

# 39

## O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE A LGPD E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS NOVOS DIREITOS DO CONSUMIDOR-TITULAR DOS DADOS

**CLAUDIA LIMA MARQUES**

Diretora e Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Professora Permanente do PPGD da UFRGS e UNINOVE. Pós-Doutorado e Doutorado em Direito pela Universidade de Heidelberg. Mestrado em Direito pela Universidade de Tübingen. Relatora-geral da Comissão de Juristas do Senado Federal para a atualização do Código de Defesa do Consumidor. Presidente do Comitê de Proteção Internacional do Consumidor da International Law Association.

**BRUNO MIRAGEM**

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Professor Permanente do PPGD da UFRGS. Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil e Direito Internacional pela UFRGS. Coordenador do Mestrado Profissional em Direito do CERS-CE. Ex-Presidente do BRASILCON.

### INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – denominada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) –, está plenamente em vigor,<sup>1</sup> incluindo as suas sanções e com uma ANPD atuante, cujo primeiro termo de cooperação envolveu a SENACON-MJ.<sup>2</sup> O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, a seguir denominado CDC), uma das leis mais importantes do direito privado, desde março de 1991 em vigor, regula vários aspectos dos bancos de dados negativos e direitos correlatos dos consumidores.<sup>3</sup> A Lei 14.181, de 1º de julho de

<sup>1</sup> Veja MENDES, Laura Schertel. Reflexões iniciais sobre a nova lei geral de proteção de dados. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018, p. 469 e ss.

<sup>2</sup> Veja a notícia de 22.03.2021, in ANPD e Senacon assinam acordo de cooperação técnica – Português (Brasil) ([www.gov.br](http://www.gov.br)). E a íntegra do Acordo ANPD-SENACON em: [https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/acordos-de-cooperacao-upload/acordo\\_anpd\\_senacon\\_assinado.pdf](https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/acordos-de-cooperacao-upload/acordo_anpd_senacon_assinado.pdf). Acesso em 19/09/2022.

<sup>3</sup> MARTINS, Fernando R.; MARQUES, Claudia Lima. Nota à PEC/2019. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 29, n. 128, p. 451-469, mar.-abr. 2020, p. 460: “trata-se de ‘lei transversal’ em amplo

2021, atualizou o CDC acrescentando dois novos capítulos sobre o crédito responsável e a prevenção e o tratamento do superendividamento, expressamente prevendo o dever do fornecedor de consulta aos bancos de dados, observadas as normas do CDC e ao mesmo tempo da legislação de proteção de dados (art. 54-D, II), a bem demonstrar como a defesa do consumidor e a proteção de dados hoje constituem uma simbiose protetiva.<sup>4</sup> Simbiose protetiva essa que é de clara origem constitucional (art. 1º, III; art. 3º, IV; art. 5º, X, XII e XXXII da CF/1988).

Se no mundo do direito há o fenômeno denominado por Erik Jayme<sup>5</sup> como o diálogo das fontes (art. 7º do CDC e art. 64 da LGPD), no mundo dos fatos, como afirmamos: “tudo está se misturando a olhos vistos”<sup>6</sup>... Sim, há uma nova simbiose dos “fazeres” e dos dares, isso é dos “serviços” e dos “produtos”, dos “dados” e do “consumo”, a gratuidade do consumo e a remuneração por dados dos consumidores, as próprias figuras do consumidor e do titular de dados;<sup>7</sup> os controladores de dados e as plataformas de procura e de consumo, as mídias sociais e o consumo, os fornecedores e os intermediários, o consumo *offline* e o consumo *online*. Isso sem falar na nova vulnerabilidade dos consumidores no mundo digital, a vulnerabilidade informacional e a vulnerabilidade técnica dos consumidores.<sup>8</sup> Não há mais diferenças no mundo digital,<sup>9</sup> tudo é consumo<sup>10</sup> e, em tempos de *big data*, *profiling*, *trargeting* e publicidade dirigida ou “sur mesure”, para o mercado o mais importante ‘titular dos dados’ da Lei Geral

diálogo com direitos humanos, direitos fundamentais, direitos da personalidade e, minudentemente, com o microssistema de promoção ao consumidor. Observe-se que entre os arrimos de tutela à proteção dos dados pessoais são designados *interesses constitucionalmente protegidos e tutelados*: i) privacidade; ii) autodeterminação informativa; iii) liberdades fundamentais (expressão, informação, comunicação e opinião); iv) inviolabilidade da intimidade, imagem e honra; v) defesa do consumidor, livre iniciativa e livre concorrência; vi) desenvolvimento econômico, tecnológico e inovação; vii) direitos humanos, livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania pelas pessoas naturais”.

- <sup>4</sup> Veja sobre a nova lei que atualiza o CDC. DI STASI, Mônica; MOURA RIBEIRO, Paulo Dias. O Superendividamento dos consumidores no Brasil: a importância da aprovação da Lei 14.181/2021 em meio a crise econômica gerada pela pandemia da COVID-19. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 136, ano 30, p. 49-65, jul.-ago. 2021, p. 50 e ss.; MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia. Nota à atualização do Código de Defesa do Consumidor para aperfeiçoar a disciplina do crédito, para a prevenção e o tratamento do superendividamento e proteção da pessoa natural. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 136, p. 517-538, jul.-ago. 2021, p. 517 e ss.
- <sup>5</sup> JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. In: JAYME, Erik. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Doordrecht: Kluwer, 1995, p. 259.
- <sup>6</sup> MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, p. 247-268, maio-jun. 2017, p. 249-250.
- <sup>7</sup> Veja MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Novo mercado de consumo ‘simbiótico’ e a necessidade de proteção de dados dos consumidores. In: SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; MELGARÉ, Plínio. *Proteção de dados: temas controvertidos*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 75 e ss.
- <sup>8</sup> Veja MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 102, p. 19-43, nov.-dez. 2015.
- <sup>9</sup> Veja nosso novo livro: MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luis; CARVALHO, Diógenes Faria de; MIRAGEM, Bruno. *Contratos de serviços em tempos digitais*. São Paulo: Ed. RT, 2021, p. 12 e ss.
- <sup>10</sup> MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 125, set.-out. 2019, p. 17-62.

de Proteção de Dados (LGPD) e o que agrega para o mercado mais ‘valor’ (monetização) é o consumidor!

De outro lado, o titular de dados que mais aberto está a dividir seus dados no mundo digital é o consumidor. Como afirma Teubner,<sup>11</sup> os consumidores do século XXI são “sujeitos digitais” usando plataformas e “apps”, que coletam nossos dados e perfis que serão monitorados pelo “big data”<sup>12</sup> e transformados em marketing dirigido e em novos consumos. Assim, esta “simbiose protetiva” – atualmente só se consegue proteger o consumidor, protegendo também seus dados –, é realizada através do diálogo das fontes entre a LGPD e o Código de Defesa do Consumidor, que como demonstraremos neste artigo é um resultado natural do que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro (seja o art. 7º do CDC, como o art. 64 da LAGPD), ainda mais agora com a entrada plena em vigor da LGPD e suas sanções.

O objetivo desta breve reflexão, que reúne textos que já escrevemos e novas reflexões, será confirmar este diálogo entre estas fontes e os novos direitos daí oriundos, assim como analisar o que muda na qualidade esperada de segurança e correção dos dados nas relações de consumo, em especial em contratos de serviços no mundo digital.

Neste texto, gostaríamos de destacar dois aspectos deste diálogo destas fontes, LGPD e CDC: o mandamento legal para este diálogo ou aplicação simultânea e coerente entre as regras destas leis, formando um microsistema coerente<sup>13</sup> de proteção de dados do consumidor como titular de dados no mercado de consumo (Parte I) e os direitos do consumidor resultantes deste diálogo das fontes (Parte II).

## I. DIÁLOGOS ENTRE O CDC E A LGPD

“Diálogo das fontes” é uma expressão visionária, que destaca a força da Constituição (e dos Direitos Fundamentais), assim as fontes plurais não mais se excluem – ao contrário, mantêm as suas diferenças e narram simultaneamente suas várias lógicas (*dia-logos*), cabendo ao aplicador da lei coordená-las (“escutando-as”), impondo soluções harmonizadas e funcionais no sistema, assegurando efeitos úteis a estas fontes, ordenadas segundo a compreensão imposta pelo valor constitucional.

Em livro recente, levantamos as decisões do e. STJ sobre diálogo das fontes.<sup>14</sup> O mestre de Heidelberg, Prof. Dr. Dr. h. c. multi Erik Jayme ensina que, diante do atual “pluralismo pós-moderno”<sup>15</sup> de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgem a necessidade de

<sup>11</sup> TEUBNER, Gunther. *Digitale Rechtssubjekte. Archiv des Civilistische Praxis -AcP* 218, 2018, p. 155 e ss.

<sup>12</sup> Sobre a mudança digital como uma mudança de valor dos “dados”, de uma economia de escassez de dados para uma economia de plataformas, com hiper abundância de dados e bigdata, veja SCHWEITZER, Hei' ke. *Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: ein Perspektivwechsel für die europäische “ Plattform-Regulierung”*. *ZEUP* 1, p. 1-12, 2019, p. 1-2.

<sup>13</sup> Assim MENDES, Laura Schertel Mendes; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, p. 469-483, nov.-dez. 2018, p. 469.

<sup>14</sup> Veja em especial o artigo de MARQUES, Claudia Lima. A teoria do ‘Diálogo das fontes’ hoje no Brasil e os novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. *In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Diálogo das Fontes – novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no Direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2020, p. 43 e ss.

<sup>15</sup> Segundo Erik Jayme, as características, os elementos da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de *le retour des sentiments*, sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos

coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente, coerente e justo.<sup>16</sup> Nasce, assim, a belíssima expressão semiótica de Erik Jayme, do necessário “diálogo das fontes” (*dialogue des sources*),<sup>17</sup> “di-a-logos” (mais de uma lógica) a permitir a aplicação simultânea e coordenada (ou coerente)<sup>18</sup> das plúrimas fontes legislativas convergentes, pois guiadas pelos valores da Constituição (nacionalmente) e dos Direitos Humanos (internacionalmente).<sup>19</sup>

### A) Diálogo e aplicação coerente da LGPD e do CDC: por um microssistema de proteção de dados dos consumidores

Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes, autores do Anteprojeto da LGPD, já afirmavam que este diálogo entre a LGPD e o CDC tem origem legal e como finalidade a formação de um conjunto normativo de proteção, que vamos chamar aqui de microssistema de proteção de dados dos consumidores. Ensinam:

“A Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)... inaugura no Brasil um regime geral de proteção de dados pessoais. A referida Lei vem complementar o marco regulatório brasileiro da Sociedade da Informação ao compor, juntamente com a Lei de Acesso à Informação, o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor, o conjunto normativo que moderniza o tratamento da informação no Brasil. Seu objetivo é proporcionar garantias aos direitos do cidadão,

---

normativos (*Zersplietierung*), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o *double coding*, e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, no direito à diferença e ao tratamento diferenciado dos diferentes ao privilégio dos “espaços de excelência” (JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 36 e ss.). Veja sobre a pós-modernidade: LYOTARD, Jean-François. *Das postmoderne Wissen - Ein Bericht*. Peter Engelmann (Hrsg.). Wien: Passagen Verlag, 1994, p. 13 e ss.

<sup>16</sup> JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne*. In: JAYME, Erik. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Doordrecht: Kluwer, 1995, p. 60-61.

<sup>17</sup> JAYME, op. cit., idem, p. 259. Veja a tradução livre para o português, em meu artigo, MARQUES, Claudia Lima. O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 18-19: “(...) a solução dos conflitos de leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes as mais heterogêneas. Os Direitos Humanos, as Constituições, as Convenções internacionais, as sistemas nacionais: todas estas fontes não se excluem mais mutualmente; elas ‘dialogam’ umas com as outras. Os juízes ficam obrigados a coordenar estas fontes ‘escutando’ o que elas dizem”.

<sup>18</sup> Como ensina SAUPHANOR, Nathalie. *L'Influence du Droit de la Consommation sur le système juridique*. Paris: LGDJ, 2000, p. 31, em direito, a ausência de coerência consiste na constatação de uma antinomia, definida como a existência de uma incompatibilidade entre as diretivas relativas ao mesmo objeto. No original: “En droit, l'absence de cohérence consiste dans la constatation d'une antinomie, définie comme l'existence d'une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet”.

<sup>19</sup> Veja detalhes em MARQUES, Claudia Lima; MAZZUOLI, Valério. O consumidor – “depositário infiel”, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 71, p. 1-32, jul.-set. 2009, p. 1 e ss.

ao mesmo tempo em que fornece as bases para o desenvolvimento da economia da informação, baseada nos vetores da confiança, segurança e valor.”<sup>20</sup>

Realmente, o diálogo destas fontes nestas relações de consumo, envolvendo dados, será sempre múltiplo, entre LGPD e CDC, guiado pelo art. 7º do CDC e pelo art. 64 da LGPD, mas também destes com a Lei de Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011),<sup>21</sup> o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014),<sup>22</sup> o Código Civil (Lei 10.406/2002) e, a depender do consumidor envolvido, com o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), e o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/1990).

Repita-se que dentre os fundamentos da LGPD está relacionada a defesa do consumidor (art. 2º, VI), que também prevê, expressamente, a competência dos órgãos de defesa do consumidor para atuar, mediante requerimento do titular dos dados, no caso de infração aos seus direitos pelo controlador (art. 18, § 8º) e o dever de articulação entre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e outros órgãos titulares de competência afetas a proteção e dados, como é o caso dos órgãos de defesa do consumidor (art. 55-K, parágrafo único).<sup>23</sup> Da mesma forma, a exemplo do que dispõe o art. 7º do CDC em matéria de não exclusão (e cumulação) dos direitos e princípios que consagra em relação àqueles estabelecidos em outras leis, o art. 64 da LGPD, expressamente, consigna: “Art. 64. Os direitos e princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Trata-se da adoção expressa da interpretação sistemática segundo a técnica do diálogo das fontes, ademais desenvolvida no próprio direito do consumidor.<sup>24</sup>

Mencione-se também uma convergência de objetivos, fundamentos, conceitos, princípios estabelecidos pela LGPD e o CDC.<sup>25</sup> O art. 6º da LGPD bem esclarece esta convergência

<sup>20</sup> MENDES, Laura Schertel Mendes; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 120, p. 469-483, nov.-dez. 2018, p. 469-470.

<sup>21</sup> Veja a remissão na Lei 12.414/2011: “Art. 17. Nas situações em que o cadastrado for consumidor, caracterizado conforme a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor, aplicam-se as sanções e penas nela previstas e o disposto no § 2º. § 1º Nos casos previstos no *caput*, a fiscalização e a aplicação das sanções serão exercidas concorrentemente pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de atuação administrativa. § 2º Sem prejuízo do disposto no *caput* e no § 1º deste artigo, os órgãos de proteção e defesa do consumidor poderão aplicar medidas corretivas e estabelecer aos bancos de dados que descumprirem o previsto nesta Lei a obrigação de excluir do cadastro informações incorretas, no prazo de 10 (dez) dias, bem como de cancelar os cadastros de pessoas que solicitaram o cancelamento, conforme disposto no inciso I do *caput* do art. 5º desta Lei. Art. 17-A. A quebra do sigilo previsto na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, sujeita os responsáveis às penalidades previstas no art. 10 da referida Lei, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor)”.

<sup>22</sup> Veja, por todos, MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 106, p. 37-69, jul.-ago. 2016. E no *Marco Civil da Internet*, o art. 3º: “(...) Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>23</sup> Veja MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2019, p. 153-192.

<sup>24</sup> Sobre o tema: MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 67 e ss.

<sup>25</sup> Assim a LGPD: “Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I – o respeito à privacidade; II – a autodeterminação informativa; III – a liberdade de expressão, de informação, de

de princípios, pois dispõe: “As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I – finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II – adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III – necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV – livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V – qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI – transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII – segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII – prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX – não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X – responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas”.

Como ensinam Tamm e Tonner,<sup>26</sup> o objetivo das normas de proteção de dados – proteger as pessoas contra os riscos de uso de seus dados pessoais, proteger seus direitos de personalidade, a integridade e autenticidade de seus dados, a possibilidade de revisão e de anonimização e a transparência no seu compartilhamento e uso – e das normas de direito do consumidor – que visam assegurar a transparência, a autodeterminação, a liberdade de escolha, a proteção contra o assédio e a discriminação, contra o abuso de direito e de preços – convergem, daí que este diálogo de fontes leva à aplicação simultânea e coordenada destas duas ‘lógicas’ ou fontes, com um objetivo único de proteção, da liberdade dos mais fracos e da segurança destes e da sociedade.

Assim, a própria LGPD remete às leis especiais, o CDC, no art. 45: “As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das **relações de consumo** permanecem sujeitas às regras de **responsabilidade** previstas na **legislação pertinente**” (grifo nosso). Como já mencionamos,<sup>27</sup> que hoje há que se priorizar a harmonia e a coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema unitário)<sup>28</sup> e a “coerência derivada ou restaurada” (*cohérence dérivée ou restaurée*),<sup>29</sup> que se fará pelo ‘di-a-logos’ (uso das várias

comunicação e de opinião; IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V – o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI – a livre-iniciativa, a livre concorrência e a **defesa do consumidor**; e VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais” (grifos nossos).

<sup>26</sup> TAMM, Marina; TONNER, Klaus. *Verbraucherschutz*. Baden-Baden: Nomos, 2012, p. 96-97.

<sup>27</sup> MARQUES, Claudia Lima. O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 17 e ss.

<sup>28</sup> Veja SAUPHANOR, Nathalie. *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*. Paris: LGDJ, 2000, p. 23-32.

<sup>29</sup> Expressão de SAUPHANOR, Nathalie. *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*. Paris: LGDJ, 2000, p. 32.

lógicas) e não pela exclusão de uma lei superada pela “lógica” de outra (mono-logos), como nos critérios clássicos de “solução” (superação de uma norma por outra e uso único de uma das leis, com retirada de uma norma do sistema).

Deste diálogo das fontes, retiramos que os dados do consumidor, para os fornecedores de produtos e serviços e os controladores, ganham novo significado: são “pagamento” ou “valor de troca” pela gratuidade de muitos serviços na Internet; são “identificação” do consumidor mesmo, sua conta, seus dados fiscais, seu endereço, fazendo nascer o dever de anonimização; são ‘criação’ do consumidor, como imagens, fotos, desenhos, traduções e demais criações autorais, protegidas também por direitos fundamentais e de personalidade; e são dados que possibilitam o marketing dirigido ou “*sur mesure*”.

Outro resultado deste diálogo é identificar os diferentes fornecedores que participam da relações de consumo, da coleta e do controle dos dados, assim, por exemplo, Lei Geral de Proteção de Dados regula a figura do “operador” e do “controlador”.<sup>30</sup> Assim como a valorização dos princípios, por exemplo, o princípio da transparência está presente (veja os princípios da OEA)<sup>31</sup> na legislação de proteção de dados e no direito do consumidor (art. 4º, *caput*, do CDC).<sup>32</sup> Neste ponto, a atualização do CDC pretende valorizar os princípios de proteção dos dados dos consumidores. Vejamos.

## B) O PL 3.514/2015 de atualização do CDC e sua contribuição ao direito à Autodeterminação informativa e combate à discriminação

Laura Schertel Mendes alerta que há um direito fundamental de proteção de dados no direito brasileiro.<sup>33</sup> E ao comentar, com Gabriel Fonseca, a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.387, 6.388, 6.389, 6.393 e 6.390, afirma que o guardião da Constituição formulou nestes *leading cases*:

“.. uma tutela constitucional mais ampla e abstrata do que o direito à inviolabilidade da esfera íntima e da vida privada. Essa tutela poderá ser aplicada em inúmeros casos futuros envolvendo a coleta, o processamento e o compartilhamento de dados pessoais no Brasil. O conteúdo desse direito fundamental exorbita aquele protegido pelo direito à privacidade, pois não se limita apenas aos dados íntimos ou privados, ao revés, refere-se a qualquer dado que identifique ou possa identificar um indivíduo. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, trata-se de direito autônomo e com contornos próprios, extraído de uma: [C]ompreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no

<sup>30</sup> Schertel Mendes/Doneda, in *RDC* 120, p. 470 e ss.

<sup>31</sup> Preliminary Principles and Recommendations on Data Protection (The Protection of Personal Data), OEA/Ser.G CP/CAJP-2921/10 rev. 1 corr. 1, 17 October 2011. Disponível em: [http://www.oas.org/dil/CP-CAJP-2921-10\\_rev1\\_corr1\\_eng.pdf](http://www.oas.org/dil/CP-CAJP-2921-10_rev1_corr1_eng.pdf). (06.07.2020).

<sup>32</sup> Veja MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Serviços simbióticos do consumo digital e o PL 3514/2015. In: MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luis; CARVALHO, Diógenes Faria de; MIRAGEM, Bruno. *Contratos de serviços em tempos digitais*. São Paulo: Ed. RT, 2021, p. 411 e ss.

<sup>33</sup> Veja, a obra principal: MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

reconhecimento da centralidade do Habeas Data enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa.”<sup>34</sup>

Realmente, há muito a jurisprudência brasileira já identificava a necessidade de proteção dos dados dos consumidores, como projeção de direitos fundamentais e direito próprio de autodeterminação informativa no mercado de consumo, como o agora previsto no PL 3.514/2015 de atualização do CDC, ensinando: “Os direitos à intimidade e à proteção da vida privada, diretamente relacionados à utilização de dados pessoais por bancos de dados de proteção ao crédito, consagram o direito à autodeterminação informativa e encontram guarida constitucional no art. 5º, X, da Carta Magna, que deve ser aplicado nas relações entre particulares por força de sua eficácia horizontal e privilegiado por imposição do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais” (STJ, EDcl no REsp 1.630.659/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 27.11.2018, *DJe* 06.12.2018).

Em outras palavras, há uma autonomia da proteção de dados pessoais,<sup>35</sup> como direito da personalidade,<sup>36</sup> ou a especialização da proteção constitucional à vida privada e à intimidade dando origem a um direito fundamental à proteção de dados pessoais.<sup>37</sup>

A atualização do CDC (PL 3.514/2015) vai nesta direção. A inspiração foi encontrada nas Diretrizes da ONU sobre direitos do consumidor (UNGCP), que são claras ao afirmar o princípio da equivalência/igualdade entre o consumo *on-line* e *off-line*. A Diretriz 5 da UNGCP afirma que são expectativas legítimas do consumidor a equivalência de tratamento e a proteção de sua privacidade: “j) Un grado de protección para los consumidores que recurran al comercio electrónico que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio; k) La protección de la privacidad del consumidor y la libre circulación de información a nivel mundial”.

Também o Mercosul, nos princípios de proteção do consumidor, Resolução 36/19, reconhece “a vulnerabilidade estrutural dos consumidores no mercado” e estabelece que o “sistema de proteção ao consumidor integra-se com as normas internacionais e nacionais e tem o objetivo de proteger o consumidor”<sup>38</sup> incluindo cinco princípios de referência direta ao tema da proteção de dados no mundo digital, a saber:

#### “RES. 36/2019 DE 15 DE JULHO DE 2019, DO GRUPO MERCADO COMUM DO MERCOSUL – DEFESA DO CONSUMIDOR – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

<sup>34</sup> MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. S. da. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados – Comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 130, p. 471-478, jul.-ago. 2020, p. 474-475.

<sup>35</sup> MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (LEI 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, vol. 1009, nov. 2019.

<sup>36</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 51 e ss.

<sup>37</sup> MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 161 e ss. DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (coord.). *Direito digital*. Direito privado e internet. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 35 e ss. Em sua tese doutoral, Danilo Doneda registra interessante assertiva, apontando a trajetória pela qual o direito à privacidade sofre metamorfose da qual resulta a proteção de dados pessoais. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

<sup>38</sup> Veja sobre as origens desta declaração no Projeto argentino, em KLEIN VIEIRA, Luciane. Análisis del anteproyecto de ley de defensa del consumidor de argentina, del 2018, desde las normas del Mercosur. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 124, p. 111-137, jul.-ago. 2019.

Princípio de transparência dos mercados. O sistema de proteção ao consumidor contribui para o alcance da transparência dos mercados. Cada Estado Parte controlará as distorções que a afetem, por meio de seus órgãos competentes;

Princípio de proteção especial para consumidores em situação vulnerável e de desvantagem. O sistema de proteção ao consumidor protege especialmente os grupos sociais afetados por uma vulnerabilidade agravada, derivada de circunstâncias especiais, particularmente crianças e adolescentes, pessoas idosas, pessoas com problemas de saúde ou com deficiência, entre outras;

Princípio antidiscriminatório. O sistema de proteção ao consumidor implementa as ações conducentes a alcançar o objetivo de que no mercado não existam atos ou omissões discriminatórios, conforme o estabelecido nos ordenamentos jurídicos nacionais;

Princípio de Informação. Os fornecedores devem prestar aos consumidores informação clara, verídica e suficiente que lhes permita fazer escolhas adequadas aos seus desejos e necessidades;

Princípio de reparação integral. O sistema de proteção ao consumidor deve assegurar a esta reparação integral em caso de danos derivados das relações de consumo, devendo prever-se a disponibilidade de meios efetivos de solução de controvérsias e de compensação;

Princípio de equiparação de direitos. Os Estados Partes devem esforçar-se para fomentar a confiança no comércio eletrônico, mediante a formulação de políticas transparentes e eficazes. No âmbito da contratação eletrônica, reconhece-se e garante-se um grau de proteção não inferior ao outorgado em outras modalidades de comercialização.”

Também na Resolução do Mercosul sobre comércio eletrônico (Res. 37/2019) se especifica que: “Art. 5º O fornecedor deve outorgar ao consumidor os meios técnicos para conhecimento e correção de erros na introdução de dados, antes de realizar a transação. Igualmente, deve proporcionar um mecanismo de confirmação expressa da decisão de efetuar a transação, de forma que o silêncio do consumidor não seja considerado como consentimento”. Estas regras do Mercosul foram inspiradas no processo de atualização do CDC.

Mencione-se, assim, que o Projeto de Lei 3.514/2015 de atualização do CDC reforça pelo menos cinco dimensões da proteção de dados: a autodeterminação, a privacidade, a transparência, a segurança das informações e o combate à discriminação. O referido Projeto de Lei 3.514/2015 de atualização do CDC e aprovado por unanimidade no Senado Federal, inclui no Código um novo capítulo, que desde sua abertura menciona a privacidade, a autodeterminação e o diálogo com a proteção de dados, cumprindo a ideia de proteção da UNGCP. O PL 3.514/2015 dispõe:

#### “Seção VII – Do Comércio Eletrônico

Art. 45-A. Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e a distância, visando a fortalecer sua confiança e assegurar sua tutela efetiva, mediante a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.”

Também o PLS 281/2012 estabelecia um novo direito do consumidor de autodeterminação afirmativa, mas na versão aprovada como PL 3.514/2015 inclui apenas na lista dos direitos do consumidor os seguintes direitos básicos diretamente ligados à proteção no mundo digital e de compartilhamento de dados:

“Art. 6º (...)

XI – a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico, assim como o acesso gratuito do consumidor a estes e a suas fontes;

XII – a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo;”

Dessa forma, sugerimos que o texto da atualização passe a mencionar, assim como a regra de abertura do capítulo, também a autodeterminação informativa – agora expressa e garantida na LGPD e pelo STF. O texto poderia ser:

“Art. 6º (...)

XI – a *autodeterminação informativa*, a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico, assim como o acesso gratuito do consumidor a estes e a suas fontes;”

Concluindo, o PL 3.514/2015, quando aprovado como atualização do CDC, pode colaborar e muito com este diálogo de fontes entre o CDC e a LGPD. OS Princípios da OEA e do Mercosul (Res. 36/19) já podem ser utilizados através do art. 7º do CDC. Porém, mesmo antes desta aprovação, o diálogo já existente entre o CDC e a LGPD acaba por reforçar a existência de novos direitos do consumidor, oriundos deste diálogo de fontes. Vejamos.

## II – OS DIREITOS DO CONSUMIDOR E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Como frisamos anteriormente, desse diálogo das fontes emergem direitos novos do consumidor no tratamento de seus dados pessoais, o que ocorrerá em virtude de relações de consumo. Vejamos agora, com base em texto já publicado,<sup>39</sup> quais são esses direitos.

### 1. Exigência de prévio e expresse consentimento

A formação de bancos de dados de consumidores, pela incidência em comum da LGPD e do CDC – excluídos os bancos de dados de crédito cuja disciplina especial do art. 43 do CDC e da Lei 12.414/2011 tem precedência – submete-se, necessariamente, à exigência de consentimento expresse do consumidor titular dos dados pessoais. Ordinariamente, relacionam-se como condições para o consentimento que ele tenha sido emitido por vontade livre do titular dos dados, voltado a uma finalidade específica e que tenha sido informado sobre esta finalidade, o processamento e utilização dos dados, bem como da possibilidade de não consentir.<sup>40</sup> O art. 5º, XII, da LGPD, em clara influência do Regulamento Geral europeu sobre proteção de dados, define o consentimento como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.

A rigor, seu significado se identifica com os requisitos que se exigem para a manifestação de vontade do consumidor capaz de vincular-lhe juridicamente. Sabe-se que nos negócios jurídicos de consumo, o silêncio não caracteriza anuência, tampouco convalida o abuso ou a

<sup>39</sup> O texto a seguir é retirado do artigo de MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, vol. 1009, nov. 2019.

<sup>40</sup> SIMITIS, Spiros (Hrsg). *Bundesdatenschutzgesetz*, 8. Auf. Baden-Baden: Nomos, 2014, cit.

ilicitude. A aceitação do consumidor sempre deve ser expressa, ainda que se possa interpretar, naquilo que não se lhe seja oneroso ou determine prejuízo, o consentimento tácito, segundo os usos. No caso do consentimento, para o tratamento de dados (art. 7º, I, da LGPD) observam-se requisitos substanciais e formais.

### 1.1 Requisitos substanciais e formais do consentimento

São requisitos substanciais os que digam respeito à qualidade do consentimento. Conhecimento e compreensão por aquele de quem se requer o consentimento são elementos essenciais para sua configuração.<sup>41</sup> Daí o sentido de que se trate de uma manifestação de vontade livre – significa dizer, isenta de pressões ou ameaças diretas ou indiretas que contaminem a decisão do consumidor. Neste particular, o art. 8º, §3º, inclusive faz referência expressa aos vícios do consentimento, o que remete, no direito atual, aos defeitos do negócio jurídico previstos no Código Civil (em especial, o erro, o dolo, a coação, a lesão e o estado de perigo, art. 138 e ss.). Da mesma forma, de ve-se recordar da violação da qualidade de consentimento que informa a abusividade das cláusulas contratuais, quando a aceitação do consumidor é colhida sem conhecimento efetivo do conteúdo da sua deliberação e/ou de suas repercussões concretas – como ocorre na hipótese do art. 46 do CDC.

Exige-se também que seja uma manifestação de vontade informada. O consentimento informado é tema cujo significado, no direito brasileiro, já possui boa densidade, em especial no tocante aos deveres pré-negociais de profissionais liberais que assuma obrigações de meio (tais como médicos ou advogados), assim como, em geral no âmbito dos serviços de saúde, como expressão da autodeterminação do paciente. Nas relações de consumo, e informado pela boa-fé, a noção de consentimento informado firma-se em termos amplos não apenas com o reconhecimento de um dever de repassar informações àquele que deve manifestar seu consentimento, mas um autêntico dever de esclarecimento (esclarecer = tornar claro), de modo a reconhecer o dever daquele a quem compete informar, de tornar estas informações compreensíveis para o destinatário. Neste caso, só é reconhecido como eficaz o consentimento quando aquele que manifesta vontade teve as condições plenas de compreender o conteúdo da sua decisão e de que modo ela repercute em relação aos seus interesses pressupostos. Consentimento daquele que decide a partir de informações incorretas ou incompletas não é reconhecido como tal, de modo a tornar ilícita, no âmbito do tratamento dos dados pessoais, quaisquer operações que venham a se basear nele.

Da mesma forma há exigência legal expressa de que a manifestação de consentimento deve se dar em vista de finalidades determinadas para a utilização dos dados, sendo nulas as manifestações que se caracterizem como autorizações genéricas para o tratamento de dados (art. 8º, § 4º, da LGPD). Deste modo é correto entender que a declaração de vontade do titular dos dados vincula-se expressamente a certas e determinadas finalidades. Há evidente controle sobre o conteúdo da manifestação da vontade, inclusive quanto a seus termos específicos, de modo que não poderão ser redigidos de modo exemplificativo, senão que a manifestação de vontade exaure as hipóteses de uso admitidas.

Por fim, a lei define que a manifestação deve ser inequívoca. Assume o sentido de que o consentimento, quando expresso pelo consumidor, deve ser compreendido por ele como tal. Visa-se impedir a manipulação da vontade daquele do titular dos dados.<sup>42</sup> Ou seja, a rea-

<sup>41</sup> BEYLEVELD, Deryck; BROWSWORD, Roger. *Consent in the law*. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 145 e ss.

<sup>42</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais cit.*, p. 198.

lização do consentimento deve ser perceptível pelo consumidor, após ser informado sobre sua repercussão, circunstância que terá especial relevância quando venha a ser manifestado por meio eletrônico, exigindo-se nesta circunstância que a forma ou o momento de realização do consentimento (p.ex., mediante um clique, a digitação de uma senha, ou a indicação do desenho, imagem ou letras que constem na tela) seja devidamente identificada como tal. Neste sentido percebe-se a regra do art. 9º, § 1º, que comina de nulidade o consentimento obtido mediante fornecimento de informações de conteúdo enganoso ou abusivo, que devem ser compreendidas como aquelas que faltam ao dever de veracidade ou clareza, assim como possam induzir em erro o titular dos dados.

A exigência de que o consentimento seja inequívoco associa-se a requisitos formais definidos pela lei. O art. 8º, *caput*, da LGPD, estabelece que o consentimento “deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular”. A exigência de consentimento escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação da vontade do titular revela o propósito de assegurar a certeza sobre a existência do consentimento e seu objeto. E no caso de o consentimento ser fornecido por escrito, o § 1º do art. 8º da LGPD define, ainda, que deverá constar em cláusula destacada “das demais cláusulas contratuais”. Lendo de outro modo: integrando um determinado instrumento contratual, a cláusula que preveja o consentimento do titular deve constar em destaque em relação às demais, justamente para permitir ser identificado como tal por aquele que venha a consentir.

No caso em que o consentimento refira-se ao tratamento de dados sensíveis, assim entendidos aqueles “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art. 5º, II, da LGPD), incide regra que delimita de forma mais estrita a manifestação de vontade do titular dos dados (art. 11, I, da LGPD). Dispõe que será admitido o tratamento de dados sensíveis “quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas”. Ao contrário do consentimento em relação aos demais dados pessoais, quanto aos dados sensíveis – por sua óbvia repercussão em vista dos riscos de agravamento e extensão dos dados ao titular dos dados – exige, a lei, que a manifestação de vontade seja dada “de forma específica e destacada, para finalidades específicas”. A exigência de forma específica e destacada implica no exame do contexto da manifestação de vontade. Se em texto escrito, o destaque se faz de modo que a manifestação de vontade se possa distinguir facilmente do restante das cláusulas e condições presentes. Pode ser apartada ou não do texto ou do instrumento principal, recordando-se que o ônus da prova de atendimento deste requisito será daquele que colher o consentimento, e em última análise, do controlador dos dados. É consentimento específico, para finalidades específicas, o que indica que a manifestação de vontade em consentir com o tratamento dos dados pelo titular deve se dar direta e objetivamente vinculado a certas finalidades expressas, sendo a interpretação neste caso, restritiva.

## 1.2 Ônus da prova da regularidade do consentimento

O ônus de demonstrar a correta obtenção e manifestação do consentimento nos termos da lei é atribuído expressamente ao controlador dos dados (art. 8º, § 2º, da LGPD). Controlador é aquele a quem compete a decisão relativa ao tratamento de dados pessoais. No caso da relação de consumo, pode ser que o próprio fornecedor tenha este poder, porque coletou os dados para ele próprio incrementar suas decisões negociais, ou pode ser gestor do banco de dados ao decidir partilhamento. O elemento nuclear da definição de controlador, nestes termos será aquele que

tenha poder de decisão sobre os dados, e cuja atuação, desta forma, repercuta sobre o interesse dos respectivos titulares, em especial nos casos em que se verifique a violação de seus direitos.

A atribuição do ônus da prova da regularidade aos controladores de dados, neste sentido, termina por lhes impor a necessidade de organizar meios de obtenção e arquivamento dos respectivos consentimentos dos titulares, sejam eles dados por escrito ou por outros meios previstos na lei. Atribuído o ônus da prova nos termos da lei, se o controlador não demonstrar que obteve o consentimento do titular dos dados, presume-se a utilização indevida dos dados, submetendo-se às sanções previstas na LGPD.

## 2. DIREITOS SUBJETIVOS DO TITULAR DOS DADOS

A eficácia da proteção dos interesses do titular dos dados, segundo a técnica legislativa adotada pela LGPD implica reconhecer e assegurar os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, de acordo com a estrutura normativa definida pela lei (art. 17). Nos mesmos termos, define uma série de direitos subjetivos específicos do titular de dados, em relação aos quais corresponde ao controlador uma situação jurídica passiva, do dever de realizar seu conteúdo.

### 2.1 Confirmação da existência de tratamento

O titular dos dados tem o direito à confirmação da existência de tratamento de seus dados pessoais. Observe-se que o tratamento de dados pode se dar mediante consentimento do titular dos dados, hipótese na qual, como regra, não há razão para que o confirme aquilo em relação ao que anuiu. Porém, se admite o tratamento de dados em outras diferentes situações previstas na lei (art. 7º, II a X, da LGPD), na qual poderá não existir o consentimento prévio do titular. Da mesma forma, em relação aos dados “tornados manifestamente públicos” pelo titular, é dispensado o consentimento, o que não afasta seu direito de ter ciência sobre a existência do tratamento. Ou ainda, é o que ocorre em relação aos dados pessoais sensíveis nos quais se dispensa o consentimento nos casos em que o tratamento se dirige ao cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, ou de modo compartilhado, quando necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos (art. 11, § 2º, da LGPD).

O direito de confirmação do tratamento é exercido perante o controlador mediante requerimento do titular dos dados (art. 19 da LGPD), que poderá requerê-lo em formato simplificado ou mediante declaração clara e completa na qual indique a origem dos dados, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, observados os segredos comercial e industrial”. No caso de ser requerido em formato simplificado, o que é próprio daquele que pretenda apenas confirmar a existência ou não do tratamento, a resposta do controlador deve ser imediata, o que permite inclusive, a utilização de meios de comunicação instantânea. Requerendo, o titular dos dados, declaração mais completa, a lei define que deverá indicar a origem dos dados, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, observados os segredos comercial e industrial, hipótese em que deverá ser fornecida pelo controlador no prazo de até 15 dias. A lei prevê a possibilidade deste prazo ser alterado, por regulamento, para setores específicos (art. 19, § 4º). O atendimento do requerimento do titular dos dados poderá se dar por meio eletrônico ou sob a forma impressa (art. 19, § 2º, da LGPD).

### 2.2 Acesso aos dados

O direito subjetivo do titular de acesso a dados relaciona-se ao princípio do livre acesso, e compreende a possibilidade reconhecida de consulta facilitada e gratuita sobre os dados a

seu respeito de que dispõe o controlador, assim como a forma do tratamento dos dados. No âmbito das relações de consumo, o acesso aos dados relaciona-se ao direito à informação do consumidor, que deve ser assegurado não apenas com atenção aos produtos e serviços específicos objeto de contrato de consumo, senão no tocante a todos aspectos de seu relacionamento com o fornecedor direto e demais integrantes da cadeia de fornecimento. Este sentido já transparecia desde a edição do CDC em relação aos bancos de dados de que trata seu art. 43 e o dever de notificação e acesso aos dados arquivados.

Segundo a disciplina estabelecida pela LGPD, o dever do controlador de assegurar o direito do titular de acesso aos dados é amplo. Compreende as diferentes fases, desde a coleta dos dados e do consentimento, durante o período em que se der o tratamento, e inclusive após seu encerramento. O art. 9º da LGPD define em caráter exemplificativo – que poderão ser estendidas por intermédio de regulamento à lei – das informações sobre o tratamento que devem ser prestadas ao titular dos dados, tais como: a finalidade específica do tratamento; sua forma e duração; a identidade do controlador e suas informações de contato; as informações sobre o uso compartilhado dos dados e sua finalidade; a responsabilidade dos agentes que vão realizá-lo; e os direitos assegurados aos titulares dos dados. Embora a norma não seja explícita a respeito, deve-se entender que tais informações, quando se trate de tratamento que se submeta a consentimento prévio, deverão ser prestadas antes da manifestação de vontade do titular dos dados. É conclusão a que se chega tanto em termos lógicos – uma vez que são informações necessária à própria viabilidade do exercício do direito de acesso em muitos casos, quanto pela interpretação do § 1º do mesmo art. 9º da LGPD, o qual refere que “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”. As informações em questão, a toda evidência, são aquelas do caput do mesmo artigo.

Porém, nada impede que nas demais hipóteses em que se admite o tratamento de dados independentemente do consentimento do seu titular, ou porque a lei autoriza com fundamento em outras situações, ou porque expressamente dispensa, a garantia do direito de acesso se mantêm. Neste caso, tanto em relação às informações a que se refere o art. 9º, quanto, propriamente, do conteúdo dos dados pessoais que estão sendo objeto de tratamento.

Há hipóteses em que o acesso a dados será objeto de regulamentação, caso daqueles que sirvam a estudos de saúde pública (art. 13, § 3º, da LGPD).

As mesmas regras sobre o requerimento do titular dos dados no exercício do direito de confirmação do tratamento se aplicam para o caso de pretender o acesso aos dados (nos termos do art. 19 da LGPD). Assim, pode o titular dos dados requerer o acesso de modo simplificado, a ser prestada imediatamente, ou declaração completa por parte do controlador (contendo a origem dos dados, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, dentre outras informações), hipótese em que fica submetida ao prazo de até 15 dias para atendimento do requerimento, que a lei prevê poder ser alterado, em regulamento, para setores específicos.

Também coincide a forma de atendimento do requerimento do titular dos dados, que poderá ser por meio eletrônico, seguro e idôneo para esse fim, ou de modo impresso. Tendo o tratamento sido objeto de consentimento específico ou tendo sido previsto em contrato, poderá o titular dos dados solicitar que a resposta do controlador compreenda cópia eletrônica integral de seus dados pessoais, observados os segredos comercial e industrial, “em formato que permita a sua utilização subsequente, inclusive em outras operações de tratamento.” (art. 19, § 3º, da LGPD). O modo de atendimento a esta solicitação do titular dos dados poderá ser detalhado em regulamento da lei.

### 2.3 Correção dos dados

A proteção de dados pessoais como direito da personalidade e direito fundamental pressupõe a autodeterminação do titular dos dados sobre sua utilização, ou o tratamento destes dados de acordo com finalidades legítimas previstas em lei. Esta dimensão pressupõe a legitimidade do acesso aos dados do titular mediante seu consentimento ou, como já foi mencionado, para finalidades previstas em lei. Outra dimensão, contudo, diz respeito ao risco que o próprio tratamento de dados implica, de que informações incorretas sejam associadas a uma determinada pessoa, causando-lhe prejuízo.

Daí o direito do titular dos dados à correção dos dados objeto de tratamento. Trata-se de direito que já era consagrado no art. 43 do CDC e também na Lei 12.414/2011, sobre o “cadastro positivo”. Revela-se pela posição ativa do titular de exigir a retificação dos dados incorretamente arquivados perante o controlador. O art. 18, III, da LGPD estabelece o direito do titular à correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados. O direito subjetivo à correção dos dados abrange, portanto, a pretensão do titular de exigir que sejam completos, exatos e atualizados. Isso é especialmente relevante quando em razão destes dados possam ser definidas certas condições para contratação, acesso ao crédito ou a determinadas ofertas e vantagens ao consumidor. A incorreção dos dados pode dar causa a inconvenientes (recorde-se a possibilidade de ser importunado por ligações telefônicas ou mensagens dirigidas a outras pessoas por um equívoco de registro do número de telefone), ou consequências mais graves (e.g. dados incorretos sobre a saúde do titular arquivados por um hospital ou outro prestador de serviços de saúde).

O direito à correção dos dados é exercido mediante requerimento ao controlador ou ao operador dos dados. No caso de compartilhamento dos dados, aquele que recebe o requerimento do titular deve comunicar imediatamente a todos com quem tenha compartilhado os dados, para que adotem o mesmo procedimento de correção (art. 18, § 6º, da LGPD). No âmbito das relações de consumo, todos se equiparam a fornecedor para efeito de exigência do dever ou a responsabilidade por sua violação.

### 2.4 Anonimização

O direito à anonimização dos dados é um dos principais recursos destinados a preservar a privacidade do titular dos dados (art. 18, IV). Anonimização implica tornar anônimo, impedindo a associação entre o titular dos dados e as informações objeto de tratamento. Segundo a definição legal, compreende a “utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo”. A anonimização compreende uma alteração da disposição inicial dos dados, de modo a não permitir a identificação do titular, de modo que compreende mais o resultado do que o caminho para alcançá-lo, ainda que a rigor, o anonimato absoluto no mundo digital, hoje, seja uma ilusão.<sup>43</sup> Afinal, há sempre elementos passíveis de identificação, como o endereço de IP do computador, dados em um telefone celular, de cartões de crédito, chips RFID,<sup>44</sup> ou outros que permitam uma associação a determinada pessoa e fornecer um

<sup>43</sup> HÄRTING, Niko. Anonymität und Pseudonymität im Datenschutzrecht, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29. Munich: C.H. Beck, 2013, p. 2065-2071.

<sup>44</sup> HACKENBERG, Wolfgang. Big data. In: HOEREN, Thomas; SIEBER, Ulrich; HOLZNAGEL, Bernd (Hrsg.). *Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*. 37. Auf. Teil, 16.7, Rn 13, EL juli/2017.

A portabilidade dos dados se dá, sobretudo, nc assegurar concretamente a liberdade de escolha em relação à contratos de duração, nos quais, p regulamentada-se a possibilidade de “portabilidad boa doutrina nacional, mesmo antes da edição d com o direito do consumidor e, sobretudo, da con da portabilidade dos dados, além de violar o di infração à ordem econômica.<sup>45</sup>

Neste caso “portabilidade” do contrato que fornecedor contrato de prestação de serviços qu atualmente, por exemplo, na denominada “portat ços de telecomunicações (“portabilidade” do núm pode abranger dados relativos à saúde do titular (art. 11, § 4º, I, da LGPD), hipótese que pode a assistência à saúde, por exemplo. O direito à port a liberdade de celebrar novo contrato levando cor anterior, de modo a evitar solução de continuidade acordo com a sua necessidade.

Por outro lado, com o objetivo de assegurar a confere à Autoridade Nacional de Proteção de Da de interoperabilidade para, dentre outros fins, p portabilidade dos dados pessoais não abrange, a mento em decorrência da técnica ou dos critérios requerido para os elimine nos casos previstos na

De modo a viabilizar a portabilidade dos da Proteção de Dados competência regulamentar p entre sistemas (art. 40 da LGPD).

---

<sup>45</sup> CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de a consumidor e proteção de dados*. Rio de Janeiro: Lun

## 2.6 Eliminação dos dados

A autodeterminação que informa a disciplina da proteção dos dados pessoais também abrange a possibilidade de eliminação dos dados objeto de tratamento. A eliminação dos dados é consequência lógica da possibilidade de revogação do consentimento para tratamento.

Neste particular, refira-se que o término do tratamento dos dados implica a exigência de sua eliminação, nos termos do art. 16 da LGPD. Esta mesma norma, todavia, refere ser autorizada a conservação dos dados para as finalidades de “I – cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; II – estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais; III – transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou IV – uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados”.

Este direito à eliminação dos dados contrapõe-se à possibilidade de manutenção dos dados em arquivo, porém interditando sua utilização. Admitir-se a manutenção dos dados sem a possibilidade de utilização é solução que aumenta os riscos de uso indevido ou vazamento. Daí porque se justifica a manutenção apenas segundo as finalidades previstas na lei (art. 16, I a IV), ou com os cuidados que preceitua (em especial, a anonimização). Registre-se, ainda, o dever do controlador de comunicar imediatamente àqueles com quem tenha compartilhado os dados, para que adotem o mesmo procedimento de eliminação (art. 18, § 6º, da LGPD).

## 2.7 Informação sobre compartilhamento

O titular dos dados tem direito de requerer do controlador informação de quais entidades públicas ou privadas realizou o uso compartilhado dos dados (art. 18, VII, da LGPD). As informações sobre o compartilhamento dos dados justificam-se para que o titular tenha conhecimento sobre qual o uso e que pessoas tiveram acesso aos dados.

Recorde-se, contudo, que o compartilhamento de dados pessoais pelo controlador (independentemente de ser pessoa jurídica de direito público ou de direito privado) supõe o consentimento do titular, exceto nas hipóteses em que a lei o dispensa. São os casos do uso para execução de políticas públicas (art. 7º, III, e 11, II, “b”, da LGPD), por exemplo. Da mesma forma, observam-se as restrições de compartilhamento de dados pelo Poder Público (art. 26 da LGPD).

## 2.8 Revogação do consentimento

O direito à revogação do consentimento é inerente à autodeterminação do titular dos dados. Pode consentir com o tratamento e alterar sua decisão, revogando o consentimento. A possibilidade do exercício do direito à revogação deve ser dado de modo por procedimento gratuito e facilitado (art. 8º, § 5º, da LGPD). A rigor, no mínimo se deve exigir que seja oferecido o mesmo meio para revogação daquele que se serviu o controlador para obter o consentimento, sendo sua eficácia a partir de quando é manifestado (*ex nunc*).<sup>46</sup> O direito de revogar relaciona-se também com o direito de informação do titular dos dados sobre a possibilidade e as consequências da revogação, inclusive sobre a eventualidade dela não impedir a continuidade do tratamento nas hipóteses que a lei estabelece.

<sup>46</sup> Assim como é da tradição da legislação de proteção de dados, conforme assinala RESTA, Giorgio. *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali. Rivista Critica del Diritto Privato*, Bologna, ano XVIII, n. 2, giugno 2000, p. 299 e ss.

### 3. RESPONSABILIDADE PELOS DANOS AOS CONSUMIDORES TRATAMENTO INDEVIDO DE DADOS PESSOAIS

Em relação aos danos causados em relação ao tratamento indevido de dados pessoais, é necessário que se compreenda a existência de um dever de segurança imputável aos agentes de tratamento (controladores e operadores de dados), que é segurança legitimamente esperada daqueles que exercem a atividade em caráter profissional, e por esta razão presume-se que tenham a expertise suficiente para assegurar a integridade dos dados e a preservação da privacidade de seus titulares. Daí porque a responsabilidade dos agentes de tratamento decorre do tratamento indevido ou irregular dos dados pessoais do qual resulte o dano. Exige-se a falha do controlador ou do operador, que caracteriza o nexo causal do dano. Contudo, não se deve perquirir se a falha se dá por dolo ou culpa, senão que apenas sua constatação é suficiente para atribuição da responsabilidade, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do titular dos dados, nas mesmas hipóteses de hipossuficiência e verossimilhança que a autorizam no âmbito das relações de consumo (art. 42, § 2º, da LGPD).

O art. 44 da LGPD define que “o tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo pelo qual é realizado; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado”. A técnica legislativa empregada na LGPD aproxima-se notoriamente daquela adotada pelo CDC ao disciplinar o regime do fato do produto e do serviço, em especial na definição dos critérios a serem considerados para determinação do atendimento ao dever de segurança.

Note-se que a regra coloca em destaque, assim como ocorre em relação à responsabilidade do fornecedor no CDC, a questão relativa aos riscos do desenvolvimento, uma vez que delimita a extensão do dever de segurança àquela esperada em razão das “técnicas de tratamento de dados disponíveis à época em que foi realizado”. Isso é especialmente relevante considerando a grande velocidade do desenvolvimento da tecnologia no tratamento de dados, e os riscos inerentes, em especial as situações de vazamento e acesso não autorizado de terceiros aos dados armazenados pelo controlador ou pelo operador. Nestas hipóteses trata-se de definir em relação ao controlador e operador dos dados, se seria possível identificar um dever de atualização técnica imputável, e nestes termos, eventual adoção de novas técnicas que permitam o uso indevido do dado, especialmente por terceiros, venha a caracterizar espécie de risco inerente (fortuito interno), que não exclui sua responsabilidade pelos danos que venham a suportar os titulares dos dados; ou se delimitação quanto às técnicas disponíveis à época em que foi realizado o tratamento exclui eventual responsabilização do controlador e do operador pelo desenvolvimento tecnológico que permita obtenção de dados ou tratamento indevido por terceiros, desviado da finalidade originalmente prevista. Em outros termos, trata-se de situar, em relação à responsabilidade pelos danos causados em relação ao tratamento indevido de dados, qual o lugar dos riscos do desenvolvimento, considerando, neste caso, a própria previsibilidade de uma atualização e avanço técnico em atividades vinculadas à tecnologia da informação, mais veloz do que em outras atividades econômicas.

Os danos causados pelo tratamento indevido de dados pessoais dão causa à pretensão de reparação dos respectivos titulares dos dados pelos danos patrimonial e moral, individual ou coletivo. Responde pela reparação o controlador e o operador dos dados. No caso do operador, segundo o regime estabelecido pela LGPD, responderá solidariamente pelos danos causados quando descumprir as obrigações definidas na lei ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, “hipótese em que o operador equipara-se ao controlador”

(art. 42, § 1º, I). Já os controladores que estiverem “diretamente envolvidos” no tratamento do qual decorram danos ao titular dos dados, também responderão solidariamente pela reparação (art. 42, § 1º, II). Deve-se bem compreender do que se tratam as situações em que o controlador dos dados esteja “diretamente envolvido”, afinal, a ele cabe o tratamento de dados, diretamente, ou por intermédio dos operadores. Afinal, ao controlador competem “as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” (art. 5º, VI, da LGPD). O operador, de sua vez, “realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador” (art. 5º, VII, da LGPD). Nestes termos, as condições de imputação de responsabilidade do controlador e do operador pelos danos decorrentes do tratamento indevido dos dados serão: a) a identificação de uma violação às normas que disciplinam o tratamento de dados pessoais; e b) a existência de um dano patrimonial ou extrapatrimonial (moral) ao titular dos dados. Para a imputação de responsabilidade de ambos não se exigirá a demonstração de dolo ou culpa (é responsabilidade objetiva). Da mesma forma, é correto compreender da exegese da lei, e em razão da própria essência das atividades desenvolvidas, que responderão solidariamente, de modo que o titular dos dados que sofrer o dano poderá demandar a qualquer um deles, operador ou controlador, individualmente ou em conjunto.

Tratando-se de danos a consumidores decorrentes do tratamento indevido de dados, contudo, o art. 45 da LGPD, ao dispor que “as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”, conduzem tais situações ao regime do fato do serviço (art. 14 do CDC). Neste caso, controlador e operador de dados respondem solidariamente assim como outros fornecedores que venham intervir ou ter proveito do tratamento de dados do qual resulte o dano. Neste caso, incidem tanto as condições de imputação da responsabilidade pelo fato do serviço (em especial o defeito que se caracteriza pelo tratamento indevido de dados, ou seja, desconforme à disciplina legal incidente para a atividade), quanto as causas que porventura possam excluir eventual responsabilidade do fornecedor (art. 14, § 3º), que estão, porém, em simetria com o disposto no próprio art. 43 da LGPD. Outro efeito prático da remissão do art. 45 da LGPD ao regime de reparação próprio da legislação de proteção do consumidor será a submissão de eventuais pretensões de reparação dos consumidores ao prazo prescricional previsto no seu art. 27 do CDC, de cinco anos contados do conhecimento do dano ou de sua autoria.

### 3.1 Disciplina especial da proteção de dados pessoais sensíveis

A proteção de dados pessoais como expressão de uma dimensão de proteção da pessoa humana encontra maior fundamento e extensão no tocante aos denominados *dados pessoais sensíveis*. A LGPD define os dados pessoais sensíveis como aqueles “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art. 5º, II). Evidencia-se da definição que a natureza sensível do dado em questão refere-se à potencialidade de sua utilização de modo a dar causa à discriminação proibida do titular dos dados, em ofensa aos direitos fundamentais de liberdade e igualdade assegurados pela Constituição. Sobretudo se for considerada a utilização, no tratamento de dados, a partir de modelos automatizados, e para fins diversos, inclusive – nas relações de consumo – sobre a decisão do fornecedor de contratar ou não com determinado consumidor, ou as condições em que deva fazê-lo. Situações que, baseando-se na distinção a partir dos dados considerados sensíveis, caracterizarão conduta abusiva, proibida por lei, a ensejar sua rejeição pelo Direito nos diferentes planos, da responsabilização

civil, penal e administrativa, assim como fundamentando providências processuais de modo a inibir ou fazer cessar a lesão.

A disciplina especial da proteção de dados sensíveis fixada pela LGPD tem a finalidade de prevenir e reduzir os riscos de discriminação em razão dos critérios proibidos pela Constituição, a partir da delimitação mais estrita das condições do seu tratamento. Conforme já foi mencionado, quanto aos dados pessoais sensíveis, o próprio consentimento do titular dos dados para tratamento é exigido que seja feito “de forma específica e destacada” vinculado a “finalidades específicas” (art. 11, I, da LGPD). Não se admite, portanto, um consentimento genérico, tampouco que se insira sem destaque em condições gerais contratuais, sem o devido destaque. Igualmente, não se autoriza qualquer espécie de presunção sobre o conhecimento prévio do consumidor da finalidade específica ao prestar o consentimento, para o que se atribui o ônus de demonstrar o regular atendimento das condições previstas na lei.

As hipóteses em que é autorizado o tratamento dos dados independentemente do consentimento do titular dos dados, da mesma forma, devem ser interpretadas restritivamente. São definidas no art. 11, II, da LGPD. Tratam-se de situações em que o controlador esteja cumprindo obrigação legal ou regulatória; ou que os dados sirvam à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em lei ou regulamento; da mesma forma, para realização de estudos por órgão de pesquisa em relação a dados anonimizados; para o exercício regular de direitos no processo judicial, administrativo ou arbitral; para proteção da vida ou incolumidade do titular ou de terceiro; para tutela da saúde; ou em garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular.

A LGPD prevê, igualmente, a possibilidade de ser estabelecida restrição ao tratamento de dados sensíveis, ao definir que sua comunicação ou uso compartilhado com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou regulamentação por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências (art. 11, § 3º). Da mesma forma, é vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º do art. 11, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular ou as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de saúde (art. 11, § 4º, I e II, da LGPD).

### **3.2 Disciplina especial da proteção de dados de crianças e adolescentes**

Quando o titular dos dados seja crianças e adolescentes, informa a disciplina sua proteção a doutrina do melhor interesse, fundada no art. 227 da Constituição da República. Não podem elas próprias manifestar consentimento válido. Daí porque a lei exige que o consentimento específico seja realizado por pelo menos um dos pais ou pelo representante legal (art. 14, § 1º, da LGPD).

Será definida um procedimento que assegure a publicidade sobre os termos do tratamento de dados, definindo que os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, sua utilização e os procedimentos para exercício dos direitos pelo titular dos dados (art. 14, § 2º, da LGPD). Admite, contudo a possibilidade de coleta de dados pessoais de crianças sem consentimento, se forem utilizados para contatar pais ou responsáveis uma única vez, sem armazenamento, ou para sua proteção, sem possam ser repassados a terceiros.

A coleta dos dados deve se dar de forma leal, considerando a vulnerabilidade agravada das crianças e adolescentes. Para tanto, compete ao controlador realizar “todos os esforços razoáveis” para determinar que o consentimento tenha sido realmente dado pelos pais ou responsáveis pelo titular dos dados. Da mesma forma, não pode o controlador condicionar a participação das crianças e adolescentes em jogos, aplicações de internet ou outras atividades, ao fornecimento de informações pessoais “além das estritamente necessárias à atividade” (art. 14, § 4º, da LGPD). No âmbito das relações de consumo, o art. 39, IV, do CDC, define como prática abusiva “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. A utilização de jogos, aplicações de internet ou outros meios para coletar dados de consumidores crianças e adolescentes revela um prevalecimento de sua vulnerabilidade agravada, contaminando o posterior tratamento destes dados e a finalidade para as quais forem utilizados (especialmente para direcionamento ou segmentação de ofertas de produtos ou serviços).

Há, da mesma forma, um dever de informar qualificado em relação ao tratamento de dados de crianças e adolescentes, considerando tanto a capacidade de compreensão do titular dos dados, quanto de seus pais ou responsáveis. Para tanto, o art. 14, § 6º, da LGPD, define que tais informações deverão ser fornecidas “de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado”, no que se conforma ao dever de esclarecimento previsto também no CDC.

Por fim, sem queres fazer uma conclusão, podemos resumir que o diálogo entre a LGPD e o CDC, não só forma um microsistema protetivo de proteção de dados do consumidor, mas consolida vários direitos novos dos consumidores como o direito de acesso aos dados, de confirmação de existência de tratamento, o direito de retificação/Correção, o de Anonimização, de bloqueio e mesmo de esquecimento, o direito de oposição, a portabilidade, o direito de eliminação de dados, o direito de explicação, de informação do compartilhamento, de auditoria, o direito à qualidade dos dados, à autodeterminação e à revogação do consentimento, além daqueles já assegurados pelo art. 43 do CDC.

Espera-se que com o desenvolvimento da cultura de proteção de dados em nosso país, o número de vazamentos de dados de consumo e de violações dos direitos do consumidor diminuam. Neste tema, a aprovação do PL 3.514/2015 de atualização do CDC para o mundo digital ajudaria e em muito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação e consumo: a proteção da privacidade do consumidor no mercado contemporâneo da oferta. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 88, p. 145-174, jul.-ago. 2013.
- BEYLEVELD, Deryck; BROWSWORD, Roger. *Consent in the law*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de dados: interface entre a defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- DI STASI, Mônica; MOURA RIBEIRO, Paulo Dias. O superendividamento dos consumidores no Brasil: a importância da aprovação da Lei 14.181/2021 em meio a crise econômica gerada pela pandemia da COVID-19. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, v. 136, ano 30, p. 49-65, jul.-ago. 2021.

- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (coord.). *Direito digital*. Direito privado e internet. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais: construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.
- DUQUE, Marcelo Schenk; HARFF, Graziela. Publicidade digital sur mesure e proteção de dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 132, p. 237-267, nov.-dez. 2020.
- HACKENBERG, Wolfgang. Big data. In: HOEREN, Thomas; SIEBER, Ulrich; HOLZNAGEL, Bernd (Hrsg.). *Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*. 37. Auf, Teil, 16.7, Rn 13, EL juli/2017.
- HÄRTING, Niko. Anonymität und Pseudonymität im Datenschutzrecht, *Neue Juristische Wochenschrift*, 29. Munich: C.H. Beck, 2013, p. 2065-2071.
- JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. In: JAYME, Erik. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Doordrecht: Kluwer, 1995.
- KLEIN VIEIRA, Luciane. Análisis del anteproyecto de ley de defensa del consumidor de argentina, del 2018, desde las normas del Mercosur. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 124, p. 111-137, jul.-ago. 2019.
- LYOTARD, Jean-François, *Das postmoderne Wissen - Ein Bericht*, Peter Engelmann (Hrsg.). Wien: Passagen Verlag, 1994.
- MARQUES, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 111, p. 247-268, maio-jun. 2017, p. 249-250.
- MARQUES, Claudia Lima. A teoria do 'Diálogo das fontes' hoje no Brasil e os novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Diálogo das Fontes - novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia. Nota à atualização do Código de Defesa do Consumidor para aperfeiçoar a disciplina do crédito, para a prevenção e o tratamento do superendividamento e proteção da pessoa natural. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 136, p. 517-538, jul.-ago. 2021.
- MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luis; CARVALHO, Diógenes Faria de; MIRAGEM, Bruno. *Contratos de serviços em tempos digitais*. São Paulo: Ed. RT, 2021.
- MARQUES, Claudia Lima; MAZZUOLI, Valério. O consumidor - "depositário infiel", os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia

- da norma mais favorável ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 71, p. 1-32, jul.-set. 2009.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Serviços simbióticos do consumo digital e o PL 3514/2015. In: MARQUES, Claudia Lima; LORENZETTI, Ricardo Luis; CARVALHO, Diógenes Faria de; MIRAGEM, Bruno. *Contratos de serviços em tempos digitais*. São Paulo: Ed. RT, 2021.
- MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Novo mercado de consumo 'simbiótico' e a necessidade de proteção de dados dos consumidores. In: SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; MELGARÉ, Plínio. *Proteção de dados: temas controversos*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- MARTINS, Fernando R.; MARQUES, Claudia Lima. Nota à PEC/2019. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 29, n. 128, p. 451-469, mar.-abr. 2020.
- MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 106, p. 37-69, jul.-ago. 2016.
- MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79, p. 45-81, jul.-set. 2011.
- MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 120, p. 469-483, nov.-dez. 2018.
- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coord.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel C. S. da. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados – Comentários sobre o referendo da Medida Cautelar nas ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 130, p. 471-478, jul.-ago. 2020.
- MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, vol. 1009, nov. 2019.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2019.
- MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 125, p. 17-62, set.-out. 2019.
- RESTA, Giorgio. Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali. *Rivista Critica del Diritto Privato*, Bologna, ano XVIII, n. 2, giugno 2000, p. 299 e ss.
- SAUPHANOR, Nathalie, *L'Influence du Droit de la Consommation sur le système juridique*. Paris: LGDJ, 2000.
- SCHWEITZER, Heike. Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: ein Perspektivwechsel für die europäische "Plattform-Regulierung". *ZEUP* 1, p. 1-12, 2019.
- SIMITIS, Spiros (Hrsg). *Bundesdatenschutzgesetz, 8. Auf.* Baden-Baden: Nomos, 2014.
- TAMM, Marina; TONNER, Klaus. *Verbraucherschutz*. Baden-Baden: Nomos, 2012.
- TEUBNER, Gunther. Digitale Rechtssubjekte. *Archiv des Civilistische Praxis -AcP* 218 (2018), p. 155 e ss.

■ O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.

■ Fechamento desta edição: 27.09.2022

■ O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.

■ Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br

■ Direitos exclusivos para a língua portuguesa

Copyright © 2023 by

**Editora Forense Ltda.**

*Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional*

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar

Rio de Janeiro – RJ – 20040-040

www.grupogen.com.br

■ Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.

■ Capa: Fabricio Vale

■ **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**  
**SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.**

T698

Tratado de proteção de dados pessoais / Adriana Espíndola Corrêa... [et al.]; coordenação Danilo Doneda... [et al.]. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5964-208-3

1. Proteção de dados – Brasil. 2. Direito à privacidade – Brasil. 3. Brasil. [Lei geral de proteção de dados pessoais (2018)]. I. Corrêa, Adriana Espíndola. II. Doneda, Danilo. III. Título.

22-78206

CDU: 342.721:004(81)

Gabriela Faray Ferreira Lopes – Bibliotecária – CRB-7/6643

**abdr**  
Associação Brasileira de Editores de Livros  
Respeite o direito autoral