foi multada em milhares de reais, vez que realizava a coleta de dados dos consumidores, sem informar de forma adequada.

Outrossim, até as televisões smart coletam dados, e no caso da LG (Life's Good), mesmo que o usuário desligue o recurso de coleta de dados em seu televisor, os dados continuam a serem enviados à empresa.

⁴ Ação Civil Pública - nº 5009507-78.2018.4.03.6100. Órgão Julgador: 9ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. Data da decisão: 27/04/2018.

Em relação aos contratos de adesão, em que o titular dos dados é obrigado a concordar com o compartilhamento de seus dados coletados, o Superior Tribunal de Justiça, já considerou abusiva esta cláusula quando julgou um contrato de prestação de serviços de cartão de crédito, com base nos princípios da confiança e da transparência⁵:

É abusiva e ilegal cláusula prevista em contrato de prestação de serviços de cartão de crédito, que autoriza o banco contratante a compartilhar dados dos consumidores com outras entidades financeiras, assim como com entidades mantenedoras de cadastros positivos e negativos de consumidores, sem que seja dada opção de discordar daquele compartilhamento.

[...]

Assim, é possível concluir - segundo penso -, que a cláusula posta em contrato de serviço de cartão de crédito firmado com o recorrente é abusiva por deixar de atender a dois princípios importantes da relação de consumo: transparência e confiança.

Ademais, neste mesmo acórdão, o Ministro Felipe Salomão, deixando claro que a decisão não trata da legalidade ou não do compartilhamento, adentra na questão do “take it or leave it”, considerando que esta prática fere o Código de Defesa do Consumidor e outras legislações como 12.414/2011, que trata do banco de dados para formação de histórico de crédito:

O professor baiano concluiu, na trilha dessas ideias, que o cenário posto acima repercute na esfera das empresas que possuem bancos de dados de consumidores, na medida em que para compartilhar informações cadastrais de seus consumidores, nos contratos de adesão, estes devem passar a adotar uma cláusula expressa de autorização para a transferência dos dados cadastrais a ela confiados; e mesmo que o consumidor não adira a essa cláusula, não pode haver recusa no fornecimento do serviço ou do produto pelo fato da não aderência. É que esse dispositivo, mais do que limitar o direito do comerciante de transacionar os bancos de dados com as informações que possui, “visa preservar um valor maior, que é a dignidade da pessoa humana, com repercussões na liberdade individual e na segurança social”. (http://www.conjur.com.br/2003-ago-04/aspectos_legais_portaria_sde_052002). No caso dos autos, nos termos em que a cláusula recursal se encontra redigida, a opção do consumidor pelo não compartilhamento de seus dados significa, na mesma medida, a opção por não contratar o serviço de cartão de crédito, em clara dissonância com o mandamento normativo aqui analisado. Não é dado ao cliente do banco recorrente a alternativa da contratação sem a aquiescência com o repasse de seus dados pessoais

Por fim, de forma a resumir Luís Roberto Barroso no julgamento da ADI 6387 MC-Ref./DF, este admite a importância da coleta de dados na sociedade contemporânea, porém optou por deferir a liminar de forma a negar ao IBGE acesso aos dados de milhões de brasileiros, com fundamento nos institutos do consentimento e da privacidade, abrangendo nesta a intimidade e à privacidade. Este é o trecho que o ministro fala do consentimento:

Dessa forma, eu não gostaria de descartar sumariamente a importância que esses dados possam ter. Porém, acho que é preciso discutir se não é possível se fazer isso por amostragem e que outros mecanismos, para que ninguém seja invadido na sua

⁵ Recurso Especial - nº 1.348.532 - São Paulo. Relator Luis Felipe Salomão. Data da sessão 10/10/2017

privacidade sem que tenha dado consentimento, consentimento informado associado aos mecanismos de segurança. (BARROSO, 2020)

Portanto, mesmo antes da Lei Geral de Proteção de Dados já havia nas cortes brasileiras ações e julgados em que o consentimento já era posto em dúvida, principalmente pelas previsões contidas no Código de Defesa do Consumidor e no Marco Civil da Internet.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que já foi exposto, mesmo antes da Lei Geral de Proteção de Dados, já havia no ordenamento jurídico brasileiro a figura do consentimento como meio de proteção do titular de dados para assegurar a autodeterminação informativa. Entretanto, o consentimento do titular muitas das vezes era um ato vazio, em que este apenas clicava em uma checkbox, sem ter ideia de quais dados estavam sendo coletados ou a finalidade da coleta.

Assim, conforme tudo o que foi exposto, conclui-se o consentimento não consiste em um ato válido, uma vez que as limitações cognitivas do titular dos dados, a lógica binária dos contratos na coleta de dados e coleta massiva de dados que impedem que o titular dos dados declare sua vontade de maneira livre, informada e inequívoca. Ademais, não há previsão de que este problema se resolva, uma vez que até os guias de implementação da Lei Geral de Proteção de Dados colocam ainda a figura das checkbox, colocando como ressalvas apenas o fato delas não estarem previamente preenchidas:

O consentimento deverá então ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. Um claro exemplo desse tipo de manifestação é quando existe a necessidade de coleta de dados a partir de um website, em que a empresa deverá adotar o texto de consentimento e incluir uma checkbox que o titular irá marcar para expressar o consentimento. Essa checkbox não pode, de forma alguma, estar pré-marcada, e o titular deverá clicar nela para manifestar o seu consentimento. (DONDA,2020)

Entretanto, sabe-se que é uma nova legislação, em que ainda necessita de tempo para se ajustar à realidade brasileira, devendo ser aguardados os próximos passos da Agência Nacional de Proteção de Dados, órgão responsável, dentre tantas outras funções, por elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, aplicar sanções a quem descumpra a LGPD e informar a população sobre a proteção de dados pessoais.

Assim, como o objetivo do presente trabalho é demonstrar a validade jurídica do consentimento na coleta de dados, com base no que foi exposto, no presente momento, comparando com outras normas do direito, o consentimento não deve ser considerado um ato válido, pois as limitações cognitivas do titular dos dados, a lógica binária dos contratos na coleta de dados e coleta massiva de dados que impedem que o titular dos dados declare sua vontade de maneira livre, informada e inequívoca. Entretanto, como os dados são muito importantes tanto para o aprimoramento quanto para manutenção de diversos produtos e serviços, também não há como impedir totalmente a coleta. Assim, nesta situação a ANPD

definiu três objetivos que, resumidamente, consistem em: promover o fortalecimento da cultura e Proteção de Dados Pessoais, estabelecer ambiente normativo eficaz para a Proteção de Dados Pessoais e aprimorar condições para o cumprimento das competências legais.

Portanto, conforme demonstrado neste Trabalho de Conclusão de Curso, o consentimento esbarra nas limitações cognitivas dos titulares de dados, na falta de poder destes para não acatar a coleta de dados, bem como na massificação da coleta de dados. Contendo o consentimento, vícios que são causas de anulação de um negócio jurídico, pelo Código Civil, não devendo prosperar, da forma como esta vem ocorrendo, para tanto soluções já vem sendo aplicadas.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno et al. **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/cfi/6/40!/4/166@0:59.9>. acesso em: 10 nov. 2020.

LIMA, Humberto Alves de Vasconcelos. **A tutela jurídica dos dados pessoais no Brasil** estudo sistemático da Lei Geral de Proteção de Dados. Minas Gerais: Independente, 2020. Edição Kindle.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.131-137. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602100/cfi/24!/4/4@0:00:52.8>. Acesso: 20 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso: 22 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 14 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso 20 nov. 2020

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso: 22 nov. 2020.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 27. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990244/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>. Acesso: 19 nov. 2020.

EUROPA. Regulamento nº 679, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso: 22 nov. 2020.

HOFFMANN-RIEN, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital** Transformação Digital Desafios para o Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992262/>. Acesso em: 28 Nov 2020

Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso: 20 nov. 2020

MARTINS, Thiago; MACHADO, Ronny Max. O direito a privacidade no contexto da sociedade da informação. **Estadão**, São Paulo, 07 de setembro de 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-direito-a-privacidade-no-contexto-da-sociedade-da-informacao/>. Acesso em 20 nov. 2020.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **O direito à privacidade e a proteção dos dados do Consumidor**, 2ª ed. São Paulo: Almedina: 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584933181/cfi/3!/4/4@0.00:28.2>. Acesso em 19 nov. 2020.

CAMURÇA, Lia Carolina Vasconcelos. **Sociedade De Vigilância, Direito à Privacidade e Proteção de Dados Pessoais: Uma Análise Sobre a Influência de Técnicas de Publicidade Comportamental na Internet no Consumidor Usuário**. 2020. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/51045>. Acesso em 9 set. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense. 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988777/cfi/6/10!/6/2/4@0:0>

Acesso: 27 nov. 2020

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387. Compartilhamento de dados dos usuários do serviço de telefone fixo e do serviço móvel pessoal. Relatora Ministra Rosa Weber 12 nov. 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso 25 nov. 2020

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. São Paulo: Tribunais, 2019. Edição Kindle.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2020. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600281/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>.
Acesso: 24 nov 2020

BRASIL. Projeto de lei nº 17 de 03 de julho de 2019. Acresce o direito a proteção de dados como direito fundamental. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7925004&ts=1594003895291&disposition=inline>. Acesso: 22 nov 2020

Tartuce, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, METODO, 2021.

SÃO PAULO. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.630.851. Direito da personalidade como objeto de disposição voluntária. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data do julgamento 27 abr 2017. Disponível em https://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0606.pdf. Acesso: 25 mai 2021.

GROSSI, Bernardo Menicucci (Org). **Lei Geral de Proteção de Dados: Uma análise preliminar da Lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial**. Porto Alegre: Fi, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 12ª edição, revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2020.

FRAZÃO, Ana, TEPEDINO, Gustavo, OLIVA, Milena Donato (*coord.*). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.**, 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. volume 3. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DONEDA, Danilo et al. **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020

SILVA, Deborah Regina Caetano da. **Análise da Legislação Sobre Proteção de Dados Pessoais e Possíveis Fronteiras com Outros Ramos do Direito**. 2020. Monografia (Graduação) – Centro Universitário de Curitiba. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13349/1/tcc.pdf>.

CERVANTES, Vinicius; RODRIGUES, David Fernando. **Big Data e proteção de dados: o desafio está lançado.** 2019. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2019/06/Inovacao-BigData-Cervantes-Rodrigues.pdf>. Acesso em 30 ago. 2021.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; NASCIMENTO, Ariane Azevedo Carvalho do; FULLER, Patrícia Greice. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Efetividade Jurídica do Consentimento do Titular para Tratamento dos Registros.** 2020. Disponível em: <http://revistareconto.com.br/index.php/Reconto/article/view/80>. Acesso em 28 ago. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais.** 18 ed. SÃO PAULO: SaraivaJur, 2021. 3 v.

RIBEIRO, Marcus Vinícius Magalhães Cecilio; AYLON, Lislene Ledier. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E SEUS CONTORNOS HODIERNOS. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 14, n. 1, p. 353-381, 2019. Disponível em <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/595>. Acesso em 02 set. 2021.

LIMA, Ricardo Alves de; GUIMARÃES, Henrique Cassalho. **A tensão entre os direitos fundamentais e a autonomia privada: perspectivas teóricas no direito civil brasileiro.** 2019. Disponível em civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/431/348. Acesso em 04 set. 2021.

SILVA, Deborah Caetano da. **Análise da legislação sobre proteção de dados pessoais e possíveis fronteiras com outros ramos do direito.** 2021. Disponível em <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13349>. Acesso em 02 set. 2021.

SELEIRO, Talita Aguiar. **Controle de dados pessoais: a identidade blockchain como ferramenta de proteção de dados pessoais.** 2020. Disponível em <https://monografias.ufop.br/handle/35400000/2764>. Acesso em 06 set. 2021

GOGONI, Ronaldo. **Smart TVs da LG estão coletando dados dos usuários, mesmo que você não queira.** Tecnoblog, São Paulo. 20 de novembro de 2013. Disponível em <https://www1.tecnoblog.net/meiobit/271912/smart-tv-lg-colta-dados—canais-videos-hd-externo/>. Acesso em 07 nov. 2021

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. **Drogaria Araujo deverá pagar multa de R\$ 7 milhões por capturar CPF dos Consumidores.** 2018. Disponível em <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/drogaria-araujo-devera-pagar-multa-de-r-7-milhoes-por-capturar-cpf-dos-consumidores.htm>. Acesso em 12 set. 2021.

RD NEWS. **Drogasil é multada em R\$ 572 mil por obter dados de clientes de forma irregular.** 2021. Disponível em <https://www.rdnews.com.br/cidades/conteudos/146988>. Acesso em 12 set. 2021.

DONDA, Daniel. **Guia prático de implementação da LGPD**: tudo o que sua empresa precisa saber para estar em conformidade. São Paulo: Labrador, 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.559.965 - Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Og Fernandes. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/article/view/3920/4146>. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1168547 - Rio de Janeiro. Relator: Luis Felipe Salomão. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221168547%22%29+ou+%28RESP+adj+%221168547%22%29.suce>. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. Jornada de direito civil número 23. Coordenador Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1309505 - Goiás. Relator: Luis Felipe Salomão. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100437824&dt_publicacao=26/03/2019. Acesso em 16 set. 2021

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 22.337-8 - Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ruy Rosado Aguiar. **Pesquisa de jurisprudência**. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevSTJ/article/download/6345/6471>. Acesso em 16 set. 2021

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública n. 5009507-78.2018.4.03.6100. Órgão Julgador: 9ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://pje1g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=5ed711dcedda46dcb7e6f834db02fd2c0b0bb34a46589c37f9c68ae692d366d1390cb6cd7f8986c1f5925c1d75b46ab7d89ffd2e52d113a9&idProcessoDoc=6756635>. Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.348.532 - São Paulo. Relator Luis Felipe Salomão. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202108054&dt_publicacao=30/11/2017. Acesso em 16 set. 2021

BRASIL, Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Planejamento Estratégico 2021-2023**. Distrito Federal. Disponível em <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/planejamento-estrategico/planejamento-estrategico-2021-2023.pdf>. Acesso em 03 out. 2021