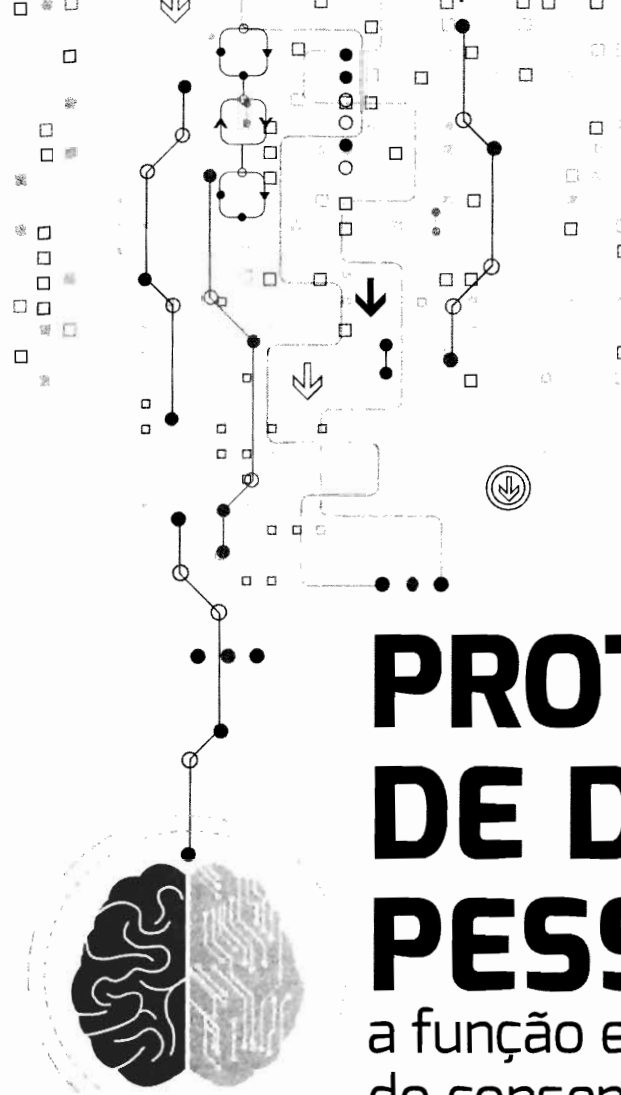




**BRUNO
RICARDO
BIONI**

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

a função e os limites
do consentimento

3^a
edição

revista,
atualizada e
ampliada



- 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: 09.02.2021
- 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 © 2021 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: Aurélio Corrêa
- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

B514p
Bioni, Bruno Ricardo

Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento / Bruno Ricardo Bioni. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-309-9408-2

1. Direito à privacidade – Brasil. 2. Personalidade (Direito) – Brasil. 3. Proteção de dados – Legislação – Brasil. 4. Internet – Medidas de segurança. 5. Redes de computadores – Medidas de segurança. 6. Brasil. [Lei geral de proteção de dados pessoais (2018)]. I. Título.

20-68324

CDU: 343.45(81)

Camila Donis Hartmann – Bibliotecária – CRB-7/6472

SUMÁRIO

Introdução e visão geral	XXIX
--------------------------------	------

PARTE I

DADOS PESSOAIS ENTRE A ECONOMIA DA INFORMAÇÃO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Capítulo I – Sociedade da informação e dados pessoais	3
1.1 A sociedade da informação	3
1.1.1 Virtualização da informação: economia da informação	6
1.1.2 Do taylorismo ao modelo organizacional em rede: <i>informação e conhecimento</i>	8
1.2 Os dados pessoais dos consumidores como um ativo na economia da informação.....	12
1.2.1 A metáfora do sorvete social: <i>prosumer</i>	12
1.2.2 A publicidade direcionada como a tônica dos modelos de negócios na Internet	14
1.2.2.1 Publicidade direcionada: contextual, segmentada e comportamental.....	14
1.2.2.2 Dos hábitos de navegação dos consumidores, localização geográfica à publicidade baseada nas emoções: o consumidor de vidro.....	18
1.2.2.3 Os modelos de negócios na Internet: entre o “gratuito” e o <i>freemium</i>	22
1.2.2.4 A multidão de atores da rede da publicidade direcionada <i>on-line</i>	25
1.2.2.5 O exemplo da aquisição do WhatsApp pelo Facebook	29
1.3 Minerando dados.....	31
1.3.1 Sistemas de informação: dados, informação e conhecimento....	31
1.3.2 <i>Big Data</i> : o êxtase e o estado da arte da mineração dos dados...	34

1.3.3	Um admirável mundo novo de inferências: da consumidora grávida à iminência do rompimento de um relacionamento afetivo.....	36
1.3.4	Bancos de dados e cadastros de consumo: a “promiscuidade” gerada pela economia da informação	38
1.4	Conclusão: a formatação de uma economia de vigilância e de um varejo dos dados pessoais.....	42
Capítulo II – Dados pessoais e direitos da personalidade.....		45
2.1	Direitos da personalidade: considerações iniciais sobre a inserção dos dados pessoais nessa categoria jurídica	45
2.2	A projeção da personalidade por meio dos dados	55
2.2.1	Dados pessoais e projeção da personalidade: uma nova identidade	55
2.2.2	Conceito de dados pessoais: reducionista <i>versus</i> expansionista nas leis setoriais e na lei geral brasileira de proteção de dados pessoais	59
2.2.3	Dados “anônimos” como a antítese de dados pessoais: o filtro da razoabilidade.....	61
2.2.3.1	Calibrando o filtro da razoabilidade: critérios objetivos e subjetivos como fatores de uma análise de risco	67
2.2.3.2	Exemplificando alguns fatores de risco: os enigmáticos termos “no momento” e “ocasião” do tratamento	72
2.2.4	A importância pragmática da alocação dogmática de dados pessoais como um novo direito da personalidade: análise consequencialista	75
2.2.5	Modelo analítico de dado pessoal	81
2.3	O desenvolvimento da personalidade por meio do fluxo informativo ...	82
2.3.1	Dados sensíveis e o tratamento sensível de dados triviais: a interface com o direito de isonomia e não discriminação.....	83
2.3.2	“Datificação” das nossas vidas: Internet das coisas e o IPV6.....	85
2.3.3	“Ditadura dos dados” e <i>profiling</i> : estigmatização do ser humano e os seus reflexos na sua esfera relacional e nas liberdades fundamentais.....	87
2.4	A proteção dos dados como categoria autônoma dos direitos da personalidade: rompendo com a dicotomia do público e privado.....	90
2.4.1	Estabelecendo um diálogo entre o direito à privacidade (liberdade negativa) e à proteção dos dados pessoais (liberdade positiva)	91
2.4.2	A decisão da Corte Constitucional alemã: Lei do Censo de 1983...	97
2.4.3	A decisão do Supremo Tribunal Federal: caso IBGE de 2020 ...	102

2.5	Conclusão: Autodeterminação informacional e a dupla função de leis de proteção de dados pessoais	107
-----	--	-----

PARTE II

CONSENTIMENTO E A (RE)AVALIAÇÃO DO SEU PAPEL NORMATIVO NA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Capítulo III — A travessia do protagonismo do consentimento	113
3.1 O contexto inicial em torno da demanda regulatória da proteção dos dados pessoais e a primeira geração de leis.....	113
3.2 As subseqüentes gerações de leis de proteção de dados pessoais: emergência, questionamento e a reafirmação do papel de protagonismo do consentimento	114
3.3 A redoma do consentimento na normatização da proteção dos dados pessoais	117
3.3.1 <i>Fair Information Practice Principles/FIPPs</i> e as <i>guidelines</i> da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico	117
3.3.2 O direito comunitário europeu (Conselho da Europa e União Europeia): da Convenção 108 à GDPR	121
3.3.3 Leis setoriais e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais	125
3.3.3.1 Código de Defesa do Consumidor.....	125
3.3.3.2 Lei do Cadastro Positivo.....	126
3.3.3.3 Marco Civil da Internet.....	128
3.3.3.4 Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: o percurso do consentimento entre 2010 e 2018	130
3.4 Conclusão: a redoma do consentimento e o refratário protagonismo do consentimento.....	133
Capítulo IV — Reavaliação procedimental (forma) do consentimento como protagonista da proteção de dados pessoais	137
4.1 Consentimento e a demanda subjacente contemporânea da proteção de dados pessoais.....	137
4.1.1 Da teletela orwelliana à vigilância distribuída e líquida: entre a percepção romancista-ficcional e a análise sociológica crítica do controle dos dados	137
4.1.2 A complexidade do fluxo informacional e as limitações cognitivas para um genuíno processo de tomada de decisão sobre os dados pessoais.....	142
4.1.3 Estudos empíricos a confirmar a sobrecarga e evasão ao consentimento.....	145
4.1.3.1 <i>Mental models</i> (Universidades de Stanford e Carnegie Mellon).....	145

4.1.3.2	<i>Trackers</i> e a corrida armamentista tecnológica como elemento neutralizador da capacidade do usuário em controlar as suas informações pessoais (Universidade de Berkeley)	149
4.1.3.3	Resignação pela assimetria de poder no fluxo das informações pessoais: o problema estrutural do câmbio-troca (<i>trade-off</i>) da economia dos dados pessoais (Universidade da Pensilvânia)	152
4.1.3.4	Avisos de Cookies: o cenário pós-GDPR e a contínua evasão das escolhas do titular dos dados (Universidade de Bochum)	156
4.1.4	Conclusão: assimetria e (hiper)vulnerabilidade próprias no âmbito da proteção dos dados pessoais e o debate normativo da proteção dos dados pessoais	158
4.2	Equalizando as assimetrias para um controle mais efetivo dos dados pessoais: tangibilizando a adjetivação do consentimento	166
4.2.1	As políticas de privacidade: uma forma sólida e ineficiente para controlar o fluxo líquido dos dados pessoais.....	166
4.2.2	Tecnologias de Facilitação da Privacidade (<i>Privacy Enhancing Technologies/PETs</i>): uma parcela do conceito de privacidade por concepção (<i>Privacy by Design/PbD</i>)	171
4.2.2.1	<i>Do Not Track/DNT</i> : revisitando a ótica binária do <i>opt-in</i> e <i>opt-out</i> e a qualificação artificial do consentimento no plano da coleta dos dados pessoais	173
4.2.2.2	<i>Platform for Privacy Preferences/P3P</i> : massificação das preferências de privacidade e o consentimento granular.....	176
4.2.2.3	Internet das Coisas/IoT: interoperabilidade e PETs	179
4.2.3	Emprestando densidade legal às PETs e dissecando os adjetivos do consentimento	180
4.2.3.1	Relação obrigacional e o processo de controle dos dados: PETS de acordo com a concepção dinâmica do vínculo obrigacional.....	180
4.2.3.2	Adjetivação do consentimento	183
4.2.3.2.1	Informado: dever-direito de informar e transparência.....	184
4.2.3.2.2	Livre: “poder de barganha”	189
4.2.3.2.3	Inequívoco e finalidades determinadas: “não manipulação”	190
4.2.3.2.4	Específico e expreso: carga participativa máxima do titular	192
4.2.3.3	Projetando a resolução da difícil equação do consentimento: a experiência brasileira pré-LGPD	195

4.3	Conclusão: empoderando o titular dos dados pessoais por meio de uma agenda crítica da arquitetura da rede e de escolhas	197
 Capítulo V — A reavaliação substantiva (conteúdo) do consentimento como protagonista da proteção de dados pessoais		
		201
5.1	Em direção a uma normatização substantiva e menos procedimental da proteção dos dados pessoais.....	201
5.2	Fundações teóricas para a normatização substancial da proteção dos dados pessoais.....	202
5.2.1	Um diálogo com Helen Nissenbaum sobre privacidade contextual: a equação contexto + integridade = normas informacionais	202
5.2.1.1	Normas informacionais: entre um fluxo interno e externo apropriado dos dados pessoais e o saldo das legítimas expectativas de privacidade	204
5.2.1.2	O valor social da proteção dos dados pessoais e a negociabilidade limitada dos direitos da personalidade: titularidade <i>versus</i> propriedade dos dados.....	207
5.3	Perspectivas normativas-práticas da limitação do consentimento	213
5.3.1	Os núcleos duros impostos em leis setoriais de proteção de dados pessoais	213
5.3.1.1	Sigilo e inviolabilidade das comunicações privadas na Internet (Marco Civil da Internet)	213
5.3.1.2	A proibição da guarda combinada de logs de acesso e de aplicação pelos provedores de conexão (Marco Civil da Internet)	215
5.3.1.3	Limitação do uso de dados pessoais para fins de avaliação de crédito (Lei do Cadastro Positivo e Superior Tribunal de Justiça)	218
5.3.2	Proteção de dados pessoais e discriminação: agenda em construção sobre os limites da autodeterminação informacional no cenário de decisões automatizadas	220
5.3.3	Reflexões sobre casos midiáticos: unificação de políticas de privacidade, pesquisas emocionais, termos de uso “absurdos” e a “teletela orwelliana” do século XXI.....	223
5.3.3.1	Síntese da privacidade contextual na prática	226
5.4	<i>Big Data</i> e usos secundários dos dados pessoais: desafios para um outro relato normativo complementar da privacidade contextual	227
5.4.1	Aplicação da privacidade (consentimento) contextual a partir de vetores tradicionais da cultura jurídica brasileira.....	231
5.4.1.1	Consentimento contextual em uma relação contínua e cativa de longa duração.....	232

5.4.1.2	Boa-fé e tutela da confiança como vetores da privacidade contextual	234
5.4.1.3	Abuso de direito e a posição jurídica de quem se vale da privacidade contextual para legitimar uma atividade de tratamento de dados	236
5.4.2	Base legal do legítimo interesse: aplicação da privacidade contextual	238
5.4.2.1	O “denominador comum” do legítimo interesse no direito comunitário europeu: da diretiva à GDPR	238
5.4.2.2	O “denominador comum” do legítimo interesse no Brasil: do anteprojeto à LGPD	240
5.4.2.3	Teste de proporcionalidade do legítimo interesse: balanceando direitos na LGPD em quatro etapas	242
5.4.2.4	Casos	249
5.4.2.4.1	Questões controvertidas sobre a aplicação do legítimo interesse	256
5.4.2.4.1.1	É obrigatório documentar o teste do legítimo interesse (LIA) na LGPD?.....	256
5.4.2.4.1.2	Direito de oposição: possibilidades e limites a partir das lentes do abuso de direito e os aspectos objetivos e subjetivos da legítima expectativa.....	258
5.4.2.4.1.3	Uma lógica de risco: pontos de atenção em torno do uso da base legal do legítimo interesse a partir do exemplo do campo da publicidade direcionada	260
5.4.2.5	Síntese da aplicação da privacidade contextual na LGPD através do legítimo interesse	265
5.5	Dados públicos e manifestamente públicos na LGPD.....	266
5.6	Diálogo das fontes: LGPD em coordenação com o restante do ordenamento jurídico brasileiro	269
5.7	Conclusão: autodeterminação informacional vai muito além do consentimento	274
Bibliografia.....		279