



## Proteção de dados: legítimo interesse e consentimento

*Data protection: legitimate interest and consent*

Luiz Carlos Buchain\*

### REFERÊNCIA

BUCHAIN, Luiz Carlos. Proteção de dados: legítimo interesse e consentimento. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 45, p. 103-127, abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.107259>.

### RESUMO

O objetivo do artigo é examinar os permissivos legais de “legítimo interesse” e “consentimento” ao tratamento de dados a partir de uma linha de exame qualitativa. A análise parte da conceituação das condições de licitude no tratamento de dados, assim compreendido como sua “fonte” ou “causa” elencada nas hipóteses previstas no art. 7º da LGPD. Dentre as várias hipóteses legais para tratamento de dados, o artigo elegeu duas delas para análise: o “legítimo interesse” do controlador e o “consentimento” do titular de dados, sem embargo do reconhecimento da existência das demais hipóteses de tratamento de dados previstos na lei e da inexistência de qualquer tipo de hierarquia entre elas. Quanto a análise do legítimo interesse do controlador, buscou-se a formatação do que seria seu “interesse” através da apreciação desse conceito frente aos direitos e interesses do titular dos dados, formando um balanço de interesses entre um e outro para apreciar a legitimidade do tratamento pelo controlador. Quanto ao consentimento do titular de dados, aborda-se a necessidade de seu caráter unívoco e precário, pois como expressão da autodeterminação informativa, o titular de dados poderá, a qualquer momento, retirar seu prévio consentimento. Por fim, o artigo analisa algumas hipóteses de tratamento de dados a título de consentimento do titular e aborda aspectos do efetivo livre consentimento por ele dado nessas situações.

### PALAVRAS-CHAVE

Dados. Proteção de dados. Consentimento. Legítimo interesse.

### ABSTRACT

*The purpose of the article is to examine the legal permits of “legitimate interest” and “consent” to the processing of data from a qualitative examination line. The analysis starts in the conceptualization of the conditions of lawfulness in the treatment of data, thus understood as its “source” or “cause” listed in the hypotheses foreseen in 7th article of the LGPD. Among the various legal hypotheses for data processing, two were elected for analysis: the “legitimate interest” of the controller and the “consent” of the data subject, acknowledging the existence of the other data treatment hypotheses provided by the law and the absence of any kind of hierarchy between them. As for the analysis of the controller's legitimate interest, it was sought to format what his “interest” would be through the appreciation of the concept in relation to the rights and interests of the data subject, forming a balance of interests of one and the other to appreciate the legitimacy of treatment by the controller. As for the consent of the data subject, the need for its univocal and precarious character is addressed, since as an expression of informational self-determination, the data subject may, at any time, withdraw his prior consent. Finally, the article analyzes hypotheses of data processing based on the consent of the holder and addresses aspects of his effective free consent in these situations.*

### KEYWORDS

Data. Data protection. Consent. Legitimate interest.

### SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As condições de licitude do tratamento de dados. 2.1 Uma causa lícita: as finalidades determinadas e legítimas. 2.1.2 Determinação da finalidade lícita do tratamento. 3 hipóteses legais –

---

\* Doutor em Direito Econômico (PPGD-UFRGS). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.





legitimidade para o tratamento de dados. 3.1 *Numerus clausus*. 3.2 Consentimento e legitimidade. 3.3 legítimo interesse do controlador e os direitos fundamentais do titular. 3.3.1 Interesse do controlador ou de terceiros. 3.3.2 Os interesses dos titulares de dados. 3.3.3 O balanço dos interesses. 3.3.4 Apreciação em face dos interesses do titular dos dados. 4 O consentimento. 4.1 caráter unívoco (ou inequívoco). 4.2 Caráter livre. 4.2.1 Dossier médico eletrônico. 4.2.2 Os scanners corporais. 4.2.3 Monetização de dados. 4.3 O caráter específico. 4.4 O caráter claro/transparente. 4.5 O caráter precário. 5. Considerações finais. Referências. Dados da publicação.

## 1 INTRODUÇÃO

Em 1890, quando os advogados Samuel Warren e Louis Brandeis escreveram o clássico artigo *The right to privacy*<sup>1</sup>, buscando o que então se impunha como o reconhecimento do chamado *right to be let alone* (como contraposição ao surgimento de grandes invenções, como a fotografia, além do grande desenvolvimento da atividade jornalística) teve início a teoria da proteção dos dados pessoais. Entretanto, foi a partir do advento da chamada *Sociedade de Informação, de Comunicação ou de Conhecimento* que sua proteção normativa realmente se tornou uma grande preocupação social. O constante desenvolvimento das novas tecnologias e a grande velocidade das comunicações geraram importantes mudanças comportamentais. Assim, tornou-se necessária a regulamentação proteção dos dados pessoais nos meios digitais (e físicos) como instrumento de defesa do direito a privacidade (autodeterminação informativa) e dignidade da pessoa humana.

Na sociedade contemporânea, dados pessoais são bens jurídicos de valor econômico que se tornaram insumo essencial para o funcionamento da chamada “economia da informação”<sup>2</sup>. Desta forma, sendo o tratamento de dados de natureza pessoal uma operação material realizada voluntária e unilateralmente, por um ou vários agentes de tratamento, estes somente poderão assim proceder mediante um dos permissivos legais previstos na LGPD, a qual submete o tratamento de dados a certas condições de licitude. Entre tais permissivos encontra-se o “legítimo interesse” do controlador e o “livre consentimento” do titular dos dados<sup>3</sup>. Em qualquer das duas hipóteses mencionadas vige o princípio geral da

---

<sup>1</sup> WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, p. 193-217, dec., 1980.

<sup>2</sup> “Entretanto, o ponto de partida de toda essa engrenagem é a coleta de dados, cada vez mais maciça e muitas vezes realizada sem o consentimento e até sem a ciência dos titulares desses dados. Se os cidadãos não conseguem saber nem mesmo os dados que são coletados, têm dificuldades ainda maiores para compreender as inúmeras destinações que a eles pode ser dada e a extensão do impacto destas em suas vidas”. (FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora RT, p. 26, 2019).

<sup>3</sup> “O consentimento do titular dos dados recebeu tutela destacada na LGPD, ainda que não seja, vale lembrar, a única hipótese legal para o tratamento de dados pessoais nem hierarquicamente superior às demais.”





autodeterminação informativa, o que concede ao titular o controle de seu fluxo de dados como expressão dos direitos de sua personalidade.

O artigo busca examinar a licitude no tratamento de dados através dos conceitos de “legítimo interesse” e “consentimento” perante o sistema legal de proteção dos dados, visando contribuir doutrinariamente para uma melhor compreensão dos critérios fixados pelo legislador para o emprego desses permissivos legais. Considerando a alta carga de subjetividade contida, sobretudo, no conceito de “legítimo interesse” do controlador, faz-se necessário aprofundá-lo e verificar seus limites legais visando conferir tanto ao titular dos dados quanto ao controlador a devida segurança jurídica<sup>4</sup>. Essa tarefa exigirá dos operadores do direito – Judiciário, Ministério Público, órgãos de proteção ao consumidor, advogados e, sem dúvida, da ANPD – a atuação dentro de critérios para a melhor compreensão dessas hipóteses de tratamento de dados. De fato, faz-se necessário configurar parâmetros para sua correta utilização dos agentes de tratamento em face da necessidade de segurança jurídica e a relevância dessa base legal para o desenvolvimento da economia, pois a moderna atividade empresária está intrincada com a manipulação de dados pessoais que se destinam, entre outras hipóteses, a detectar hábitos e preferências dos consumidores, segmentar mercados e estudos comportamentais.

A Lei Geral de Proteção de Dados representa um verdadeiro microssistema legal especificador de condutas – direitos e obrigações – a ser observado nas relações entre controladores quanto pelos titulares de dados. O presente artigo analisará as hipóteses de legítimo interesse do controlador e consentimento do titular dos dados para o tratamento de dados, sempre sob a metodologia qualitativa visado contribuir para seu aprofundamento, compreensão e âmbito de aplicação na Lei Geral de Proteção de Dados.

Assim, o artigo foi organizado em três partes, antecedidas por uma introdução e seguidas de uma conclusão. A primeira parte trata das condições de licitude para o tratamento de dados. A segunda parte busca aprofundar a compreensão do permissivo legal do legítimo interesse do controlador, sua legitimidade e interesse bem como o eventual interesse de

---

(TEPEDIDO, Gustavo in: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora RT, p. 297, 2019.)

<sup>4</sup> “Por essa razão, um teste de balanceamento entre o legítimo interesse e a legítima expectativa do titular do dado foi sistematizado doutrinariamente e normativamente em leis gerais de proteção de dados. Com isso, o objetivo seria alcançar previsibilidade e consistência na aplicação e interpretação dessa base legal em específico”. A Lei Geral de Proteção aos Dados Pessoais e as Investigações Internas das Empresas. (ULHOA, Fábio Coelho; LOTUFO, Mirelle Bittencourt. *Direito e Internet IV Sistema de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, p. 246, 2019).





terceiros, além da consideração dos direitos fundamentais do titular e a aplicação do chamado “balanço de interesses” na análise do tema. Na última parte o artigo trata da hipótese do uso de dados pelo “consentimento” do titular em favor do controlador, a necessidade de caracterizar tal “consentimento” como ato jurídico de caráter livre, inequívoco e específico bem como sua natureza “precária”, examinando situações empíricas que trazem a luz a problemática da aplicação da lei e soluções que podem ser aplicadas.

## 2 AS CONDIÇÕES DE LICITUDE DO TRATAMENTO DE DADOS

Todo e qualquer tratamento de dados<sup>5</sup> deverá preencher certas condições de licitude que representam exigências de fundo e de forma.

A premissa geral é a de que o tratamento de dados deve encontrar sua fonte numa causa lícita, o que significa dizer que precisa estar apoiada sobre uma finalidade<sup>6</sup> determinada e legítima e buscar um objeto proporcional, ou seja, apenas os dados necessários para a finalidade pretendida. De outra forma dito, a razão ou finalidade do tratamento deve estar claramente apoiada num dos fundamentos previstos no Art. 7.º da LGPD, sempre observando-se que a extensão dos dados coletados devem ser proporcionais a finalidade pretendida.

### 2.1 UMA CAUSA LÍCITA: AS FINALIDADES DETERMINADAS E LEGÍTIMAS

O legislador conceituou a noção de “finalidade” nas atividades de tratamento de dados pessoais como a “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades” (Art. 6.º, I da LGPD). A finalidade poderá também ser definida, resumidamente, como a “razão específica” para a qual os dados são tratados ou, também, como o “objetivo” de seu tratamento

---

<sup>5</sup> “Art. 5.º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.”

<sup>6</sup> “Nesse sentido, o Art. 9.º da LGPD garante o acesso à finalidade específica, à forma e a duração do tratamento, ressalvados os segredos comercial e industrial, à identificação e às informações de contato do controlador, às informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador, e à finalidade, às responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento e aos direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no artigo 18 da Lei...” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison; CASTRO, Diana Paiva de; TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora RT, p. 331-332, 2019).





Segundo o “princípio da finalidade”<sup>7</sup>, todo o tratamento de dados ulterior, para finalidade diversa daquela para o qual foi colhido, é proibida, salvo se essa finalidade for considerada “compatível” com aquela da coleta inicial.

Do princípio da finalidade se extraem os vários elementos necessários para que um tratamento esteja fundado em uma causa lícita, a qual deve ser específica, legítima, explícita e informada e, se realizado tratamento posterior, seja esse compatível com a finalidade inicial.

O exame desses elementos deve ser efetuado desde a concepção do tratamento, antes de sua efetiva implementação, através do conceito que a doutrina convencionou chamar de *privacy by design*<sup>8</sup> e definido como as medidas de segurança aplicadas tanto no momento da escolha dos meios de tratamento como quando no próprio tratamento. De outro lado, é também aplicado o conceito de *private by default*<sup>9</sup>, segundo o qual só devem ser tratados os dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento.

Essas noções, que se constituem em verdadeiras obrigações impostas aos agentes de tratamento, exigem deles que assegurem ao titular dos dados a perfeita licitude e proporcionalidade no tratamento de dados, desde sua concepção. As medidas concretas a serem adotadas exigem que as empresas e instituições adotem técnicas organizacionais apropriadas, inclusive através da formulação de seus próprios códigos internos de governança de dados (Art. 50 da LGPD)<sup>8</sup> para garantir a segurança e sigilo dos dados (Art. 46, § 1º da LGPD)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> “... c) Princípio da finalidade, pelo qual qualquer utilização dos dados pessoais deve obedecer à finalidade comunicada ao interessado antes da coleta de seus dados. Este princípio possui grande relevância prática: com base nele fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além do que se pode, a partir dele, estruturar-se um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para certa finalidade (fora da qual haveria abusividade).” (DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 100, jul./dez., 2011).

<sup>8</sup> Nesse sentido, o conceito é adotado pela RGPD - *Artigo 25.º* Proteção de dados desde a concepção e por defeito.

“1. Tendo em conta as técnicas mais avançadas, os custos da sua aplicação, e a natureza, o âmbito, o contexto e as finalidades do tratamento dos dados, bem como os riscos decorrentes do tratamento para os direitos e liberdades das pessoas singulares, cuja probabilidade e gravidade podem ser variáveis, o responsável pelo tratamento aplica, tanto no momento de definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, as medidas técnicas e organizativas adequadas, como a pseudonimização, destinadas a aplicar com eficácia os princípios da proteção de dados, tais como a minimização, e a incluir as garantias necessárias no tratamento, de uma forma que este cumpra os requisitos do presente regulamento e proteja os direitos dos titulares dos dados.”

<sup>9</sup> Ainda a RGPD, *Artigo 25.º*.....

“2. O responsável pelo tratamento aplica medidas técnicas e organizativas para assegurar que, por defeito, só sejam tratados os dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento. Essa obrigação aplica-se à quantidade de dados pessoais recolhidos, à extensão do seu tratamento, ao seu prazo de conservação e à sua acessibilidade. Em especial, essas medidas asseguram que, por defeito, os dados pessoais não sejam disponibilizados sem intervenção humana a um número indeterminado de pessoas singulares.”





Além do exame da licitude da coleta de dados se faz necessário averiguar a determinação de sua finalidade.

### 2.1.2 Determinação da finalidade lícita do tratamento

A finalidade do tratamento de dados deve corresponder a sua realização para propósitos lícitos, ou seja, “legítimos, específicos, explícitos e informados” (Art. 6.º, I). Isso significa que a finalidade deve ser não somente determinada e definida, mas sê-lo de maneira clara e inteligível. Essa exigência é necessária para dar aos cidadãos as seguintes garantias fundamentais:

- a) a transparência, lhes permitindo, a medida em que são informados, compreender os objetivos a serem alcançados pelo tratamento, do qual seus dados é objeto (art. 6.º, IV, V, VI da LGPD);
- b) a previsibilidade, lhes facultando antecipar ou não ser surpreendido por algum efeito produzido pelo produto do tratamento de dados como, p.ex., remessa de e-mails ou SMS (Art. 6.º, VII, VIII);
- c) o controle, lhes permitindo exercer ulteriormente seus direitos, tais como oposição, acesso, retificação, revogação, etc. (Art. 8.º, § 5.º, Art. 18, III, Art. 19 da LGPD).

O caráter explícito da finalidade significa que ela deve ser formulada em termos precisos, sendo inaceitável sua justificação através de termos vagos e genéricos tais como “política de *marketing*” ou “para fins de segurança digital” ou “para fins de pesquisa posterior” ou mesmo para “fins de melhoria do serviço”.

O nível de precisão exigido dependerá da complexidade do tratamento. Assim, um pequeno comerciante qualquer, colecionando um número limitado de informações sobre seus clientes não será obrigado a detalhar com tanta precisão o tratamento que realiza com os dados. Diferente será o caso de uma grande cadeia de distribuição, operando a nível nacional, que se utiliza de complexas tecnologias para analisar o comportamento do consumidor, a composição de sua cesta de compras e lhes enviar publicidade orientada e direcionada. Nessa última hipótese é possível que as informações obtidas para a funcionalidade de um produto ou serviço, ainda que se apresentem como destinadas a uma finalidade única, poderão representar uma realidade de utilizações a variados fins.

A relevância do trabalho de descrição da finalidade exige que o controlador efetivamente informe aos titulares dos dados sobre todas as características do tratamento que





está sendo realizado, inclusive as eventuais operações futuras, o trabalho de processamento e troca das informações praticadas, bem como as operações técnicas próprias das tecnologias digitais utilizadas pela empresa (ainda que o controlador se valha de um operador a quem subcontrate a operação). Por fim, é preciso salientar a necessária utilização de uma linguagem clara e precisa para facilitar o correto entendimento da operação pelo titular dos dados.

Trata-se da necessidade de criação de um referencial de descrição do tratamento de dados a serem realizados pelo controlador e sua disponibilização a todos os titulares, a fim de facilitar o exercício da autodeterminação informativa.

### 3 HIPÓTESES LEGAIS – LEGITIMIDADE PARA O TRATAMENTO DE DADOS

Além de exigir uma finalidade específica para o tratamento de dados, a lei ainda lista um certo rol de hipóteses, de forma exaustiva, nas quais o tratamento de dados poderá ser lícitamente realizado.

#### 3.1 *NUMERUS CLAUSUS*

A licitude da coleta e tratamento de dados deverá se amoldar a uma ou mais das hipóteses legais previstas na LGPD. À exceção do conceito de “consentimento”<sup>10</sup> dado pelo titular, todas as demais hipóteses legais estão vinculadas a ideia de “necessidade” de tratamento dos dados pelo controlador.

O Art. 7.º da Lei n.º 13.709/18 estabelece dez bases legais distintas para o tratamento de dados pessoais, sendo relevantes para o setor privado cinco dentre elas: a) o consentimento; b) o cumprimento de obrigação legal ou regulatória; c) a execução do contrato; d) o legítimo interesse e, e) a proteção de crédito. As demais hipóteses, por serem de interesse da administração pública, não serão tratados no presente artigo.

Assim, a legitimidade do controlador para o uso de dados pessoais está condicionada aos limites legais, ou seja, ao emprego de uma das bases destinadas a manipulação de dados

---

<sup>10</sup> “Como se constata, para ser considerado válido, o consentimento precisa ser, no mínimo: (i) livre, ou seja, representar uma escolha real para o titular de dados, sem qualquer dos vícios de manifestação de vontade, (ii) informado, ou seja, obtido após a apresentação de informações claras, completas e objetivas para o titular a respeito das finalidades do tratamento, e (iii) inequívoco, ou seja, demonstrável por qualquer meio de prova lícita (e não apenas por escrito). Introdução ao Legítimo Interesse.” (MAIA, Fernanda Simplício. *Direito e Internet IV Sistema de Proteção de Dados Pessoais* Newton de Lucca; et al. São Paulo: Quartier Latin, p. 321, 2019).





personais, destacando-se que a hipótese de “consentimento” do titular é aquela que mais amplia os limites de tratamento sem ser, entretanto, hierarquicamente superior às demais, pois todas as hipóteses previstas na lei são igualmente importantes sem que qualquer uma delas se sobreponha às outras. É competência do controlador definir qual base legal se adequa a cada caso concreto, sempre considerando-se a finalidade do tratamento.

### 3.2 CONSENTIMENTO E LEGITIMIDADE

O direito do controlador sobre os dados do titular respectivo poderá ser espontaneamente atendido pelo seu expresso consentimento.

Todos os fundamentos previstos no Art. 7.º da LGPD se constituem em raízes da coleta de dados. À exceção do caso do consentimento, todos os demais fundamentos legais autorizativos do tratamento de dados pelo controlador exprimem um objetivo específico por parte deste. Assim, por exemplo, a exploração de um sítio eletrônico comercial de vendas à distância tratará dos dados de seus clientes para que seja possível entregar-lhe os produtos adquiridos em seu domicílio: esse tratamento é necessário para a “execução do contrato” celebrado à distância. É esta execução que constituirá a causa do tratamento. Se esse mesmo comerciante via *internet* responde a um pedido de orçamento que lhe solicita um consumidor, através de seu *website*, ele tratará os dados desse último para esse fim. Essas operações serão qualificadas como “execução de medidas pré-contratuais” tomadas sob seu pedido de orçamento, o que legitimará o tratamento.

De outro lado, se o proprietário do sítio eletrônico estuda o comportamento geral de seus clientes para melhor gerir seu negócio e melhorar a oferta de produtos ou serviços, tal comportamento representa a persecução de seus próprios interesses comerciais: toda a questão será sabermos se este interesse é “legítimo”? A resposta exige que adentremos no campo de aplicação do conceito de “interesse legítimo” do controlador.

O disposto no Art. 10 da LGPD traz cláusula aberta para definição de “legítimo interesse” para o uso de dados, exigindo que sua finalidade seja legítima, mas considerada a partir de “situações concretas”, citando rol exemplificativo que inclui, mas não se limita a: a) apoio e promoção de atividades do controlador e, b) proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos da lei.





Na falta de definição legal específica e ante a impossibilidade do controlador enquadrar a hipótese de tratamento de dados em uma “situação concreta” e juridicamente justificável como de seu interesse legítimo, o controlador deverá obter o consentimento do titular, o que se constitui num fundamento autônomo, aliás, o único para o qual a lei não indica a condição de “necessidade”.

Delimitaremos nossa análise exclusivamente quanto aos fundamentos para o tratamento de dados a partir dos permissivos legais “legítimo interesse” do controlador e “consentimento” do titular.

### 3.3 LEGÍTIMO INTERESSE DO CONTROLADOR E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TITULAR

Diferentemente dos demais fundamentos, o “legítimo interesse”<sup>11</sup> não poderá ser avaliado isoladamente, pois – segundo a lei – deverá ser aplicado unicamente se não violar direitos e liberdades fundamentais do titular (Art. 10, II da LGPD)<sup>8</sup>, o que exige que esta política de tratamento de dados seja balanceada entre os interesses dos agentes de tratamento e aqueles do titular dos dados. Importa, assim, examinarmos essas duas categorias de interesses.

#### 3.3.1 Interesse do controlador ou de terceiros

O interesse do controlador<sup>12</sup> se confunde com os benefícios que ele extrai da implementação dos dados. Há vários exemplos de tratamento de dados para os quais a aplicação do fundamento do “legítimo interesse” deve ser ponderada em face dos direitos fundamentais do titular, tais como mensagens comerciais não solicitadas, notadamente para fins de campanhas políticas, para coleta de fundos de ações caritativas ou prospecção

---

<sup>11</sup> “Aparentemente, o legislador quis evitar uma autorização genérica para todo o tipo de tratamento, com os mais variados fins sem qualquer controle ou conhecimento do titular dos dados, daí porque exige o respeito as legítimas expectativas do titular dos dados, até mesmo como forma de prestigiar o princípio da confiança consignado em diversos outros dispositivos legais, notadamente no Código de Defesa do Consumidor, no Marco Civil da Internet e no Art. 422 do Código Civil Brasileiro”. (OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Marcio. *O Legítimo Interesse e a LGPD*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 124, 2020).

<sup>12</sup> BUSCAR, Daniel; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais por “legítimo interesse do controlador: primeiras questões e apontamentos. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de dados pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 476.





comercial direta nas mídias sociais, fiscalização eletrônica de pessoal a título de segurança ou de gestão, entre muitos outros exemplos.

Além do atendimento aos interesses legítimos do controlador, a LGPD admite, como justificção ao tratamento de dados, o interesse de “terceiro”. Através desse permissivo legal será possível justificar certo tratamento de dados invocando um outro interesse que não aquele do controlador, como por exemplo, o interesse público (considerando-se o público um “terceiro”) pelo acesso as informações: é o que ocorre na coleta de dados fundada na liberdade de informações que justifica a publicação de dados pessoais visando assegurar a transparência e a responsabilidade da administração pública<sup>13</sup> (e.g. os salários pagos a servidores públicos).

O fato de o controlador perseguir interesses próprios que sejam “legítimos” aos seus olhos (ou de terceiros) não significa que ele possa, necessariamente, invocar tal fundamento para justificar qualquer tipo de tratamento<sup>14</sup>: como dito, é necessário levar em consideração seus interesses com aqueles dos titulares de dados envolvidos.

### 3.3.2 Os interesses dos titulares de dados

Embora não se encontre na LGPD o adjetivo “legítimo” seguindo o termo “interesse” dos titulares dos dados, é certo que a lei somente protege seus interesses a medida em que forem “legítimos”<sup>15</sup>, sempre avaliados a luz dos direitos e garantias constitucionais de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade<sup>16</sup> da pessoa natural. Tal fato

<sup>13</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 18 de novembro de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

<sup>14</sup> “Desta forma, a LGPD estabeleceu três pilares para que o tratamento se dê por legítimo interesse do controlador: (i) o legítimo interesse não poderá ser exercido no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção de seus dados; (ii) que as finalidades sejam legítimas; e, (iii) seja baseado em situações concretas”. (COTS, Marcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 105-106, 2020).

<sup>15</sup> “Observa-se que o legítimo interesse é uma das questões mais controversas trazidas pela LGPD, mas fundamental para permitir a continuidade dos desenvolvimentos econômico e tecnológico. Por outro lado, a subjetividade adotada pela técnica legislativa nos traz grandes preocupações: observa-se que uma das principais características para o legítimo interesse é o atendimento às legítimas expectativas do titular dos dados, mas qual será o parâmetro dessa expectativa?” (OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Marcio. *O Legítimo Interesse e a LGPD*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 215, 2020).

<sup>16</sup> “A posição da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamentos da República (Constituição Federal, art. 1º, II e III), juntamente com as garantias de igualdade material (art. 3º, III) e formal (art. 5º), “condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a





exige do aplicador da lei uma interpretação mais extensa dos interesses dos titulares dos dados do que aquela dada aos interesses do controlador ou de terceiros.

Os interesses dos titulares dos dados podem ser múltiplos, sendo impossível pretender listá-los. Entretanto, podem ser citados, especificamente, o direito ao respeito à vida privada bem como o da liberdade de empreender.

### 3.3.3 O balanço dos interesses

Para sopesar os interesses em questão é necessário, primeiramente, apreciar a fonte do interesse legítimo (ou seja, aquele interesse do controlador ou de terceiro) para, em seguida, examinar os efeitos do tratamento sobre os direitos e interesses do titular e, por fim, considerar as eventuais garantias suplementares que poderiam ser oferecidas pelo controlador. Este último elemento (garantias suplementares) poderá conferir ao balanço de interesses um resultado positivo para o tratamento dos dados, ainda que o exame “dos direitos e interesses do titular” apontem, inicialmente, para um balanceamento desfavorável ao tratamento.

É necessário fazer-se esse balanceamento de interesses para determinar a legalidade do tratamento de dados feita pelo controlador sob o conceito de “legítimo interesse”.

Pode-se dizer que o interesse do controlador será tanto mais legítimo quanto extraia sua fonte de um interesse público ou de algum interesse próximo de um dos fundamentos jurídicos previstos pelo texto legal (contratos, obrigações legais, missões de interesse público, etc.).

### 3.3.4 Apreciação em face dos interesses do titular dos dados

É preciso levar em consideração eventuais consequências negativas para os titulares dos dados, tais como repercussões de ordem moral, prejuízo à autoestima, o medo e a desordem emocional que podem sobre eles recair exatamente como resultado da perda de controle sobre seus dados pessoais. Mensurar esses interesses exige a consideração de diversos fatores, tais como:

---

tábua axiológica eleita pelo constituinte” e marcam a presença, em nosso ordenamento, de uma cláusula geral de personalidade”. (DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, a. VI, n. 6, jun., 2005).





- a) A natureza dos dados, pois, em presença de dados sensíveis, por exemplo, o interesse do titular dos dados prevalecerá, em princípio, em face daqueles do controlador;
- b) As expectativas razoáveis do titular dos dados. Em face do contexto específico e da natureza das relações existentes entre o controlador e o titular dos dados, será conveniente determinar o que este poderá, razoavelmente, esperar do tratamento que aquele pretende realizar sob o título de seu “interesse legítimo”. Entretanto, se não houver uma proximidade entre a atividade do controlador e o tratamento que este pretende dar aos dados, o legítimo interesse não estará presente;
- c) Também a maneira como os dados são tratados. Se o tratamento prevê o estabelecimento de perfis que abarquem grande número de dados e/ou que esses dados sejam também acessíveis por um grande número de pessoas, o tratamento poderá conduzir a resultados inesperados ou mesmo inexatos. Nessas hipóteses haverá necessidade de se fazer prevalecer os interesses dos titulares dos dados sobre aqueles do controlador ou de terceiros e,
- d) Igualmente deve-se levar em consideração o status do controlador: sendo ele uma grande multinacional ou um organismo de grande envergadura na administração pública, será necessário privilegiar os interesses dos titulares dos dados em face de sua vulnerabilidade.

Se, ao fim de um exame, o impacto do tratamento sobre o titular dos dados se mostra negativo, ainda assim isto não significa que o tratamento sobre o fundamento do “interesse legítimo”<sup>17</sup>, deverá ser, necessariamente, negado ao controlador. Nesse momento convém levar em consideração eventuais “garantias suplementares” concedidas pelo controlador, antes de uma conclusão definitiva.

As chamadas garantias suplementares podem ser medidas técnicas e organizacionais garantidoras de que os dados não servirão à tomada de decisões ou medidas “contra” os

---

<sup>17</sup> Ao julgar o comportamento do célebre buscador “Google”, a Corte de Justiça da União Europeia afirmou que o fundamento do tratamento realizado por esse buscador se apoiava em “motivo legítimo”, em face do Art. 7, f) da diretiva nº 95/46. Entretanto, nessa decisão, os juízes comunitários estimaram que os direitos dos titulares dos dados prevalecem, em princípio, não somente sobre o interesse econômico de exploração do buscador, mas igualmente sobre o interesse deste público a acessar as informações, através de uma pesquisa utilizando o nome do titular. CJUE, 13 de maio de 2014, aff. C-131/12, Google Spain (pt 99 de l’arret). (EUR-LEX. Acesso à legislação da União Europeia. *Legítima defesa*. 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/txt/?uri=celex%3a62012cj0131>. Acesso em: 29 fev., 2020).





interesses dos titulares, ou quanto ao uso de grandes recursos de anonimização ou mesmo de instrumentos de transparência no uso dos dados.

#### 4 O CONSENTIMENTO

O consentimento, como fundamento jurídico ao tratamento de dados de caráter pessoal é objeto de certas regras gerais e de outras especiais.

Diferentemente de outros fundamentos, o tratamento por consentimento se apoia na vontade da própria pessoa.

O alcance desta vontade não será, contudo, suficiente por si só. Somente a vontade não validará um tratamento de dados que não corresponda à exigência de proporcionalidade. De fato, todo tratamento de dados pessoais está submetido ao princípio geral de proporcionalidade que se traduzem em regras gerais (aplicáveis a todos os tratamentos) e em regras especiais (aplicáveis somente a certos tratamentos).

Quanto a regras aplicáveis ao tratamento de dados em geral, o princípio da proporcionalidade se divide em duas exigências: a minimização dos dados e seu acesso e, de outro lado, sua conservação no tempo.

Quanto as regras especiais aplicáveis a tratamento específico, o princípio da proporcionalidade não se limita a busca de um equilíbrio entre a finalidade do tratamento e os dados sobre os quais se apoia. A proporcionalidade levou o legislador a determinar, de maneira absoluta e independente da finalidade, certos tratamentos que, em função da natureza dos dados ou pelas consequências que podem trazer para seus titulares, exigem um cuidado mais rígido. Aqui estamos nos referindo a dados sensíveis ou que possam causar dano ao seu titular (Art. 11, § 1º da LGPD)<sup>8</sup>.

Para ser válido, e preencher o parâmetro da legalidade, o consentimento deverá ser dado de maneira livre, informada e inequívoca<sup>18</sup> (Art. 5.º, XII da LGPD) para que preencha o parâmetro da legalidade.

---

<sup>18</sup> “A Lei n.º 13.709/2018 corretamente adotou o modelo de consentimento inequívoco como regra geral que autoriza o tratamento de dados pessoais, reservando o consentimento específico e destacado para as hipóteses de tratamento de dados considerados sensíveis, como se constata do artigo 11 da mesma lei” (LEONARDI, Marcel. Principais bases legais de tratamento de dados pessoais no setor privado. In: DE LUCCA, Newton; *et al.* *Direito e Internet IV Sistema de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, p. 321, 2019).





#### 4.1 CARÁTER UNÍVOCO (OU INEQUÍVOCO)

Esta exigência significa que um simples silêncio - seguido de um comportamento particular – não poderá constituir um consentimento válido.

Entretanto, o consentimento poderá ser expresso de várias formas, seja por documento escrito, de maneira oral ou mesmo tacitamente<sup>19</sup> através de um comportamento determinado, tal como o fato de optar por certos “parâmetros técnicos”, por serviços da “sociedade de informação” ou porque o titular adotou um outro comportamento claramente indicativo em seu contexto de que aceitou o tratamento de dados que lhe foi proposto.<sup>20</sup>

Como exemplo de consentimento tácito, podemos analisar a questão da “internet das coisas” a medida em que, v.g., há painéis publicitários equipados de dispositivos emissores de sinal *bluetooth* permitindo estabelecer uma conexão com o aparelho celular de todos os transeuntes em sua proximidade (cuja funcionalidade *bluetooth* esteja ativada), e de lhes enviar mensagens publicitárias em seus aparelhos. Considerando-se que a finalidade desse tratamento de dados de caráter pessoal deve ser fundamentada na obtenção do consentimento, estima-se que a simples ativação da função *bluetooth* do smartphone por seus usuários não constitua um consentimento válido. Em sentido contrário, poderá melhor caracterizar um comportamento unívoco e de consentimento tácito o fato do utilizador se aproximar a poucos metros do painel com seu celular, e assim passe a receber as mensagens publicitárias, depois

---

<sup>19</sup> “O consentimento do titular apresenta-se na LGPD como a primeira possibilidade para a realização do tratamento de dados pessoais (Art. 7.º I), sendo que ele, nesse caso, deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular (Art. 8º). A lei não exige, portanto, o consentimento escrito, mas, caso assim ele seja colhido, deverá constar em cláusula destacada das demais cláusulas contratuais. Vale lembrar, porém, que, embora não precise necessariamente estar consubstanciado em declaração escrita, o consentimento não poderá ser extraído da omissão do titular, mas tão somente de atos positivos que revelem claramente sua vontade real. Outro cuidado expresso na norma é a disposição que estabelece que caberá ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto na lei”. (TEPEDIDO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: RT, p. 302, 2019).

<sup>20</sup> Nesse sentido é clara o considerando 32 da RGD: “O consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrônico, ou uma declaração oral. O consentimento pode ser dado validando uma opção ao visitar um sítio web na Internet, selecionando os parâmetros técnicos para os serviços da sociedade da informação ou mediante outra declaração ou conduta que indique claramente nesse contexto que aceita o tratamento proposto dos seus dados pessoais. O silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão não deverão, por conseguinte, constituir um consentimento. O consentimento deverá abranger todas as atividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade. Nos casos em que o tratamento sirva fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos esses fins. Se o consentimento tiver de ser dado no seguimento de um pedido apresentado por via eletrônica, esse pedido tem de ser claro e conciso e não pode perturbar desnecessariamente a utilização do serviço para o qual é fornecido”.





de ser informado da existência do serviço, isto porque, racionalmente, o comportamento demonstra que a pessoa esteja realmente interessada naquele tipo de publicidade.

## 4.2 CARÁTER LIVRE

Conforme os princípios gerais, somente um consentimento dado livremente (ou seja, sem enganos, intimidação ou coerção) será válido. Nesse sentido, a LGPD estatui que é vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento – Art. 8.º, § 3.º.

Passamos a analisar algumas situações fáticas e sua legitimidade a partir da exigência (ou não) de consentimento do titular.

### 4.2.1 *Dossier* médico eletrônico

Pode-se examinar, a título de exemplo, a situação existente em diversos Estados da União Europeia<sup>21</sup> que tomaram a iniciativa de criar um dossiê médico nominativo e informatizado. Esse dossiê permite agrupar as informações de saúde do titular que poderão, desta forma, ser transmitidas a diferentes prestadores de serviços médicos, quando em atenção a cada paciente, assim evitando exames e tratamentos inúteis. Do ponto de vista da proteção de dados pessoais há três situações a considerar:

Primeira hipótese: a criação desse dossiê médico informatizado é “voluntário”, sendo que o paciente recebe os mesmos cuidados médicos, nas mesmas condições, tenha ou não optado pelo dossiê eletrônico.

Segunda hipótese: existiria uma incitação financeira para que os pacientes titulares dos dados optassem pelo dossiê médico eletrônico, mas os pacientes que o recusarem não sofreriam prejuízos (os custos de saúde não aumentariam).

Terceira hipótese: os pacientes que recusassem a criação desse dossiê ficariam sujeitos ao pagamento de taxas suplementares consideráveis, às quais não são exigidas para atendimento dos pacientes que aderissem ao dossiê informatizado.

Aqui, segundo os princípios que regem a LGPD, o consentimento somente poderá ser reputado “livre” (Art. 5.º, XII) nas duas primeiras hipóteses, mas não na terceira. Esta

---

<sup>21</sup> Nesse sentido o sítio eletrônico para o Gran Ducado de Luxemburgo (em português). (AGENCE eSANTÉ. Agence nationale des informations partagées dans le domaine de la santé. **Site**. 2020. Disponível em: <https://www.esante.lu/portal/fr/espace-professionnel/faq,192,186.html>. Acesso em: 29 fev., 2020).





hipótese somente seria admissível se existirem outros motivos legítimos que justifiquem a conduta do controlador para o tratamento dos dados.

Com efeito, o momento para determinar se o consentimento foi livremente concedido é aquele onde se constata e se examina a existência de eventual contrato cuja execução (inclusive o fornecimento de um serviço) esteja subordinado ao consentimento ao tratamento de dados de caráter pessoal. A liberdade da outorga de dados é determinada pelo condicionamento (ou não) do fornecimento dos dados para a execução do referido contrato pelo controlador (Art. 7.º, V da LGPD)<sup>8</sup>.

O consentimento não deverá ser considerado como tendo sido dado livremente se o titular dos dados não dispõe de uma verdadeira liberdade de escolha, o que se mede pelos efeitos da recusa ao consentimento. Se o titular não puder retirar seu consentimento sem sofrer um prejuízo, não haverá liberdade.

Em casos particulares, a medida em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o controlador, em particular nos casos em que o controlador seja uma autoridade pública, será improvável que o consentimento tenha sido dado espontaneamente.

#### 4.2.2 Os *scanners* corporais

Em diversos locais públicos, como nos aeroportos e prédios públicos, por exemplo, os usuários são obrigados a se submeter a uma “revista virtual” realizada por dispositivo automatizado coletando e tratando as informações, sob a forma digital, a medida em que a pessoa passa no interior ou se aproxima do aparelho. A eventual recusa em passar pelo *scanner* corporal poderá levantar suspeitas e até mesmo provocar a exigência de um maior controle e revista corporal suplementar. De toda forma, o controle é obrigatório. Nesse caso, exatamente por ser obrigatório, o tratamento não se apoia sobre o consentimento do usuário, mas sim sobre outros fundamentos legais, tal como, v.g., o respeito a uma obrigação legal.

Todas as vezes em que o contexto do tratamento se opõe ao livre consentimento, o responsável deverá procurar apoio para seu tratamento em um dos outros fundamentos previstos pelo texto legal.





### 4.2.3 Monetização de dados

Devemos nos perguntar se é possível que o controlador monetize<sup>22</sup> o uso dos dados que lhe fornecem as pessoas que desejam se beneficiar de certas ofertas ditas “gratuitas”. A questão é particularmente relevante para o caso dos editores de aplicativos móveis, cujo *download* e uso tem sua contrapartida em dados pessoais, e não em moeda.<sup>23</sup> O editor fornece seu aplicativo em troca do direito que o usuário lhe concede de reutilizar seus dados livremente e em caráter pessoal. (v.g. suas preferências ou seus dados de geolocalização), para poder lhe enviar (ou fazer enviar por terceiros) publicidade específica. A correta interpretação da aplicação da LGPD a um caso concreto dessa natureza deverá garantir ao titular o direito ao *download* e utilização do aplicativo, livre de pagamento, ainda que recuse a reutilização de seus dados para fins comerciais porque – ao menos do ponto de vista técnico – o uso desses dados para os fins a que se destinam os aplicativos móveis não são necessários para seu funcionamento.

Nesse caso, a relação jurídica entre o editor e o titular dos dados pode ser analisada sob os seguintes aspectos:

- a) O direito do editor de utilizar os dados do usuário para fins comerciais constitui a contrapartida dada por esse em troca de seu direito de utilizar o aplicativo;
- b) o direito de utilizar os dados pelo editor foram erigidos em condição essencial deste contrato e constituem um elemento determinante do consentimento do editor à conclusão do contrato e,
- c) o consentimento dado pelo usuário do aplicativo à utilização de seus dados se confunde com seu consentimento ao contrato: um não poderá existir sem o outro. Na omissão de seu consentimento, é o conjunto do contrato que não fica formado, pelo que seria dado ao editor não permitir o uso de seu aplicativo.

---

<sup>22</sup> “A comercialização dos dados pessoais não é a única forma de ensejar a circulação desses dados na sociedade. Também o compartilhamento de bancos de dados constitui uma prática comum entre empresas do mesmo grupo empresarial ou que possuam atividades complementares, por meio da formação estratégica de consórcios”. (MENDES, Laura S. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, p. 117, 2019).

<sup>23</sup> “Tendo-se como exemplo as mídias sociais, sua estrutura revela a necessidade da constante inserção de dados pessoais por parte de seus usuários. É essencial ao negócio a existência de uma massa substancial de usuários, os quais são estimulados a inserir de forma ininterrupta diversas informações sobre si e terceiros. Posteriormente parte-se para a exploração e monetização de dados inseridos no sistema, por meio, por exemplo, da venda de espaços para publicidade e anúncios, do desenvolvimento de perfis para o direcionamento de produtos e informações e da possibilidade de acesso aos dados de seus usuários por parte de parceiros comerciais”. (TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara. *Lei Geral de Proteção de Dado*. 1. ed. São Paulo: RT, p. 296, 2019).





Segundo esta última hipótese, o tratamento de dados seria fundado não no consentimento ao seu tratamento (porque este se confunde com o consentimento ao contrato), mas sobre seu caráter “necessário à execução” do contrato. Segundo o raciocínio, esses contratos têm por objeto o tratamento de dados para fins comerciais em contrapartida ao fornecimento de um serviço (o aplicativo). O tratamento de dados é necessário à execução do contrato porque se constitui na contrapartida econômica que recebe o editor. Sem esse tratamento, o editor não poderá executar o contrato, pois a prestação seria fornecida sem nenhuma contrapartida, algo que o editor nunca teria se proposto a fazer.

#### 4.3 O CARÁTER ESPECÍFICO

O caráter “específico” significa que o consentimento não poderá ser dado em caráter geral e deverá, necessariamente, ser empregado a um tratamento preciso e específico.

Na prática, isto significa que o mecanismo de coleta do consentimento não poderá ser empregado para vários tratamentos ao mesmo tempo. Cada um deles deverá ser individualizado. Assim, o titular dos dados poderá dar seu consentimento específico para todo o tratamento ou para parte dele, especificadamente.

A medida em que os dados continuem a serem tratados para a finalidade específica para a qual foram colhidos, não haverá necessidade de renovar esse consentimento.<sup>24</sup>

#### 4.4 O CARÁTER CLARO/TRANSPARENTE

Esta exigência significa que o titular de dados deverá receber todas as informações relativas as características essenciais do tratamento a ser realizado, antes de ter expresso seu consentimento. A entrega das informações é uma obrigação a cargo do controlador.

Quanto a essa obrigação do controlador, é necessário destacar dois aspectos específicos: **a)** primeiramente, a informação deve ser comunicada sob a forma de um texto claro e compreensível. Nesse sentido, o contexto é essencial, pois o usuário médio deverá ser

---

<sup>24</sup> A Corte de Justiça da União Europeia julgou que a renovação do consentimento não era necessária, para o tratamento de dados pessoais, de assinantes que já haviam consentido na publicação de seus dados em um anuário quando da transferência desses dados a um terceiro que os utilizou para uma finalidade idêntica. CJUE, 5 maio 011, aff. C-543/09: a transferência desses dados não exige um novo consentimento por parte do assinante se está garantido que os dados referidos não serão utilizados para outros fins que aqueles para os quais foram coletados, em face de sua primeira publicação. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. CVRIA. Site. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf>. Acesso em: 3 mar., 2020).





capaz de lhe compreender facilmente. **b)** Em seguida, esta informação deverá igualmente ser acessível, ou seja, diretamente comunicada à pessoa em questão. Na prática é preciso que as informações sejam reproduzidas diretamente sobre o suporte utilizado para a coleta de dados (formulário eletrônico, por exemplo). O ônus da prova de obtenção de um consentimento válido recairá sobre o controlador. (Art. 8.º, § 2.º da LGPD)<sup>8</sup>.

Esta regra será particularmente importante nos casos de implementação de *cookies*<sup>25</sup> para os quais o consentimento se faz necessário. A mera aparição da “banda informativa” na tela do usuário informando-lhe que o prosseguimento equivale ao consentimento do uso dos arquivos de texto (*cookies*), poderá se constituir num elemento probatório de conformidade, desde que ofereça, igualmente, um ícone permitindo recusar o uso de *cookies*. Entretanto, essa técnica traz certa impossibilidade de provar a exibição e seu funcionamento efetivo quando da navegação do usuário.

#### 4.5 O CARÁTER PRECÁRIO

O usuário tem o direito de retirar seu consentimento a todo momento, mas sua retratação não compromete a licitude do tratamento fundado no consentimento anterior. O titular dos dados deverá ser informado da possibilidade de retratação antes de dar seu consentimento. A retratação do consentimento deverá ser tão simples quanto o ato de concedê-la.

Daí resulta, em princípio, que a retirada do consentimento só terá efeito sobre o tratamento futuro de dados, e não sobre as operações de tratamento realizadas anteriormente a retratação. O processo de uso iniciado no passado não poderá ser simplesmente anulado, mas toda e qualquer operação de tratamento realizada posteriormente a retratação do consentimento deverá ser eliminada, a menos que o controlador possa apoiar seu tratamento de dados sobre um outro fundamento jurídico que não o consentimento.

---

<sup>25</sup> Entre outras coisas, os *cookies* são utilizados pelos sites eletrônicos principalmente para identificar e armazenar informações sobre os visitantes. *Cookies* são pequenos arquivos de texto que ficam gravados no computador do internauta e podem ser recuperados pelo site que os enviou durante a navegação.





## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estágio atingido pela evolução tecnológica torna o fornecimento de dados uma exigência social e econômica tanto no ambiente físico quanto digital. Nesse sentido, o artigo analisa dois dos permissivos legais à coleta de dados pessoais tendo por objetivo geral clarificar sua aplicação dentro dos limites que possam proteger o ser humano e garantir a efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e seus corolários. Assim, o artigo estabelece como objetivo específico enquadrar as hipóteses de tratamento de dados pelo “consentimento” do titular e “legítimo interesse” do controlador dentro da principiologia que estrutura a LGPD, ou seja, a defesa da pessoa humana e o livre desenvolvimento de sua personalidade, assegurando-lhe o exercício de direito sobre seus dados pessoais, nos mais diversos relacionamentos e vínculos sociais, em face do fenômeno social do *big data*<sup>26</sup>.

As ideias desenvolvidas no texto dizem respeito ao modo como a lei posiciona o instituto do “consentimento” do titular de dados. A elevação do “consentimento” a elemento central na coleta de dados pessoais revela a preocupação do legislador com a participação do indivíduo no fluxo de suas informações pessoais, valorizando um comportamento ativo e consciente por parte do titular e um comportamento responsável pelo agente que realiza o tratamento de dados. Outrossim, o “consentimento” somente poderá ser considerado “livre” (além de informado e inequívoco) se, não obstante ser negado pelo titular de dados, este ainda possa se utilizar livremente dos serviços ou do produto para o qual o consentimento do uso de seus dados havia sido requerido. Ante a impossibilidade de livre uso do serviço ou aquisição

---

<sup>26</sup> “*Big Data* (megadados ou grandes dados em português) é a área do conhecimento que estuda como tratar, analisar e obter informações a partir de conjuntos de dados grandes demais para serem analisados por sistemas tradicionais. Ao longo das últimas décadas, a quantidade de dados gerados tem crescido de forma exponencial. O surgimento da Internet aumentou de forma abrupta a quantidade de dados produzidos, e a popularização da Internet das coisas fez sairmos da era do terabyte para o petabyte. Em 2015, entramos na era do zetabytes, e atualmente geramos mais de 2,5 quintilhões de bytes diariamente. O termo *Big Data* surgiu em 1997 e seu uso foi utilizado para nomear essa quantidade cada vez mais crescente e não estruturada de dados sendo gerados a cada segundo. Atualmente o *big data* é essencial nas relações econômicas e sociais e representou uma evolução nos sistemas de negócio e na ciência. As ferramentas de *big data* são de grande importância na definição de estratégias de marketing, aumentar a produtividade, reduzir custos e tomar decisões mais inteligentes. A essência do conceito está em gerar **valor** para negócios. No que tange a ciência, o surgimento do *big data* representou a criação de um novo paradigma (4º paradigma) sendo concebido um novo método de avançar as fronteiras do conhecimento, por meio de novas tecnologias para coletar, manipular, analisar e exibir dados, construindo valor agregado com as análises geradas.” (WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. **Big data**. 2020. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Big\\_data](https://pt.wikipedia.org/wiki/Big_data) Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Big\\_data\\_Acesso em: 20 mar., 2020](https://pt.wikipedia.org/wiki/Big_data_Acesso em: 20 mar., 2020)).





do produto sem a contraprestação dos dados pessoais, considera-se que o livre consentimento não está presente nessa situação.

O legítimo interesse do controlador não poderá ser tão amplamente justificado a ponto de tornar-se uma cláusula jurídica aberta e indeterminada, uma espécie de “coringa” a ser utilizada pelo controlados como justificativa para conduta excessiva e abusiva no uso de dados pessoais. Será sempre necessário o emprego da técnica do “balanço de interesses” entre o titular dos dados e o controlador, tendo como fiel da balança a tomada em conta dos “direitos e liberdades fundamentais do titular”. Estes direitos e liberdades fundamentais funcionaram como um limite para a liberdade do controlador ao permitir que “o legítimo interesse do controlador” como fundamento ao tratamento de dados pessoais se dê, exclusivamente, para “finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas”, ressalvando que “somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados”<sup>27</sup>.

A LGPD revela uma opção da sociedade para a criação de um sistema de efetiva proteção dos dados pessoais e pleno exercício da autodeterminação existencial e informacional da pessoa humana, o que deverá gerar uma maior proteção do indivíduo e o controle específico da circulação de informações, fornecendo ao sistema jurídico segurança para o desenvolvimento da cultura da tutela de dados pessoais.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. *Facebook chega a 127 milhões de usuários no Brasil*. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-07/facebook-chega-127-milhoes-de-usuarios-no-brasil>. Acesso em 31, mar., 2021.

AGENCE eSANTÉ. *Agence nationale des informations partagées dans le domaine de la santé*. Site. 2020. Disponível em: <https://www.esante.lu/portal/fr/espace-professionnel/faq,192,186.html>. Acesso em: 29 fev., 2020.

BARROS, Bruno M. Correa de.; BARROS, Clarissa T. Lovatto; OLIVEIRA, Rafael Santos de. O direito à privacidade: uma reflexão acerca do anteprojeto de proteção de dados pessoais. *Revista Videre*, Dourados, MS, v. 9, n. 17.1, p. 21, 2017.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*. A função e os limites do consentimento. São Paulo: Forense, 2019.

---

<sup>27</sup> Art. 10 da LGPD





BLUM, Rita Peixoto Ferreira. *O direito à privacidade e a proteção dos dados do consumidor*. São Paulo: Almedina, 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 18 de novembro de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Brasília, 14 de agosto de 2018; 197º da Independência e 130º da República.

BUSCAR, Daniel; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais por legítimo interesse do controlador: primeiras questões e apontamentos. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CONSUMIDOR MODERNO. *7 tecnologias para monitorar hábitos de consumo*. 2015. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2015/09/22/7-tecnologias-para-monitorar-habitos-de-consumo/>. Acesso em: 31 de mar., 2021.

COTS, Marcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 105-106, 2020.

CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à Portabilidade de Dados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13/2017, p. 59-67, out./dez., 2017.

DE LUCCA, Newton; et al. *Direito e Internet IV*. Sistema de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, a. VI, n. 6, jun., 2005.

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

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 100, jul./dez., 2011.

EUR-LEX. Acesso à legislação da União Europeia. *Legítima defesa*. 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/txt/?uri=celex%3a62012cj0131>. Acesso em: 29 fev., 2020.





FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora RT, p. 26, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE INFORMAÇÃO EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA – IBICT. *Site*. 2020. Disponível em: <https://ibict.br/liinc>. Acesso em: 31 de mar., 2021.

LEONARDI, Marcel. Principais bases legais de tratamento de dados pessoais no setor privado. In: DE LUCCA, Newton; *et al.* *Direito e Internet IV Sistema de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, p. 321, 2019.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MACIEL, Rafael Fernandes. *Lei geral de proteção de dados pessoais*. Goiânia: RM Digital Education, 2019.

MACHADO, Jorge; Bioni, Bruno Ricardo. A proteção de dados pessoais nos programas de Nota Fiscal: Um estudo de caso no “Nota Fiscal paulista”. *LIINC em Revista*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 350-364, nov., 2016.

MAIA, Fernanda Simplício. *Direito e Internet IV Sistema de Proteção de Dados Pessoais*. Newton de Lucca; *et al.* São Paulo: Quartier Latin, p. 321, 2019.

MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Marco Civil da Internet. *Lei n.º 12.965 de 23 de abril de 2014*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; *et al.* *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2019.

MCKINSEY & COMPANY. *O papel das lojas físicas em um mundo digital*. Por Heloísa Calegari. 2017. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/br/our-insights/blog-made-in-brazil/o-papel-das-lojas-fisicas-em-um-mundo-digital>. Acesso em: 31 de mar., 2021.

MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, Thomson Reuters, v. 1009, nov., 2019.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison; *et al.* *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora RT, p. 331-332, 2019.

OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Marcio. *Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Marcio. *O legítimo interesse e a LGPD*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.





OPICE BLUM, Renato; NOBREGA MALDONADO, Viviane. *Comentário ao GDPR*. São Paulo: RT, 2018.

OPICE BLUM, Renato; NOBREGA MALDONADO, Viviane. *Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD*. Comentário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, p. 400, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Jur, p. 203, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil – constitucional brasileiro*. São Paulo: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. *Lei Geral de Proteção de dados pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 476, 2019.

TEPEDIDO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. *Consentimento e proteção de dados pessoas na LGPD*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: RT, p. 302, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. CVRIA. *Site*. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf>. Acesso em: 3 mar., 2020.

ULHOA, Fábio Coelho; LOTUFO, Mirelle Bittencourt. *Direito e Internet IV Sistema de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, p. 246, 2019.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, p. 193-217, dec. 1980.

WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. *Big data*. 2020. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Big\\_data](https://pt.wikipedia.org/wiki/Big_data) Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Big\\_data](https://pt.wikipedia.org/wiki/Big_data). Acesso em: 20 mar., 2021.





## DADOS DA PUBLICAÇÃO

**Categoria:** artigo submetido ao *double-blind review*.

**Recebido em:** 03/09/2020.

**Aceito em:** 21/04/2021.

