

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**ANÁLISE DA POLÍTICA DE COOKIES SOB A ÓTICA DA LEI GERAL DE
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LEI N° 13.709/18)**

LEONARDO FERNANDES GONÇALVES

RIO DE JANEIRO

2022.2

LEONARDO FERNANDES GONÇALVES

**ANÁLISE DA POLÍTICA DE COOKIES SOB A ÓTICA DA LEI GERAL DE
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LEI N° 13.709/18)**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Esp. Mateus Netto Coelho**.

RIO DE JANEIRO

2022.2

LEONARDO FERNANDES GONÇALVES

**ANÁLISE DA POLÍTICA DE COOKIES SOB A ÓTICA DA LEI GERAL DE
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LEI N° 13.709/18)**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Esp. Mateus Netto Coelho**.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Prof. Esp. Mateus Netto Coelho
Orientador

Profª. Dra. Maria Regina Rigolon Korkmaz
Membro da Banca

Prof. Me. Filipe José Medon Affonso
Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2022.2

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me dado forças ao longo dessa jornada, guiando os meus passos e vigiando o meu caminho.

Aos meus pais, Fatima e José Mauricio, por terem me dado a oportunidade que não tiveram, me propiciando todo o amor, apoio e dedicação que, sem dúvidas, foram imprescindíveis para o sucesso da minha formação, além de servirem como exemplo de determinação e superação que eu vou guardar no peito até o fim.

Aos meus queridos amigos, por toda ajuda, suporte e companhia ao longo da minha graduação, por estarem comigo nos bons e nos maus momentos e por torcerem e confiarem em mim.

Ao meu orientador, Prof. Mateus Netto Coelho, pelo direcionamento, apoio, paciência, disponibilidade, atenção e dedicação na elaboração deste trabalho.

Ao ensino público, gratuito e de qualidade, que me acompanhou durante toda a minha vida: a Escola Municipal Emmanuel Pereira Filho, onde fui alfabetizado, a Escola Municipal Ary Barroso, onde cursei o ensino fundamental, a Escola Técnica Estadual Juscelino Kubitschek, onde cursei o ensino médio e técnico em administração e, a Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, que me acolheu e me deu uma profissão.

Sem vocês, nada disso seria possível.

“Se você não paga pelo produto, o produto é você.”

– Andrew Lewis

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar como os *cookies* e a sua política, como forma de tratamento de dados, são abordados pela legislação brasileira, sobretudo através da Lei Geral de Proteção de Dados. Para tanto, traça-se inicialmente o desenvolvimento histórico do direito à privacidade dentro da sociedade, bem como a sua relação com o direito à proteção de dados. Em seguida, avança-se para uma pesquisa doutrinária sobre a importância da autodeterminação informativa e o papel do consentimento do indivíduo na relação de tratamento de dados como forma de proteger e garantir esse direito, assim como a consequência de sua revogação. Termina-se abordando a definição de *cookies* e delineando como a LGPD regulamenta a ferramenta, concluindo-se pelo impacto positivo que a referida lei trouxe, ao permitir que, a partir de sua interpretação, sejam reguladas relações atuais e futuras que envolvam o tratamento de dados no Brasil, trazendo maior equidade, transparência e lisura às relações jurídicas informacionais.

Palavras-chave: Proteção de Dados Pessoais; Autodeterminação Informativa; Consentimento; Política de Cookies; Privacidade.

ABSTRACT

This research aims to analyze how cookies and their policy, as a form of data processing, are considered by Brazilian legislation, especially through the General Data Protection Law (LGPD). To do so, the historical development of the right to privacy within society is initially traced, as well as its relationship with the right to data protection. Then, we move on to a doctrinal survey on the importance of informational self-determination and the role of the individual consent in the data processing relationship as a way to protect and guarantee this right, as well as the consequence of its revocation. It ends by addressing the definition of cookies and outlining how the LGPD regulation is a tool, concluding by the positive impact that the aforementioned law has brought, by allowing, based on its interpretation, the current and future relationships that involve the treatment to be regulated. of data in Brazil, bringing greater equity, transparency and fairness to informational legal relationships.

Keywords: Personal Data Protection; Informational self-determination; Consent; Cookie Policy; Privacy.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANPD	Agência Nacional de Proteção de Dados
ART.	Artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
DNPDP	Direção Nacional de Proteção de Dados Pessoais
EUA	Estados Unidos da América
GDPR	<i>General Data Protection Regulation</i>
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CONCEITO DE PRIVACIDADE AO LONGO DO TEMPO	14
1.1 A sociedade da informação	14
1.2 A privacidade como direito fundamental	16
1.3 A privacidade como um direito do consumidor	20
2. DIREITO À PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	22
2.1 A relação entre o direito à privacidade e o direito à proteção de dados	22
2.2 Direito à autodeterminação informacional	25
2.2 O papel do consentimento na proteção de dados pessoais	29
2.3.1 Consentimento livre	34
2.3.2 Consentimento informado	35
2.3.3 Consentimento inequívoco	38
2.4 A revogabilidade do consentimento	39
2.5 Direito à eliminação de dados	41
3. POLÍTICA DE <i>COOKIES</i>	44
3.1 Definição	44
3.2 Os <i>cookies</i> e o consentimento	46
4. A REGULAÇÃO DOS <i>COOKIES</i> E SEUS DESAFIOS	50
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em vigor desde agosto de 2020, foi promulgada com o intuito de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como a livre formação da personalidade de cada indivíduo, seguindo o esforço internacional acerca do tratamento de dados pessoais, principalmente nos meios digitais, em resposta à sua grande expansão.

Considera-se dado pessoal, toda e qualquer informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, conforme dispõe o artigo 5º, inciso I, da LGPD, assim, quando se é possível ligar um dado a um indivíduo, tem-se o dado pessoal.

Diante disso, estabeleceu-se que qualquer pessoa que trate dados, seja ela natural ou jurídica, de direito público ou privado, inclusive na atividade realizada nos meios digitais, deverá observar a base legal mencionada para fundamentar e direcionar os tratamentos de dados pessoais afetos às suas atividades¹.

A importância da proteção desses dados se dá em razão de vivermos em uma Sociedade da Informação, ou seja, uma sociedade na qual as tecnologias de informação e de comunicação se tornaram fundamentais para ela, sendo elemento central da atividade humana², em compasso com o crescimento do mundo virtual, impulsionado pela sua expansão, popularização e facilidade do acesso, principalmente com a popularização dos *smartphones*. Ao falarmos de mundo virtual, por sua vez, estamos tratando de um ambiente repleto de pessoas naturais e jurídicas interagindo umas com as outras, tanto oferecendo seus serviços e produtos, quanto usufruindo deles.

Nesse sentido, é imperioso pensar, por exemplo, nas redes sociais, que são cada vez mais presentes na vida dos indivíduos, nas quais, no ato de se cadastrar, é solicitado ao usuário que entregue seus dados pessoais para se identificar e criar um perfil, incluindo seu número de

¹ TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, 2020. p. 2. Disponível em: <https://civilistica.com/tratamento-de-dados-pessoais-na-lgpd/>. Acesso em: 30 out. 2022.

² CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society*. Blackwell: Oxford, 1996 [ed. bras.: A sociedade em rede. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2011. p. 131].

telefone, seu *e-mail*, seu nome completo, e em alguns casos, até mesmo seu endereço e números de documentos pessoais, ao provedor, que no contexto capitalista possui interesse direto em gerar lucro com a prestação de seus serviços.

Não obstante, ao passo que o usuário começa a utilizar uma rede social, seja ativamente, publicando, comentando, interagindo, ou passivamente, apenas visitando-a, a todo o tempo a sua atividade está sendo monitorada para que seja construída, com o auxílio de algoritmos, um perfil “oculto” desse usuário, que só o provedor da rede social tem acesso, e é responsável por todo conteúdo futuro a ser oferecido, para que aquela rede social tenha cada vez mais correlação com as características do usuário que a utiliza.

A mesma situação ocorre ao comprarmos algo na internet, como por exemplo, através dos *e-marketplaces*³. Do momento da pesquisa de produtos, até a sua compra, diversos são os dados processados para que a plataforma consiga oferecer não só o produto que o consumidor deseja, mas produtos semelhantes ou que sejam relevantes para aquele tipo de comprador, com base em outros dados coletados anteriormente, de outros indivíduos, que procuraram ou compraram aquele produto.

Nesta perspectiva, é possível observar que as técnicas de cruzamento de dados, são importantes não apenas para a eficiência do mercado no ambiente virtual, mas também contribuem para o seu aperfeiçoamento, trazendo benefícios tanto para as empresas, quanto para os seus usuários, pois passam a receber conteúdos mais relevantes, conforme seus interesses.

A problemática dessa situação advém do movimento natural que as empresas costumam ter de buscarem serem mais eficientes e conquistarem mais espaço de mercado, e que agora

³ O *e-marketplace* é “um tipo de site de comércio eletrônico que conecta aqueles que procuram fornecer um produto ou serviço (vendedores) para aqueles que desejam comprar esse produto ou serviço (compradores).” *in*: WERTZ, Boris; KINGYENS, Angela Tran. *A Guide to Marketplaces*. Version One Ventures, 2015. p. 6.

contam com os dados pessoais coletados como grandes aliados⁴. Os dados tem grande valor se coletados e explorados, sendo considerado para alguns especialistas como o novo petróleo. Surge então a necessidade de se traçar um limite de até onde esses dados podem ser coletados e usados sem que os usuários tenham prejuízos ou direitos fundamentais violados.

Até então, muitos desses dados eram explorados sem que os titulares sequer soubessem que as empresas detinham suas informações pessoais em seus respectivos bancos de dados, tampouco tinham acesso sobre quais dados eram coletados. Cenário esse que teve vertiginosa mudança com o advento da *General Data Protection Regulation* (GDPR)⁵, da União Europeia, legislação pioneira sobre proteção de dados, e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, que se aplica a qualquer negócio ou organização que processa dados de pessoas no país, independentemente de onde eles estejam localizados.

Uma das técnicas mais eficientes de coleta de dados no ambiente digital, atualmente, são os *cookies*. Presentes na maioria dos sites visitados, os *cookies* permitem a coleta de informações do computador do usuário, inclusive de dados pessoais, visando o atendimento de finalidades diversas, como, o regular funcionamento da página e a viabilização de oferta de serviços⁶.

O presente estudo se propõe a entender como os *cookies* são abordados na legislação brasileira, sobretudo pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, e a influência da legislação estrangeira quanto a sua regularização. Para isso, será abordado o conceito de privacidade ao longo do tempo, trazendo recortes doutrinários, para se entender a evolução desse direito e a

⁴ Nesse sentido, Arthur Pinheiro Basan afirma que: “[...] o problema surge a partir do momento em que a publicidade, notadamente a virtual, promovida no ambiente da Internet, passa a agir de modo patológico, ao buscar o resultado financeiro lucrativo a qualquer custo, mesmo que para isso, seja necessário violar direitos fundamentais das pessoas, como a privacidade, em seu aspecto de dados pessoais. E tal situação fica ainda mais evidente ao constatar que, para a implementação das publicidades direcionadas e importunadoras, e muitas vezes não solicitadas, faz-se o uso de banco de dados, com informações sensíveis das pessoas, para que, assim, adquiram maior potencial de induzimento, posto que individualmente produzidas com base na personalidade construída virtualmente, que inclui interesses, condição social, preferências, localização geográfica, hábitos de consumo, convicções etc.” in: BASAN, Arthur Pinheiro. Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 29.

⁵ Sobre a GDPR, Alexandre Libório fala “O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) regula a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, garantindo a liberdade de circulação de dados pessoais no interior da União Europeia.” - WACHOWICZ, Marcos. Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado. Curitiba: Gedai, 2020. p. 74.

⁶ ANPD. Guia Orientativo: Cookies e proteção de dados pessoais. Ver. 1. Brasília, 2022. p. 8. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2022.

sua relação com a proteção de dados. Também, será tratada a importância do consentimento para o tratamento de dados e, por conseguinte, para a utilização de *cookies*. Por fim, será discutida a regulamentação da ferramenta, seus riscos e seus desafios, buscando explorar o cenário de proteção vigente, sem a pretensão de esgotar o tema, dada a recência da LGPD.

1. CONCEITO DE PRIVACIDADE AO LONGO DO TEMPO

1.1 A sociedade da informação

Ao longo do tempo, a sociedade passou por diversas transformações estruturais em sua organização, de modo a refletir no seu desenvolvimento, em cada momento, de sua maneira, influenciando diretamente a forma como os indivíduos lidavam com as normas jurídicas.

Na sociedade agrária, a economia era baseada quase que exclusivamente na produção e manutenção de culturas e terras de cultivo, sendo o produto oriundo dessa atividade responsável tanto por movimentar a economia, por meio da prática de escambo, quanto por garantir a subsistência dos seres humanos desde o início dos tempos⁷.

Após, com o surgimento das máquinas a vapor e da eletricidade, viveu-se a sociedade industrial, conhecida por impulsionar a urbanização e o crescimento demográfico no entorno das grandes fábricas, tendo em vista que, como a capacidade de produzir industrial era maior que a de artesãos e era menor a quantidade de pessoas exigidas para produzir os produtos, a sociedade e a economia passaram a girar entorno deste sistema⁸.

Logo após a Segunda Guerra Mundial, surgiu a sociedade pós-industrial, onde os serviços angariaram papel de destaque no arranjo socioeconômico. Nesse sistema, a sociedade não se caracterizava mais pelo que se poderia produzir, mas pelo que os serviços poderiam ofertar, tornando a prestação de serviços a mola propulsora da economia⁹.

Atualmente, vivemos uma forma de organização social em que a informação é o elemento principal para o desenvolvimento da economia, a qual é chamada de sociedade da informação. Tal organização social possui como grande propulsora o crescimento do ambiente virtual e suas tecnologias, com destaque aos bancos de dados eletrônicos, responsáveis pelo armazenamento de todos os inúmeros dados que surgem e circulam todos os dias, a todo momento¹⁰.

⁷ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 33.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem. p. 34.

A sociedade da informação, segundo o sociólogo Manuel Castells, se caracteriza por uma preponderância da informação sobre os meios de produção e de distribuição dos bens dentro da sociedade, em decorrência, principalmente, do surgimento dos computadores e da *internet*. São as denominadas “tecnologias para agir sobre a informação”, cuja inserção nas relações sociais e nos processos do pensamento humano implica na “consolidação da lógica de redes nos sistemas e processos humanos e à exigibilidade das formas e das instituições”¹¹.

De acordo com Castells, a sociedade da informação apresenta cinco características: (i) a informação é a matéria-prima, atuando o indivíduo sobre a informação; (ii) a penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias, em razão da informação ter se tornado parte integral de toda atividade humana; (iii) a lógica de redes, caracterizada pelo dinamismo, interações complexas e a imprevisibilidade de resultados; (iv) a flexibilidade, ligado a ideia de aprendizagem e a possibilidade de adaptação e aperfeiçoamento contínuo e; (v) a crescente convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado, onde todas as tecnologias passam a integrar o sistema de informação¹².

Acompanhado desse progresso, a sociedade vem experienciando a expansão dos meios de comunicação e, por conseguinte, da liberdade de expressão, haja vista os inúmeros meios de se comunicar, de se expressar e de interagir com outras pessoas publicamente sobre os mais diversos assuntos, seja de cunho político, religioso ou social. E tudo isso de forma gratuita, como é o caso do Twitter, rede social de mensagens curtas, onde o usuário em poucos cliques, consegue criar uma conta e ter acesso a uma infinidade de publicações e opiniões de outros usuários, algumas de cunho político, outras de cunho pessoal, sem que haja repressão ou censura por parte da plataforma ou de entidades governamentais, exceto quando há violação legal ou de suas diretrizes¹³.

Em paralelo a isso, para Joyceane Menezes e Hian Colaço, a informação se tornou uma moeda de troca nas interações sociais e comerciais na sociedade da informação e o poder passou a ser exercido para produzir e difundir conteúdos de informação, sob o controle de interesses

¹¹ CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society*. Blackwell: Oxford, 1996 [ed. bras.: A sociedade em rede. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2011. p. 131].

¹² *Ibidem*. p. 131-134.

¹³ FREITAS, Michelli. Liberdade de expressão em tempos de redes sociais. Disponível em: <https://blog.ieac.net.br/liberdade-de-expressao-em-tempos-de-redes-sociais/>. Acesso em: 06 dez. 2022.

específicos¹⁴. Interpretam assim, que o ambiente virtual não é um instrumento de liberdade, pois a partir do momento que os governos e grandes empresas que operam nesse ambiente realizam a coleta de dados, ameaçam a privacidade do indivíduo em favor dos próprios interesses, razão pela qual os autores justificam ser necessária a regulamentação do tratamento dos dados pessoais¹⁵.

Nesse sentido, Vecchio, Vieira e Trindade ressaltam:

“À medida em que a confiança nas transações online cresce consideravelmente, mais pessoas tornam-se vinculadas às mais variadas espécies de contratos eletrônicos sem que ao menos percebam a multiplicidade de relações jurídicas com as quais acordam e, conseqüentemente, os dados informados para que esta mesma relação possa ser celebrada junto aos sistemas fornecedores”¹⁶

Portanto, como esse novo cenário que a sociedade atualmente vivencia envolve uma gama de atores em torno de um mesmo fator em comum, qual seja, o conjunto dos dados pessoais, é importante ser observado, de perto, pelos legisladores e, sobretudo, pela sociedade, como esses dados estão sendo tratados pelas empresas privadas e entidades governamentais. Cabe a tutela sobre o seu uso, evitando que o seu uso fira algum direito fundamental do titular, como o direito à privacidade ou o direito da personalidade, pois é uma novidade até mesmo para esses agentes.

1.2 A privacidade como direito fundamental

Segundo Danilo Doneda, é característica da sociedade que vivemos atualmente a preocupação com a privacidade e a luta por formas de garanti-la, estando ligada diretamente a defesa da personalidade e o seu desenvolvimento¹⁷. Apesar dessa grande importância da privacidade e do crescimento das questões jurídicas relacionadas a ela, Marcel Leonardi, em

¹⁴ MENEZES, Joyceanne B.; COLAÇO, Hian S. Quando a Lei Geral de Proteção de Dados não se aplica?. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords.). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 154.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ VECCHIO, Fabrizio B.; VIEIRA, Débora M.; TRINDADE, Manoel Gustavo N. Compliance e responsabilidade penal empresarial nos incidentes por data breach. In: SARLET, Gabrielle B. S.; TRINDADE, Manoel Gustavo N.; MELGARÉ, Plínio (coords.). Proteção de dados: temas controvertidos. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 426.

¹⁷ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 31.

sua obra, afirma que a doutrina falha em tentar encontrar um conceito único de privacidade que seja capaz de defini-la de forma a ser aplicada a todas as situações em que fosse evocada¹⁸.

Nessa perspectiva, a doutrina estrangeira utiliza de uma variedade de expressões para se referir à privacidade¹⁹. Conforme Marcel Leonardi elenca, na Alemanha, se usa a expressão *die Privatsphäre*, fazendo distinção entre a autonomia individual e a vida social; na Espanha, usa-se o termo *Derecho a la intimidad*; nos Estados Unidos, fala-se em *privacy*; na Itália, utiliza-se a expressão *diritto ala riservatezza* e ao *diritto ala segretezza* e à *privacy*; em Portugal, refere-se à reserva da intimidade da vida privada e privacidade; na França, se fala em *droit au secret de la vie privée* e em *protection de la vie privée*, em tradução livre, “direito ao segredo da vida privada” e “proteção da vida privada”²⁰.

A legislação brasileira, por sua vez, se utiliza de uma série de termos distintos para se referir à privacidade²¹. Na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso X, declaram-se invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação²². Assim também é no Código Civil de 2002, que em seu art. 21, para tratar da privacidade, declara que a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário à norma²³.

Para Marcel Leonardi, a doutrina pondera que é difícil definir a privacidade, uma vez que consiste em uma expressão, nas palavras de Arthur R. Miller, “irritantemente vaga e evanescente”²⁴, possuindo sentido vago e emotivo, assim como a expressão “liberdade”, que como o termo privacidade, carrega um valor complexo e de tantos significados²⁵. Acrescenta ainda, que toda tentativa da doutrina de conceituar a expressão privacidade segue o método de identificar direitos semelhantes e diferenciá-la deles, como preleciona:

¹⁸ LEONARDI, Marcel. Tutela e privacidade na internet. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 48.

¹⁹ Ibidem. p. 46.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

²³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF: Presidente da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

²⁴ MILLER, Arthur R. *The assault on privacy*. Ann Arbor: University of Michigan, 1971. p. 25.

²⁵ LEONARDI, Marcel. Tutela e privacidade na internet. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 48.

“(…) Busca-se um conjunto comum de elementos necessários e suficientes para distinguir a privacidade de outros direitos. Ainda que haja uma variação de terminologia – fala-se em ‘núcleo’, ‘essência’, ‘âmago’, ‘eixo’, ‘mola-mestra’, ‘cerne’, ‘alma’, ‘bojo’, entre outros sinônimos – normalmente propõe-se a existência de um mínimo denominador comum capaz de definir o que é ou não privacidade. Almeja-se, assim, incluir a privacidade em uma categoria separada de outros conceitos, com limites fixos e claros, para que seja possível subsumir determinada situação fática a essa categoria.”²⁶

Destarte, é possível notar que os conceitos de privacidade são “acolhidos ou rejeitados conforme sua coerência, lógica e consistência, mensuradas pela sua precisão em capturar o que a privacidade representa”²⁷. Nessa lógica, considera-se os conceitos mais adequados aqueles que são usados na defesa de situações comumente consideradas privadas²⁸.

Essa ideia remonta aos primórdios da doutrina do direito à privacidade que era, nas palavras de Danilo Doneda, “marcada por um individualismo exacerbado e até egoísta”²⁹, carregando o aspecto do direito de ser deixado só, associado ao isolamento e à reclusão³⁰. Nessa toada, aliás, Doneda aponta a importância do individualismo historicamente presente na privacidade para a sua construção como é conhecida atualmente:

“Mesmo hoje, com a privacidade consagrada como um direito fundamental, alguns traços do contexto individualista do qual é originária ainda se fazem notar. Talvez nem possa ser diferente, até pelo seu grande potencial de ressaltar as individualidades na vida em relação – é prudente não abstrairmos o fato de que se trata de um direito que já foi qualificado como ‘tipicamente burguês’ na chamada ‘idade de ouro da privacidade’ – a segunda metade do século XIX, não por acaso o apogeu do liberalismo jurídico clássico. Mas foram essas mesmas relações, potencializadas pelo crescimento do fluxo de informações pessoais, que lançaram luz sobre um outro aspecto da privacidade: a sua importância para uma sociedade democrática como pré-requisito fundamental para o exercício de diversas outras liberdades fundamentais.”³¹

Dessa forma, o direito à privacidade, desde a sua inserção nos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, sempre carregou em sua essência um caráter patrimonial, de defesa da intimidade de certas castas da burguesia, marcado pelo elitismo, sendo gozado apenas por figuras de grande relevo social³².

²⁶ Ibidem. p. 51.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 32.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem. p. 33.

Entretanto, com o aumento da informação e do tratamento de dados pessoais, esse cenário mudou. Assumindo posição de destaque nos últimos tempos, a informação passou a ser disputada entre o Estado e o setor privado, e no meio, restou o indivíduo, mais vulnerável em relação a eles, fazendo necessário que o direito à privacidade abarcasse a sua proteção³³. Essa nova relação entre a privacidade e a informação modificou consideravelmente o perfil daquela, passando de um direito exacerbadamente individualista, que visava garantir o isolamento e o direito à intimidade, para um direito capaz de proporcionar ao indivíduo os meios necessários para estabelecer e consolidar sua própria esfera privada e, por conseguinte, a sua personalidade³⁴.

Diante deste cenário, marcado pela evolução do tratamento da privacidade, a sua proteção, como é concebida atualmente, contempla a tutela de uma série de interesses do indivíduo. A privacidade assume, neste diapasão, papel fundamental no ordenamento jurídico, servindo como sustentáculo para outros direitos, como o direito à proteção de dados³⁵.

Nesse sentido, ao abordar como o ordenamento jurídico brasileiro contempla a proteção da pessoa humana e da privacidade como um direito fundamental, Danilo Doneda destaca a forma ramificada de atuação adotada pela legislação:

“(...) Uma análise do instrumental disponível para possibilitar a concreta atuação de tais direitos, porém, deixa entrever uma proteção que, embora devesse corresponder a uma proteção integrada e orientada pela tábua axiológica constitucional, atua de forma fracionada, em focos de atuação determinados – sejam eles a ação de *habeas data*, as previsões do Código de Defesa do Consumidor, sejam outras – que tendem a se orientar mais pela lógica de seus campos específicos do que por uma estratégia baseada na tutela integral da personalidade através da proteção dos dados pessoais.”³⁶

Portanto, apesar do conceito amplo e vago trazido pela Constituição Federal, ao se limitar a apontar apenas que a proteção da privacidade é um direito fundamental, é notável a preocupação da legislação em trazer materialidade e funcionalidade a essa proteção³⁷. Nesse sentido, aliás, buscando tratar a privacidade de maneira mais concreta, o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF) elenca o rol de proteções que o direito à privacidade deve trazer ao indivíduo:

³³ Ibidem. p. 34-38.

³⁴ Ibidem. p. 39.

³⁵ Ibidem. p. 39-40.

³⁶ Ibidem. p. 41.

³⁷ Ibidem. p. 40-42.

“(...) a defesa da privacidade deve proteger o homem contra: (a) a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica; (b) a ingerência em sua integridade física ou mental, ou em sua liberdade intelectual e moral; (c) os ataques à sua honra e reputação; (d) sua colocação em perspectiva falsa; (e) a comunicação de fatos relevantes e embaraçosos relativos à sua intimidade; (f) o uso de seu nome, identidade e retrato; (g) a espionagem e a espreita; (h) a intervenção na correspondência; (i) a má utilização de informações escritas e orais; (j) a transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.”³⁸

Diante deste cenário, ao buscar uma definição do valor da privacidade e a sua abrangência, deve-se levar em consideração a sua dimensão coletiva, de proteção dos indivíduos contra diversos tipos de danos e intromissões que podem impossibilitar o regular desenvolvimento de sua personalidade, não devendo ser abordada como um desejo, capricho ou necessidade individual, conforme preleciona Marcel Leonardi³⁹.

Nesta perspectiva, o ordenamento jurídico brasileiro é claro ao definir a privacidade como um direito fundamental, capaz de abranger interesses coletivos e individuais, adotando políticas de proteção que se estendem a todos os direitos dela derivados.

1.3 A privacidade como um direito do consumidor

O direito do consumidor pode ser compreendido como um ramo do direito que tem por finalidade disciplinar a ordem econômica⁴⁰, estando presente na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXII, bem como no seu art. 170, inciso V. Do comando constitucional, decorreu a criação de legislação específica, como a Lei nº 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor.

Apesar da função principiológica relacionada à ordem econômica, o direito consumerista também exerce importante papel de proteção do consumidor, relacionada a sua vulnerabilidade frente aos prestadores e fornecedores de produtos e serviços, conforme leciona Laura Schertel:

“(...) O consumidor é reconhecido como um sujeito universal de direitos a partir da constatação de um traço comum entre eles, qual seja, a sua vulnerabilidade em face

³⁸ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 36. Ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 175.

³⁹ LEONARDI, Marcel. Tutela e privacidade na internet. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 121-123.

⁴⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 207.

aos produtores. Assim, nas diferentes formas de contratação e nos mais variados tipos de ambientes em que os consumidores podem estar inseridos, a vulnerabilidade do consumidor no mercado é uma característica patente, que se consubstancia na diferença de poder entre consumidores e produtores. Desse modo, a legislação de proteção ao consumidor emerge como o instrumento para reequilibrar a relação, ao reforçar a posição do consumidor e limitar determinadas condutas do fornecedor.”⁴¹

Nessa linha, cabe destaque ao princípio da vulnerabilidade, à medida que se reconhece, nas palavras de Laura Schertel, o “estado de risco e fragilidade do sujeito de direitos inserido no mercado de consumo”⁴², agindo o direito do consumidor, em observância a esse princípio, na busca do reequilíbrio de poderes na relação de consumo⁴³.

Por sua vez, ao tratar da privacidade, o direito do consumidor faz um recorte à proteção dos dados pessoais do consumidor, em clara observância do princípio da vulnerabilidade, como por exemplo, no artigo 43 do CDC, *in verbis*, “o consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.”⁴⁴

Para Laura Schertel, esse recorte é necessário porque os dados pessoais do consumidor representam a pessoa e o seu íntimo, apontando para o risco que o consumidor corre ao ter seus dados tratados de forma equivocada ou discriminatória, afetando o seu acesso a bens e serviços⁴⁵.

Portanto, pode-se afirmar que antes mesmo do advento da LGPD, o Código de Defesa do Consumidor já atuava na defesa da privacidade dos consumidores através da proteção de dados pessoais, para além do mero funcionamento adequado do mercado.

⁴¹ MENDES, Laura S. Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica - Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. 1 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502218987. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218987/>. Acesso em: 11 dez. 2022. p. 195.

⁴² *Ibidem*. p. 198.

⁴³ *Ibidem*. p. 198.

⁴⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Brasília, DF: Presidente da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

⁴⁵ MENDES, Laura S. Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica - Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental. 1 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502218987. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218987/>. Acesso em: 11 dez. 2022. p. 198-199.

2. DIREITO À PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

2.1 A relação entre o direito à privacidade e o direito à proteção de dados

O conceito de direito à privacidade surgiu durante a ruptura do Regime Absolutista que imperou até o século XIX, como resposta ao domínio estatal sobre o indivíduo, formulado pelos ideais iluministas da época. Buscava-se delimitar a atuação do Estado, que até então se respaldava na única e exclusiva vontade do Rei, sem limites predefinidos⁴⁶.

O direito à privacidade teve a sua primeira aparição na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, elaborada durante a Revolução Francesa⁴⁷. Foi o documento responsável por definir os direitos individuais e coletivos dos homens daquela época e que, apesar de ter sido redigido pelos franceses e direcionado a eles, passava uma ideia de direitos universais, definindo direitos como a liberdade, a segurança, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão como naturais e imprescritíveis⁴⁸, o que se percebe da leitura do seu preâmbulo:

“Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.”⁴⁹

Diante disso, definindo direitos individuais e coletivos dos homens e promovendo a liberdade, igualdade e fraternidade, a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão representou um marco importantíssimo para a proteção do direito a privacidade, pois inspirou

⁴⁶ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 50-54.

⁴⁷ HIRATA, Alessandro. Direito à privacidade. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>. Acesso em: 06 dez. 2022.

⁴⁸ NOVO, Benigno Núñez. Análise sobre a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Brasil Escola. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/direito/a-declaracao-dos-direitos-homem-e-do-cidadao-de-1789.htm>. Acesso em: 03 nov. 2022.

⁴⁹ FRANÇA. DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Rio Grande do Sul: Observatório de Direitos Humanos da UFSM. Disponível em: <https://www.ufsm.br/pro-reitorias/pre/observatorio-de-direitos-humanos/documentacao-historica/>. Acesso em: 03 nov. 2022.

diversos outros documentos ao redor do mundo que lapidaram o conceito de direito à privacidade que temos hoje⁵⁰.

Com o avanço das tecnologias, o conceito de direito à privacidade que antes era limitado à não interferência do Estado na vida do indivíduo se tornou insuficiente para tutelar as novas possibilidades de invasão da esfera privada dos indivíduos. O “direito de ser deixado só”, apesar de basilar para o direito de privacidade, passou a não mais bastar para regular e proteger a privacidade do indivíduo na sociedade que vivemos hoje, sendo necessário que a legislação adote outros caminhos para inibir as presentes e futuras violações, surgindo, assim, o direito à proteção de dados⁵¹.

O direito à proteção de dados, neste aspecto, atualiza o direito à privacidade, adequando-o à presente realidade, impondo-lhe características próprias, conforme destaca Doneda:

“Mediante a proteção de dados pessoais, garantias a princípio relacionadas com a privacidade passam a ser vistas em uma ótica mais abrangente, pela qual outros interesses devem ser considerados, abrangendo as diversas formas de controle tornadas possíveis com o tratamento de dados pessoais. Estes interesses devem ser levados em consideração pelo operador do Direito pelo que representam, e não somente pelo seu traço visível – a violação da privacidade – para uma completa apreciação do problema.”⁵²

Nesse sentido, Doneda defende que a proteção de dados ao propor o tema da privacidade, modifica seus elementos, fazendo com que passe a “desempenhar funções essenciais, seja para o indivíduo, seja para a sociedade: a garantia da livre pesquisa científica; a garantia da lisura do próprio processo eleitoral”⁵³.

Para Bioni, o direito à proteção de dados é um novo direito da personalidade que não pode ser amarrado ao direito à privacidade, pois tem autonomia e demanda uma correspondente ampliação normativa que a clareie. Conforme conclui o autor, há uma série de liberdades

⁵⁰ NOVO, Benigno Núñez. Análise sobre a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Brasil Escola. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/direito/a-declaracao-dos-direitos-homem-e-do-cidadao-de-1789.htm>. Acesso em: 03 nov. 2022.

⁵¹ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 82-85.

⁵² Ibidem. p. 164.

⁵³ Ibidem. p. 165.

individuais, a princípio atreladas ao direito à proteção dos dados pessoais, que não são acolhidas pelo direito à privacidade⁵⁴.

Segundo Canotilho, o direito à proteção de dados deve, necessariamente, importar os seguintes direitos:

“(a) o direito de acesso, ou seja, o direito de conhecer os dados constantes de registos informáticos, quaisquer que eles sejam (públicos ou privados); (b) o direito ao conhecimento da identidade dos responsáveis, bem como o direito aos esclarecimentos sobre a finalidade dos dados; (c) o direito de contestação, ou seja, direito à rectificação dos dados e sobre identidade e endereço do responsável; (d) o direito de actualização (cujo escopo fundamental é a correcção do conteúdo dos dados em caso de desactualização); (e) finalmente, o direito à eliminação dos dados cujo registo é interdito.”⁵⁵

O direito à proteção de dados foi por muito tempo um direito fundamental implícito, sendo reconhecido desta forma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 6.387-DF, da Relatora Ministra Rosa Weber, em decorrência da “liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII)”⁵⁶.

Atualmente, há expressa previsão constitucional, a partir do artigo 5º, inciso LXXIX, da CF/88, trazido pela Emenda Constitucional nº 115 de 2022, que assegura o direito à proteção dos dados pessoais a todos, inclusive nos meios digitais⁵⁷.

De forma objetiva, o direito à proteção de dados pode ser definido como o direito responsável pela normatização dos mecanismos de processamento de dados e pela regulação dos aspectos materiais e procedimentais acerca das questões que envolvem o uso e a disposição dos dados, resguardando os seus titulares da divulgação de seus dados e delimitando quais dados podem ser recolhidos, garantindo transparência e segurança ao titular⁵⁸.

⁵⁴ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 126-127.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição da República Portuguesa anotada. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. 1. p. 550.

⁵⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6.387-DF, Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 07 nov. 2022.

⁵⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 nov. 2022.

⁵⁸ MELGARÉ, Plínio. Notas sobre o direito à proteção de dados e a (in)constitucionalidade do capitalismo de vigilância. In: SARLET, Gabrielle B. S.; TRINDADE, Manoel Gustavo N.; MELGARÉ, Plínio (coords.). Proteção de dados: temas controvertidos. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 498.

Portanto, apesar do direito à proteção de dados ter relação e fundamento no direito à privacidade, as bases culturais nas quais esses direitos se fundam são diferentes. Enquanto o direito à privacidade se desenvolve a partir da dicotomia entre as esferas pública e privada, para a tutela do direito à proteção de dados basta que esses se relacionem a um sujeito⁵⁹.

2.2 Direito à autodeterminação informacional

Antes mesmo da existência de lei específica destinada à proteção de dados pessoais, no cenário jurídico brasileiro já havia julgados do Superior Tribunal de Justiça sinalizando sobre a emergência de um novo conceito de privacidade que fosse capaz de ir além do conceito da exclusão de terceiros na vida privada de outrem⁶⁰. Tal perspectiva se lê do Recurso Especial 22.337-8/RS, julgado em 1995, da relatoria do Ministro Ruy Rosado, onde foi feita referência ao direito fundamental à autodeterminação informativa, de forma a responder a crescente vulnerabilidade do indivíduo ante à coleta e ao armazenamento de dados sem o seu consentimento, dado o avanço tecnológico, observando o que vinha acontecendo na Alemanha⁶¹.

Na Alemanha, em 1983, foi promulgada a Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*) que determinava o fornecimento voluntário dos cidadãos alemães de uma série de dados pessoais para que o governo mensurasse estatisticamente a distribuição espacial e geográfica da população. Essa lei também previa que os dados coletados fossem cruzados com outros registros públicos com a finalidade de serem executadas “atividades administrativas”, sem especificá-las, gerando descontentamento por parte da população e dos juristas da época⁶².

Diante disso, o Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) declarou a inconstitucionalidade parcial da referida lei, considerando que eventual compartilhamento dos dados coletados deveria se destinar única e exclusivamente para a finalidade de recenseamento. A decisão trouxe em seu fundamento o conceito de “autodeterminação informacional”, até então inédito no ordenamento alemão, para definir a

⁵⁹ Ibidem. p. 517.

⁶⁰ CUEVA, Ricardo V. B. A proteção de dados pessoais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords.). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 55.

⁶¹ Ibidem.

⁶² BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 128.

capacidade do indivíduo de autodeterminar seus dados pessoais como fundamental para que este exerça o seu direito constitucional de personalidade⁶³. Para Danilo Doneda, diversos foram os motivos que levaram a Corte alemã a reconhecer a inconstitucionalidade parcial da Lei do Censo. Dentre eles, destaca:

“Um deles foi a observação de que, caso os dados recolhidos fossem utilizados ao mesmo tempo para fins administrativos e estatísticos (como na hipótese da retificação do registro civil a partir de dados do censo), estaria caracterizada a diversidade de finalidades, que impediria que o cidadão conhecesse o uso efetivo que seria feito de suas informações. Estas duas finalidades eram, além do mais, inconciliáveis, dado que o rigor estatístico não poderia coexistir com a necessidade dos órgãos administrativos de identificar os titulares destes dados. O Tribunal, desta forma, reconheceu a necessidade de se observar o princípio da finalidade na coleta de dados pessoais”⁶⁴

Assim, a Justiça alemã acabou consagrando a ideia de que as pessoas deveriam possuir o controle do processamento de seus dados pessoais, concedendo ao indivíduo o poder de decidir acerca da divulgação e utilização dos mesmos⁶⁵, designando o direito dos indivíduos de “decidirem por si próprios, quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados”⁶⁶.

Como consequência dessa decisão, foi publicada uma nova lei, em 1985, voltada ao censo alemão que viria a ser realizado em 1987, tendo sido determinado que os dados para fins estatísticos seriam separados das informações pessoais do indivíduo. Definiu, ainda, que o cidadão seria informado sobre a finalidade da coleta daquelas informações e sobre sua obrigação de fornecê-las, de forma a dar transparência e segurança para a população quanto ao tratamento dos dados ali recolhidos⁶⁷.

Logo, conforme preceitua Plínio Melgaré, pode-se vincular a autodeterminação informacional ao controle das informações que dizem respeito à pessoa à possibilidade do sujeito de, quando quiser, retirar dos demais o conhecimento sobre tais informações que possam revelar o seu modo de ser. Exemplo tratado pelo autor foi o caso da Lei do Censo da Alemanha,

⁶³ Ibidem. p. 129.

⁶⁴ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 159.

⁶⁵ Ibidem. p. 160.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem. p. 161.

pois as perguntas do questionário poderiam ser capazes de definir a personalidade do indivíduo quando cruzadas com outros dados que o Estado detinha⁶⁸.

Melgaré aponta, portanto, a necessidade de tutela jurídica sobre a proteção de dados a partir da autodeterminação informacional, destacando a dinamicidade da matéria:

“O direito à autodeterminação informacional, para além de aspectos de proteção da privacidade, envolve a tutela jurídica ante o tratamento de dados pessoais informatizados. Nesse ponto, importa perceber que não se está diante de uma matéria imóvel, estática. Diferente do que ocorre com as proteções tradicionais do direito, a autodeterminação informacional, também relacionada a elementos informatizados da vida humana, estabelece exigências normativas dinâmicas que devem acompanhar toda a fluidez cíclica dos dados.”⁶⁹

Desse modo, devido à sua grande relevância e importância para a proteção de dados, bem como pela jurisprudência que vinha sendo utilizada pela Justiça brasileira, ao conceber a LGPD, o legislador decidiu incluir a autodeterminação informativa no rol de fundamentos da proteção de dados, como se lê:

“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 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.”⁷⁰ (grifo nosso)

Entretanto, apesar da importância dada à autodeterminação informativa e ao seu conceito em países como o Brasil e a Alemanha, algumas nações, como a Espanha, se opuseram a adotar tal fundamento em suas legislações de proteção de dados⁷¹. Por seu turno, deram

⁶⁸ MELGARÉ, Plínio. Notas sobre o direito à proteção de dados e a (in)constitucionalidade do capitalismo de vigilância. In: SARLET, Gabrielle B. S.; TRINDADE, Manoel Gustavo N.; MELGARÉ, Plínio (coords.). Proteção de dados: temas controvertidos. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 501.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Brasília, DF: Presidente da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

⁷¹ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 162.

preferência à “liberdade informática”⁷² que, segundo o jurista e filósofo espanhol Pérez Luño, tem a finalidade de:

“[...] garantir a faculdade das pessoas de conhecer e acessar as informações que lhe digam respeito, arquivadas em bancos de dados; controlar sua qualidade, o que implica a possibilidade de corrigir ou apagar os dados inexatos ou indevidamente processados; e dispor sobre a sua transmissão.”⁷³

Sobre essa oposição, Danilo Doneda afirma que, quando se fala em autodeterminação informática, quem o interpreta se depara com o problema de definir o que é a “autodeterminação”, pontuando:

“Em uma hipótese, ela conferiria ao indivíduo a oportunidade de controlar as informações que lhe digam respeito, dentro de parâmetros de ampla informação e solidariedade; já em uma leitura em chave liberal, a autodeterminação estaria concentrada no ato do consentimento da pessoa para o tratamento de seus dados pessoais e assumiria contornos negociais, e assim poderia se prestar ao afastamento da matéria do âmbito dos direitos da personalidade. Outro problema é que a leitura pode induzir à impressão de que as pessoas teriam um direito de propriedade sobre suas informações, transportando esta fenomenologia para o campo das situações patrimoniais. Tais problemas, por mais que sejam objetáveis, acabaram por constituir um embargo para uma disseminação mais ampla do direito à autodeterminação informativa.”⁷⁴

Porém, para Doneda, também há problemas no termo liberdade informática e em sua interpretação:

“A noção de uma ‘liberdade informática’ como resposta às questões trazidas pelo processamento de dados pessoais merece, porém, ressalvas: ao fazer referência direta à liberdade, utiliza-se de um conceito bastante amplo que, em determinados contextos, carece de uma ligação mais estreita com a trajetória histórica dos direitos fundamentais e seus mais recentes avanços (entre os quais a própria tutela dos dados pessoais); assim tornando também possível uma interpretação “hipertrofiada” da possibilidade de autodeterminação, que abstrai o conjunto de problemas relativos à informação, aos quais nos aludimos quando tratamos da autodeterminação informativa.”⁷⁵

Ainda abordando a problemática do termo, Doneda aduz sobre o risco da sua obsolescência:

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem. apud. LUÑO, Antonio E. P. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. In: LOSANO, Mario; LUÑO, Antonio E. P.; MATEUS, Maria Fernanda G. *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 155.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Ibidem.

“O outro problema diz respeito à referência à informática: muito embora a mencionada “consciência tecnológica” de Frosini seja indispensável a todo jurista, a estruturação de categorias gerais em torno de fenômenos tecnológicos como a informática pode contribuir à redução de seus efeitos e também à sua rápida obsolescência. Particularmente em relação à informática, a crítica que podemos fazer (valendo-nos das décadas que nos separam) é a de que os efeitos das tecnologias informáticas penetraram de tal modo em várias instâncias da vida dos cidadãos, sejam usuários diretos ou não de computadores, que separar os fenômenos relativos à informática de outros (‘tradicionais’, digamos) tornou-se ao mesmo tempo impossível e irrelevante. Deve-se, por outro lado, reforçar as categorias tradicionais com vistas aos fenômenos advindos com a tecnologia e com a informática, pois separá-los seria, hoje, contraproducente. A tal ponto a informática está presente no nosso cotidiano que individualizar os casos nos quais ela é aplicada é tarefa destinada ao mais retumbante fracasso.”⁷⁶

Por fim, o autor defende que seja utilizado o termo “proteção de dados pessoais”, pois este abrange tanto a privacidade quanto a informação e estaria isenta de uma “acepção patrimonialista ou meramente conceitual, ao mesmo tempo que não remonta ao direito à liberdade em uma acepção demasiado ampla”⁷⁷. Por este motivo, a autodeterminação informativa se tornou um dos principais fundamentos adotados pela LGPD.

2.2 O papel do consentimento na proteção de dados pessoais

Com a larga expansão da tecnologia, a esfera estatal passou a compartilhar espaço com a esfera privada no tratamento dos dados. Com tal movimento, o Estado deixou de ser o único com quem o titular deveria se preocupar com a coleta de seus dados, trazendo à tona a dúvida: como o indivíduo alçaria o controle de seus dados em meio a tantos atores? Em tentativas de resposta, surge a ideia do consentimento como meio para se concretizar o exercício desses direitos. Tal acepção se dá em um cenário de reconhecimento de novos direitos fundamentais voltados à proteção desses dados, refletindo-se sobre a sua eficácia e conforme o conceito trazido pela autodeterminação informacional, à época muito influenciada pela necessidade de conter o avanço do Estado em seu interesse em processar massivamente os dados pessoais dos cidadãos, como já abordado⁷⁸.

Através do consentimento, segundo Danilo Doneda, é possível estabelecer um cenário no qual os interesses do titular de dados e a circulação de informações estejam equilibrados, tornando praticável a coexistência de ambos. Deste modo, o direito civil se mostra capaz de

⁷⁶ Ibidem. p. 163.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem. p. 292.

estruturar a circulação de dados conforme a garantia dos direitos fundamentais, a partir da consideração da autonomia da verdade⁷⁹. Nesse sentido, Doneda leciona:

“O consentimento, nas matérias que envolvem diretamente a personalidade, assume hoje um caráter bastante específico. A evolução tecnológica é responsável por um crescimento das possibilidades de escolha que podem ter reflexos diretos para a personalidade, visto que várias configurações possíveis, referentes tanto à privacidade como à imagem, identidade pessoal, disposições sobre o próprio corpo e outras, dependem em alguma medida de uma manifestação da autonomia privada. O consentimento, ao sintetizar essa atuação da autonomia privada em um determinado momento, há de ser interpretado de forma que seja o instrumento por excelência da manifestação da escola individual, ao mesmo tempo em que faça referência direta aos valores fundamentais em questão.”⁸⁰

Nessa perspectiva, o consentimento tem a função de legitimar, ao passo em que propicia a inserção de dados no mercado. É através dessa legitimação que os dados passam a ser consideradas *commodities*. Por sua vez, através do consentimento o titular permite que essas *commodities* circulem, ou seja, que assente que os dados sejam tratados e utilizados. Deste modo, é possível perceber que o consentimento funcionaria como um poder capaz de possibilitar ao titular o exercício da autodeterminação de sua esfera privada, sendo assim, uma expressão de sua vontade⁸¹.

Apesar da tarefa legitimadora, o consentimento também é capaz de causar uma falsa sensação de controle. O titular de dados, ao ter o poder de decidir sobre a revelação ou não de seus dados pessoais, também estimula o mercado a coagi-lo quanto a sua entrega, ao passo em que, a partir que é demandado, dependendo da decisão do titular, pode estar assumindo a renúncia a bens e serviços que ele até então almejava⁸².

Nesse sentido, é comum notar que, em certos casos, como os de alguns *websites* que exigem concordância do usuário quanto a coleta de dados para o seu correto funcionamento, a partir do momento que o titular decide pelo não consentimento quanto a entrega dos seus dados pessoais, acaba tendo o direito de acessar o serviço negado. Neste caso, é a empresa quem decide se ele terá acesso ou não, que o faz através da exigência de concordância com os termos apresentados para prosseguir com o acesso.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem. p. 293.

⁸² Ibidem.

No ambiente virtual, é notória a quase imposição que diversos espaços tem, sobretudo os das redes sociais, para que o indivíduo se identifique fornecendo seus dados pessoais e até mesmo a sua localização para que enfim possa usufruir daquele serviço. Apesar de gratuito, esses espaços são responsáveis por reger toda a sua economia com base no fluxo dos usuários e nos seus dados fornecidos, oferecendo publicidades de produtos e serviços, com base no perfil traçado através do cruzamento desses dados.

Essa é uma situação difícil de contornar: o contexto apresenta complexos contornos, pois o “próprio conceito de uma rede implica ações cooperativas, notadamente por meio do compartilhamento de informações para que seja alcançada uma finalidade comum”⁸³. É através dessas ações cooperativas que os entes privados e os indivíduos cheguem em um comum acordo para que um usufrua do serviço ali oferecido e o outro aperfeiçoe o seu funcionamento, personalizando-o e potencializando os seus ganhos através da publicidade direcionada.

Em razão disso, apesar do consentimento ser importante instrumento para concretizar a proteção à livre determinação da utilização de dados pelo titular, também é o responsável por uma falsa sensação de segurança. Isto porque permite que o titular se coloque em situações desvantajosas, tendo em vista que é ele quem passa a ter o dever de defender sua própria privacidade, fazendo-o através do consentimento, mas também passando a assumir o papel de responsável em caso de resultado contrário à sua proteção.

É o caso, por exemplo, do titular que, sentindo estar ciente de todas as nuances trazidas pela política de *cookies* do site, cede seu consentimento para que os seus dados sejam tratados e manipulados de forma a lhe trazer uma experiência negativa, como publicidades repetitivas e insistentes de produtos que ele já não tem mais interesse.

Nessa perspectiva, o fluxo informacional também contribui com essa falsa sensação de segurança presente no consentimento, ao passo em que ele é de “difícil determinação, interminável e imprevisível”⁸⁴. Em razão da vasta gama de atores com acesso aos dados pessoais e poder de tratamento, torna difícil para o titular mensurar as consequências futuras do seu ato de consentimento. O que, em primeiro momento, soa irrelevante e despido de quaisquer

⁸³ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 211.

⁸⁴ Ibidem.

reflexos negativos na vida privada do titular, pode significar o permanente ressoar de suas informações⁸⁵.

Não obstante, o consentimento além de significar um ato de vontade por si mesmo, também pressupõe certa racionalidade por parte do indivíduo que o exerce. Bioni explica que, o indivíduo, em sua própria natureza, é dotado de racionalidade limitada, tornando pouco provável que ele esteja capacitado para lidar com todas as nuances inerentes ao processo de tomada de decisão no controle de suas informações pessoais⁸⁶.

Afirmada dificuldade se dá principalmente pela existência de inúmeros atores, impossíveis de serem identificados e memorizados com clareza, bem como compreender como os dados ali entregues serão tratados⁸⁷. Soma-se ainda a possibilidade que esses atores tem de agregar os dados pessoais ali arrolados que, se cruzados, são capazes de definir informações mais detalhadas sobre seu titular, informações essas que o titular sequer tem ideia de estar fornecendo no momento do consentimento, pois é humanamente impossível mensurar a capacidade que certas tecnologias tem de realizar a técnica de *profiling*⁸⁸.

Apesar da limitada capacidade cognitiva presente no ser humano, este obviamente não deixa de realizar as tomadas de decisões. Pelo contrário, segue tendências e padrões para a sua prática. Uma delas, é a do ser humano instintivamente inclinar-se a tomar decisões com base nos benefícios imediatos que ele, naquele momento, consiga identificar, contrabalançando com os possíveis prejuízos, também imediatos, o que Bioni define como “teoria da decisão da utilidade subjetiva”. Tal propensão pode ser vista, por exemplo, quando um titular, ao consentir com o fornecimento e tratamento dos seus dados, toma essa decisão no intuito de acessar um

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Sobre o *profiling*, leciona Danilo Doneda: “entre estas técnicas, está a elaboração de perfis de comportamento de uma pessoa a partir de informações que ela disponibiliza ou que são colhidas. Esta técnica, conhecida como *profiling*, pode ser aplicada a indivíduos, bem como estendida a grupos. Com ela, os dados pessoais são tratados com o auxílio de métodos estatísticos e de técnicas de inteligência artificial, com o fim de se obter uma ‘metainformação’, que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa. O resultado pode ser utilizado para traçar um quadro das tendências de futuras decisões, comportamentos e destino de uma pessoa ou grupo. A técnica pode ter várias aplicações desde o controle de entrada de pessoas em um determinado país pela alfândega, que selecionaria para um exame acurado as pessoas às quais é atribuída maior possibilidade de realizar atos contra o interesse nacional, até para finalidades privadas, como o envio seletivo de mensagens publicitárias de um produto apenas para seus potenciais compradores, entre inumeráveis outras.” *In*: DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 148-149.

produto ou serviço online, considerando-o como o “benefício” imediato, mas sendo incapaz de mensurar os possíveis futuros danos à sua privacidade, tomando apenas os “prejuízos” também imediatos, que naquele momento, vislumbra inexistentes⁸⁹.

Nesse sentido, Bioni alerta para a teoria prospectiva, conceito da psicologia cognitiva, para explicar que no processo de tomada de decisão, o indivíduo, titular e principal interessado na proteção de seus dados pessoais, tende a valorizar mais o serviço ou produto alcançado do que a retomada do controle de seus dados, minando a probabilidade de revogação do consentimento⁹⁰. Segundo Cardoso, Riccio e Lopes, a teoria prospectiva:

“(...) demonstra que os valores de preferência são atribuídos aos ganhos e às perdas em vez de serem atribuídos aos resultados finais, e as probabilidades são substituídas por pesos ou ponderações na decisão. É reconhecida a variável cognição como fator limitador da capacidade descritiva, incluindo, portanto, esta variável no modelo decisório. A teoria atribui ganhos e perdas em relação a um ponto de referência, sem avaliação de seu valor objetivo, mas do seu valor pessoal e subjetivo.”⁹¹

Portanto, é comum que o indivíduo, apesar de valorizar os seus próprios dados, se coloque em situações que ameacem a sua proteção, colidindo com a ideia por trás do instituto do consentimento. Desse modo, ao reconhecer a capacidade do titular de tomar decisão, entrega-se em suas mãos o dever de ponderar, vigilar e zelar pelo seu direito, afastando a possibilidade de terceiros, como o Estado, de intervir garantindo a sua proteção, deixando o titular vulnerável e envolto sob um falso véu de segurança.

Entretanto, apesar da aparente vulnerabilidade contida no consentimento e abordada na doutrina, a LGPD cita o termo consentimento 35 vezes⁹², reforçando a importância desse instituto para a proteção de dados, conceituado em seu artigo 5º:

“Art. 5º - Para os fins desta Lei, considera-se:
(...)

⁸⁹ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 212.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ CARDOSO, Ricardo L.; RICCIO, Edson; LOPES, Alexsandro B. O processo decisório em um ambiente de informação contábil: um estudo usando a teoria dos prospectos. Revista de Administração e Contabilidade: Unisinos, 2008. p. 87.

⁹² Contagem realizada a partir da leitura da Lei Geral de Proteção de Dados *in*: BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Brasília, DF: Presidente da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm.

XII – consentimento: **manifestação livre, informada e inequívoca** pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;⁹³

Diante disso, é possível observar que a LGPD se preocupou em definir o consentimento como manifestação de vontade livre, informada e inequívoca, pela qual o titular dos dados concorda com o tratamento de seus dados para uma finalidade determinada, com o intuito de minar a possibilidade de incompreensão ou deturpada interpretação.

2.3.1 Consentimento livre

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais aponta que o consentimento é uma manifestação livre. Neste aspecto, tem-se como “livre” a oportunidade que o titular tem de dispor ou não de dados que não sejam fundamentais à prestação de um eventual serviço, devendo ser interpretada como uma manifestação de consentimento cuja recusa não importe em prejuízo ao titular. Isto porque se a ele for imputado a negação do acesso ou a prestação do serviço em razão da recusa, estará o prestador violando a liberdade de consentir⁹⁴.

Para ilustrar essa violação, temos como exemplo o julgamento da REsp nº 11348532-SP, onde o STJ reconheceu como abusiva cláusula que obrigava cliente de cartão de crédito a fornecer dados a terceiros. Nos termos do que decidiu a Corte Cidadã, o consumidor tem o direito de autorizar ou não o fornecimento de seus dados pessoais e de movimentação financeira a outras empresas, ainda que parceiras da administradora, e a sua imposição como requisito para a adesão a um serviço fere os princípios da transparência e da confiança nas relações de consumo⁹⁵. Nesse sentido, salientou o ministro Luis Felipe Salomão, relator do referido recurso especial, em sua decisão:

“A partir da exposição de dados de sua vida financeira, abre-se leque gigantesco para intromissões diversas na vida do consumidor. Conhecem-se seus hábitos, monitora-

⁹³ BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Brasília, DF: Presidente da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

⁹⁴ MALDONADO, Viviane N.; BLUM, Renato O. (coords.). LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 109.

⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. É abusiva cláusula que obriga cliente de cartão de crédito a fornecer dados a terceiros. Portal do STJ, 2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-09_08-03_E-abusiva-clausula-que-obriga-cliente-de-cartao-de-credito-a-fornecer-dados-a-terceiros.aspx. Acesso em: 03 dez. 2022.

se sua maneira de viver e a forma como seu dinheiro é gasto. Por isso a imprescindibilidade da autorização real e espontânea quanto a essa exposição.”⁹⁶

Nessa toada, Bruno Bioni explica que o “ponto central do qualificador livre é investigar qual é o nível de assimetria de poder em jogo”⁹⁷, ou seja, deve-se considerar quais opções o titular tem a sua disposição com relação ao tratamento de seus dados para que assim possa definir o quão livre o seu consentimento é. Deve-se atentar que, se o titular tem poucas opções, qualquer decisão que ele venha a tomar deixa de ser uma ação espontânea e passa a ser fruto da pressão causada pela escassez⁹⁸.

Dessa forma, conforme conclui Bioni, a LGPD, ao preconizar que o consentimento é uma manifestação livre, sinaliza que o titular desse direito deve ser informado quando o fornecimento de dados pessoais for condição para usufruir de bens ou de serviços, bem como, sobre os meios pelo quais ele pode exercer seus direitos, inclusive mediante o direito de revogação do consentimento⁹⁹. Assim sendo, o autor aponta que, quando houver evidência de qualquer tipo de “subordinação ou assimetria de poder que possa minar a voluntariedade do consentimento”¹⁰⁰, o consentimento deixa de ser considerado livre¹⁰¹.

2.3.2 Consentimento informado

Quanto ao consentimento como manifestação informada, faz-se referência ao princípio da transparência, disposto no art. 6º, inciso VI, da LGPD, de forma a inferir que o titular tenha informações suficientes quanto ao tratamento dos dados e as consequências de sua escolha para que assim possa tomar a decisão de dispor ou não de seus dados¹⁰². Exige-se, dessa forma, que a solicitação de consentimento venha destacada, visivelmente distinta de outros assuntos, “de modo inteligível, de fácil acesso e em uma linguagem clara e simples”¹⁰³, não podendo a

⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp: 1348532 SP 2012/0210805-4, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, j. 10.10.2017, T4 – Quarta Turma, DJe 30.11.2017.

⁹⁷ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 248.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Ibidem. p. 249.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² MALDONADO, Viviane N.; BLUM, Renato O. (coords.). LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 110.

¹⁰³ Ibidem.

solicitação causar dúvida no usuário quanto ao motivo pelo qual está sendo notificado, para que, de maneira informada, aceite ou não a política de tratamento de dados.

Nesse sentido, Bruno Bioni, ao abordar o tema, defende que o dever-direito de informação é o “primeiro instrumento para desencadear a referida perspectiva solidária das relações obrigacionais”, concluindo que apenas tendo sido adequadamente informado, o titular estaria capacitado para tomar decisão que envolva o controle de seus dados¹⁰⁴.

Para preencher o requisito de “informar”, o ato de comunicação deve ser ostensivo, de forma a ser claramente identificado pelo indivíduo-alvo. Dessa forma, por exemplo, ao adentrar um site, o aviso de *cookies* a ser apresentado deve informar ao usuário sobre a coleta de dados a ser realizada e, de forma igualmente perceptível e de fácil aparência, apresentar as opções de autorizar ou rejeitar o seu compartilhamento¹⁰⁵.

Nessa linha, a *Article 29 Working Party*, grupo de trabalho europeu independente que lidou com as questões relacionadas com a proteção de dados pessoais e da privacidade trazidas pela *Data Protection Directive 95/46/EC* até 2018, quando foi substituída pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados, ao abordar o conceito de transparência, traçou a seguinte diretriz:

“A consideração central do princípio da transparência delineado nessas disposições é que a pessoa em causa deve poder determinar antecipadamente qual o âmbito e as consequências que o tratamento implica. Como melhor prática, em particular para projetos complexos, técnicos ou processamento de dados inesperado, a posição da WP29 é que os controladores não devem apenas fornecer as informações prescritas nos Artigos 13 e 14, mas também especificadas separadamente em linguagem inequívoca quais serão as consequências mais importantes do processamento: em outras palavras, que tipo de efeito terá o processamento específico descrito em um termo de privacidade/aviso realmente tem sobre um titular de dados? Tal descrição das consequências do processamento não deve simplesmente se basear em exemplos inócuos e previsíveis do ‘melhor caso’ de processamento de dados, mas deve fornecer uma visão geral dos tipos de processamento que podem ter maior impacto sobre os

¹⁰⁴ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 244.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

direitos e liberdades fundamentais dos titulares de dados em relação a proteção de seus dados.”¹⁰⁶

Além disso, também é o entendimento extraído da LGPD, nos termos das mencionadas lições de Viviane¹⁰⁷, que adota o princípio da transparência como fundamento basilar para a atividade de tratamento de dados, conforme se lê:

“Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

(...)

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;”¹⁰⁸

Destarte, Bioni preceitua que o dever de informação deve propiciar ao usuário elementos que sejam relevantes e que, de alguma forma, contribuam para o processo de tomada de decisão em relação ao tratamento de seus dados¹⁰⁹.

Dessa forma, se extrai que o objetivo da informação, em conjunto com a transparência, é a de reduzir as assimetrias técnica e de informação que envolvem o fluxo informacional, visando estabelecer uma relação cristalina entre titular e processador, eliminando qualquer tipo de opacidade e de obscuridade com relação ao trânsito dos dados pessoais¹¹⁰.

¹⁰⁶ do original: “A central consideration of the principle of transparency outlined in these provisions is that the data subject should be able to determine in advance what the scope and consequences of the processing entails and that they should not be taken by surprise at a later point about the ways in which their personal data has been used. This is also an important aspect of the principle of fairness under Article 5.1 of the GDPR and indeed is linked to Recital 39 which states that “[n]atural persons should be made aware of risks, rules, safeguards and rights in relation to the processing of personal data...” In particular, for complex, technical or unexpected data processing, WP29’s position is that, as well as providing the prescribed information under Articles 13 and 14 (dealt with later in these guidelines), controllers should also separately spell out in unambiguous language what the most important consequences of the processing will be: in other words, what kind of effect will the specific processing described in a privacy statement/ notice actually have on a data subject? In accordance with the principle of accountability and in line with Recital 39, data controllers should assess whether there are particular risks for natural persons involved in this type of processing which should be brought to the attention of data subjects. This can help to provide an overview of the types of processing that could have the highest impact on the fundamental rights and freedoms of data subjects in relation to the protection of their personal data.” In: COMISSÃO EUROPEIA. *Guidelines on transparency under regulation 2016/679*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/622227/en> - Acesso em: 05 dez. 2022. p. 7.

¹⁰⁷ MALDONADO, Viviane N.; BLUM, Renato O. (coords.). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 110.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Brasília, DF: Presidente da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm.

¹⁰⁹ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 247.

¹¹⁰ *Ibidem*.

Portanto, como forma de garantir a eficiência da autodeterminação informacional, a legislação exige que o processador de dados compreenda como a informação será entregue ao titular e busque enriquecer a sua tomada de decisão com informações compreensíveis e pertinentes, para que ele possa efetivamente autodeterminar as suas informações pessoais sob uma lógica racional, pautada em informações relevantes quanto ao seu tratamento¹¹¹.

2.3.3 Consentimento inequívoco

O legislador definiu o consentimento como manifestação inequívoca em referência ao princípio da finalidade, elencado no Art. 6º, inciso I, da LGPD. Conforme tal previsão normativa, toda atividade de tratamento de dados deve seguir “propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades”¹¹².

Assim sendo, Bioni aponta que, no caso do consentimento, qualquer declaração de vontade necessariamente tem de ter um direcionamento, entendendo não haver consenso sobre algo vazio e genérico, pois se houvesse, estaria o titular renunciando o próprio poder de controle de seus dados¹¹³. Diante disso, o consentimento inequívoco se caracteriza como o ato positivo do titular de concordar, de forma explícita ou implícita, com o que está disposto pelo processador. Assim, não são considerados, para fins de consentimento, a omissão, o silêncio e as opções pré-marcadas¹¹⁴.

O consentimento também deve ser dado para uma finalidade específica. A autorização genérica para o tratamento de dados pessoais é considerada nula. Portanto, deve incluir todas as atividades de tratamento que sejam realizadas com a mesma finalidade, logo, havendo mais de uma, o consentimento deve ser manifestado para cada uma delas¹¹⁵.

¹¹¹ Ibidem. p. 248.

¹¹² BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Brasília, DF: Presidente da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

¹¹³ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 249.

¹¹⁴ MALDONADO, Viviane N.; BLUM, Renato O. (coords.). LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 111.

¹¹⁵ Ibidem.

Tal entendimento também se aplica em eventuais alterações nos *Termos de Uso* ou nas *Políticas de Privacidade*. Nesse sentido, se houver mudanças significativas no modelo de negócios da empresa ou no processamento de dados do usuário, o consentimento inicialmente dado não será mais válido, devendo o usuário, através de novo termo de consentimento, demonstrar que concorda em manter o tratamento de seus dados diante das alterações impostas¹¹⁶.

Nesse sentido, ao abordar a importância da clareza e da sinceridade na relação titular-processador de dados, Bioni leciona:

“Ao final e o cabo, o grau e a qualidade da interação do usuário serão determinantes para qualificar o consentimento como sendo inequívoco. Será necessário, sobretudo, checar a maneira pelo qual o design de um ambiente (on-line e off-line) deve incutir no cidadão um controle visceral sobre seus dados, em vez de manipular as suas escolhas. Algo que está intrinsecamente ligado ao princípio da boa-fé.”¹¹⁷

Portanto, quando se tratar de consentimento inequívoco, é de suma importância observar o cenário que o titular será inserido quando for solicitado a sua concordância em relação a política de tratamento de dados. Se esse cenário for de omissão, ocultação ou manipulação, estará se desrespeitando o disposto na LGPD, ao passo em que qualquer tomada de decisão nessas conjunturas terão inequívocas dúvidas sobre a real vontade do titular¹¹⁸.

2.4 A revogabilidade do consentimento

O consentimento enquanto declaração de vontade tal como o conhecemos, está diretamente relacionado com o direito à autodeterminação informativa, conforme já abordado, podendo ser revogado através de ato unilateral do titular¹¹⁹. Sobre o tema, Danilo Doneda leciona que a ideia de revogabilidade incondicional se baseia na proteção da personalidade, que tem a indisponibilidade como princípio basilar. Nessa perspectiva, o consentimento é sempre

¹¹⁶ MURINO, Thiago Barrizelli. O consentimento válido nas novas leis de proteção de dados. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/286214/o-consentimento-valido-nas-novas-leis-de-protecao-de-dados>. Acesso em. 06 dez. 2022.

¹¹⁷ BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 250-251.

¹¹⁸ Ibidem. p. 249-251.

¹¹⁹ DAMÁSIO, Guilherme. Revogação do consentimento. In: MARTINS, Guilherme M.; LONGHI, João Victor R.; FALEIROS JR., José Luiz de Moura (coords.). Comentários à lei geral de proteção de dados pessoais. São Paulo: Editora Foco, 2022. p. 452.

revogável, e sua caracterização como ato jurídico unilateral serve para reforçar essa ideia de revogabilidade¹²⁰.

A revogação do consentimento ocupa lugar de destaque na LGPD¹²¹ que, em seu art. 18, inciso IX, dispõe sobre o direito do titular de obter do controlador, a qualquer tempo e mediante requisição, a revogação do consentimento nos termos do art. 8º, parágrafo 5º, da mesma lei, que assim preceitua:

“Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

[...]

§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.”¹²²

Ao analisar a legislação, é possível notar a importância dada para que a revogação do consentimento esteja facilmente a disposição do titular, sendo “requisito indispensável para que a concordância seja válida”¹²³. Fernanda Nogueira e Maurício Fonseca destacam a importância da facilidade de revogação para que o titular possa exercer seu direito:

“(…) Ressalte-se que, preferencialmente, ele deverá, de certa maneira, corresponder ao procedimento utilizado para obtenção do consentimento. Nesse sentido, se a agência tiver se dado por meio eletrônico – confirmação via checkbox, por exemplo -, a revogação também terá que ser feita por procedimento similar, sendo vedado ao controlador ativar processo online para obtenção da concordância e, simultaneamente, determinar que a revogação só ocorra a partir de requerimento via telefone, em horário comercial. Destarte, pode-se concluir que o responsável pelo tratamento deve garantir que a revogação do consentimento ocorra de forma tão facilitada quanto aquela que deu causa à sua autorização.”¹²⁴

¹²⁰ DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 297.

¹²¹ NOGUEIRA, Fernanda A. C. M.; FONSECA, Maurício Leopoldino. O consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados: autonomia privada e o consentimento livre, informado, específico e expresso. In: GROSSI, Bernardo Menicucci (org.). Lei Geral de Proteção de Dados: Uma análise preliminar da Lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 36.

¹²² BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Brasília, DF: Presidente da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

¹²³ NOGUEIRA, Fernanda A. C. M.; FONSECA, Maurício Leopoldino. O consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados: autonomia privada e o consentimento livre, informado, específico e expresso. In: GROSSI, Bernardo Menicucci (org.). Lei Geral de Proteção de Dados: Uma análise preliminar da Lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 38.

¹²⁴ Ibidem. p. 37-38.

No entanto, a consequência da revogação irá variar “de acordo com a dependência do ato com o contrato principal”¹²⁵. Em outras palavras, se o tratamento de dados pessoais é condição essencial para a prestação do serviço e se sem ele não há a possibilidade de o titular continuar usufruindo de tais préstimos, a lei permite que o controlador cesse a prestação após a revogação. Por outro lado, se o tratamento de dados não for essencial, o fornecimento não poderá ser interrompido¹²⁶.

Nesse sentido, Fernanda Nogueira e Maurício Fonseca lecionam sobre a importância da transparência entre controlador e titular:

“(…) ainda em observância ao princípio da transparência, deve o controlador deixar bem claro para os titulares como eles podem exercer o direito de revogação do consentimento – sendo que a revogação, por si só, é o bastante para interromper o tratamento, já a partir do processamento do pedido. No entanto, não é capaz de invalidar o tratamento efetuado anterior, desde que este tenha sido obtido com base no consentimento, o qual permanece lícito. Regra geral, a partir do requerimento de revogação, o tratamento deverá ser encerrado e, não havendo outro embasamento legal para manutenção dos dados pelo controlador, estes deverão ser apagados.”¹²⁷

Portanto, ainda que seja possível a revogação do tratamento de dados, de modo a cessar qualquer tratamento superveniente, é importante que o titular tenha ciência de que os seus dados já fornecidos podem continuar em posse do controlador, salvo se exercido o direito à eliminação.

2.5 Direito à eliminação de dados

De forma complementar ao art. 8º, parágrafo 5º, da LGPD, que aborda o direito a revogação do consentimento, o art. 18, inciso VI, da mesma Lei dispõe sobre o direito do titular de ter seus dados eliminados quando solicitada a revogação:

“Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:
[...]

¹²⁵ DAMÁSIO, Guilherme. Revogação do consentimento. In: MARTINS, Guilherme M.; LONGHI, João Victor R.; FALEIROS JR., José Luiz de Moura (coords.). Comentários à lei geral de proteção de dados pessoais. São Paulo: Editora Foco, 2022. p. 452.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ NOGUEIRA, Fernanda A. C. M.; FONSECA, Maurício Leopoldino. O consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados: autonomia privada e o consentimento livre, informado, específico e expresso. In: GROSSI, Bernardo Menicucci (org.). Lei Geral de Proteção de Dados: Uma análise preliminar da Lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 38.

VI – eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;¹²⁸

Como se depreende da leitura do texto legal, como consequência da revogação do consentimento, surge o direito à eliminação dos dados, que por sua vez, deve ter seu acesso “gratuito e facilitado”¹²⁹. Tal prerrogativa consiste no poder do titular de requerer, a qualquer momento, mediante o encerramento do tratamento, que seus dados pessoais sejam excluídos do banco de dados do controlador, sendo também uma sanção administrativa, conforme o art. 52, VI, da LGPD, bem como uma consequência direta do término do tratamento de dados pessoais, ressalvadas as exceções legais, nos termos dos artigos 15 e 16 da mesma Lei¹³⁰.

Para ilustrar esse entendimento, recentemente, na Argentina, a Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (DNPDP) aplicou uma multa de 80 mil pesos argentinos à Rappi, *startup* de *deliverys*, por ter violado o direito de eliminação de dados previsto na legislação de proteção de dados pessoais argentina. No caso lá tratado, um homem que tinha seus dados pessoais cadastrados no banco de dados da distribuidora Rappi solicitou à *startup* reiteradas vezes que fossem excluídas as suas informações, em razão de estar recebendo mensagens de texto e e-mails da prestadora mesmo após ter excluído a conta, o que não foi atendido pela *startup*¹³¹.

Entretanto, apesar da eliminação de dados ser um direito do titular, traz o art. 16 da LGPD as hipóteses legais de manutenção dos dados pessoais após o término do tratamento pelo controlador, como se lê:

“Art. 16. Os dados pessoais serão eliminados após o término de seu tratamento, no âmbito e nos limites técnicos das atividades, autorizada a conservação para as seguintes finalidades:

I – cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

¹²⁸ BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Brasília, DF: Presidente da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

¹²⁹ NOGUEIRA, Fernanda A. C. M.; FONSECA, Maurício Leopoldino. O consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados: autonomia privada e o consentimento livre, informado, específico e expresso. In: GROSSI, Bernardo Menicucci (org.). Lei Geral de Proteção de Dados: Uma análise preliminar da Lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 37.

¹³⁰ CARDOSO, Oscar Valente. Direito à eliminação dos dados pessoais na lei geral de proteção de dados pessoais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/90814/direito-a-eliminacao-dos-dados-pessoais-na-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 08 dez. 2022.

¹³¹ DELLACHA, Domitila. *El Gobierno aplica una sanción a Rappi “por haber cometido una infracción grave”*. La Nación. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/el-gobierno-aplica-una-sancion-a-rappi-por-haber-cometido-una-infraccion-grave-nid14042021/>. Acesso em: 08 dez. 2022.

- 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.”¹³²

Portanto, apesar da necessária facilidade e disponibilidade de acesso, da sua importância para a proteção de dados e do seu papel para a proteção da autodeterminação informacional, a eliminação de dados não é um direito absoluto, tendo que se levar em consideração a finalidade dos dados¹³³.

¹³² BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Brasília, DF: Presidente da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

¹³³ LEONARDI, Marcel. Tutela e privacidade na internet. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 46.

3. POLÍTICA DE *COOKIES*

3.1 Definição

Com o crescimento da internet, o rastreamento de usuários passou a ser o centro das atenções para a indústria de publicidade, e os *cookies* passaram a desempenhar papel fundamental na coleta desses dados¹³⁴.

Os *cookies* foram inventados em 1994 por *Louis Montulli*, engenheiro de *software* da *Netscape*, empresa conhecida pelo navegador *web* de mesmo nome, o mais usado durante a década de 1990¹³⁵. Foi concebido para ser uma forma segura de armazenamento de dados entre o computador de um usuário e um servidor *web*, guardando informações das atividades realizadas, tais como itens visualizados, termos pesquisados, localização e interesses, permitindo que o site, ao receber essas informações, ofereça uma experiência personalizada que atenda melhor ao perfil do usuário¹³⁶.

Segundo Arthur Pinheiro Basan, os *cookies* atuam como *softwares* armazenados no aparelho do usuário, com capacidade de monitorar toda a navegação, agindo como rastreadores de interesses e comportamentos. São, assim, utilizados na criação de perfis de consumo com o intuito de personalizar as publicidades virtuais, apontando para a doutrina que define os define como “programas de dados gerados com o objetivo principal de identificar o usuário, rastrear e obter dados úteis a seu respeito, especialmente seus hábitos de navegação de consumo”¹³⁷.

Além do objetivo publicitário, de todo modo, o principal uso de *cookies* se volta a assegurar um maior conforto para os usuários, evitando que alguns dados tenham que ser fornecidos toda vez que a página é visitada¹³⁸, de forma repetida, como, por exemplo, quando o usuário coloca produtos em seu carrinho virtual ao navegar por sites de *e-commerce*. Caso

¹³⁴ SANCHEZ-ROLA, Iskander et al. *Journey to the center of the cookie ecosystem: unraveling actors' roles and relationships*. San Francisco: Eurecom, 2021. Disponível em: <https://www.eurecom.fr/publication/6376>. Acesso em: 12 dez. 2022. p. 1.

¹³⁵ NORMAN, Jeremy. *Louis Montulli II Invents the HTTP Cookie*. Disponível em: <https://www.historyofinformation.com/detail.php?id=2102>. Acesso em: 02 dez. 2022.

¹³⁶ KARPERSKY. O que são cookies? Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/definitions/cookies>. Acesso em: 02 dez. 2022.

¹³⁷ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego*. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 297.

¹³⁸ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 84.

feche o navegador e o abra novamente, os produtos continuam presentes no carrinho, o que é possível em virtude dos *cookies*, responsáveis por guardar essas informações.

Conforme destacam Sanchez-Rola e outros, tradicionalmente, no estudo da matéria, os *cookies* são divididos em duas categorias: “*cookies* primários”, criados pelo provedor do site visitado, e “*cookies* de terceiros”, criados por terceiros que hospedam recursos solicitados pelo site, como imagens e publicidades¹³⁹.

Porém, na prática, vislumbra-se um cenário bem mais complexo, onde os *cookies* primários e terciários se relacionam com outros *cookies*, como se o primário fosse representado por “A” e o de terceiros por “B”, e esses se relacionassem com outros *cookies* “C”, “D” e “E”, considerados fantasmas, responsáveis muitas das vezes por interpretar e dar funcionalidade aos dados recebidos por “A” e “B”, no que Sanchez-Rola e outros definem como “*cookie tree*” (árvore de *cookies*, na tradução literal), compondo uma corrente de compartilhamento¹⁴⁰.

Além dessa definição, é possível dividir os *cookies* em dois tipos, de acordo com o seu tempo de vida: os “*cookies* de sessão”, que permanecem no dispositivo do usuário, sendo automaticamente deletados quando o navegador é fechado, e os “*cookies* persistentes”, que permanecem no dispositivo por um período específico, pré-definido, ou até a exclusão manual pelo usuário¹⁴¹.

Também, podemos classificar os *cookies* quanto a sua finalidade: (a) *cookies* necessários, que se apresentam como essenciais para o funcionamento dos serviços e recursos do site; (b) *cookies* de desempenho, responsáveis por coletar informações da página quanto ao tempo que o usuário permaneceu e se o site apresentou erros durante o uso; (c) *cookies* de funcionalidade, que memorizam as preferências do usuário, suas escolhas e informações, tornando dispensável informa-los novamente, e; (d) *cookies* de publicidade, capazes de direcionar anúncios e propagandas de acordo com os interesses do usuário¹⁴².

¹³⁹ SANCHEZ-ROLA, Iskander et al. *Journey to the center of the cookie ecosystem: unraveling actors' roles and relationships*. San Francisco: Eurecom, 2021. Disponível em: <https://www.eurecom.fr/publication/6376>. Acesso em: 12 dez. 2022. p. 1-2.

¹⁴⁰ Ibidem. p. 2-3.

¹⁴¹ LEGALCLOUD. Cookies na LGPD: O que são e quais tipos? Disponível em: <https://legalcloud.com.br/cookies-lgpd-tabela/>. Acesso em: 12 dez. 2022.

¹⁴² Ibidem.

Porém, como ressalta Marcel Leonardi, os *cookies* não se propõem a identificar o usuário, mas sim as visitas efetuadas pelo computador do usuário, preservando a sua identidade, e só podem ser lidos, quando gravados no disco rígido do usuário, pelo próprio servidor que os criou, não sendo possível que outros sites tenham acesso a esses *cookies*¹⁴³.

Do mesmo modo, os *cookies* não são capazes de acessar e vasculhar o conteúdo do disco rígido do usuário, muito menos executar programas ou disseminar vírus, sendo compostos de uma sequência de números e letras que só o navegador tem a capacidade de descriptografar e entregar ao provedor, podendo ser excluídos pelo usuário a qualquer momento, com as ferramentas disponibilizadas nativamente em qualquer navegador¹⁴⁴.

3.2 Os *cookies* e o consentimento

A partir do momento em que o usuário acessa um site, seja pelo computador ou pelo *smartphone*, é comum aparecer um *pop-up*¹⁴⁵ na tela avisando sobre o uso de dados e solicitando o consentimento do usuário para o armazenamento de *cookies*. Contudo, nem sempre foi assim: antes do surgimento da GDPR na Europa ou do Marco Civil da Internet e da LGPD no Brasil, a prática comum era a dos *cookies* silenciosos, mediante os quais os sites utilizavam da ferramenta para identificar o usuário sem o seu conhecimento e consentimento¹⁴⁶.

A regulação, sobretudo através da GDPR, em conjunto com a Diretiva Europeia de ePrivacy 2002/58/CE, foi a responsável por determinar que sites, navegadores e aplicativos fossem transparentes e exigissem o consentimento informado dos usuários antes de armazenar ou acessar seus dados, explicando de forma clara e abrangente como os *cookies* funcionam e para qual seria o seu uso. A informação, assim, se colocaria de maneira concreta como forma

¹⁴³ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 84.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Segundo o dicionário de informática TechLib, “(...) pop-up é um tipo de janela que é aberto sem que o usuário selecione “Nova janela” no menu Arquivo de um programa. As janelas pop-up são frequentemente geradas por sites que incluem anúncios pop-up. Esses anúncios são produzidos com JavaScript código que é inserido no HTML de uma página da Web. Eles geralmente aparecem quando um usuário visita uma página ou fecha uma janela.” Disponível em: <https://techlib.wiki/definition/popup.html>. Acesso em 05 dez. 2022.

¹⁴⁶ TODOROVSKI, Petar. *How you should be asked for cookie consent according to the GDPR*. PrivacyAffairs, 2022. Disponível em: <https://www.privacyaffairs.com/cookie-consent/>. Acesso em: 19 dez. 2022.

de proteção de dados, sem prejuízo à importância do controle dos dados pessoais pelo próprio titular¹⁴⁷.

A partir de então, tornou-se necessário que o site indicasse o tipo de *cookies* a serem instalados (os de primeira e os de terceiros¹⁴⁸), além de todos os terceiros que instalam, gerenciam ou acessam os *cookies* através do seu site ou aplicativo, com um *link* para suas respectivas políticas de *cookies*, descrevendo em detalhes as finalidades para os quais eles seriam utilizados, em todos os idiomas para quais o site ou aplicativo estivesse disponível¹⁴⁹.

Nesse sentido, a LGPD, tendo como base as regras contidas no Código de Defesa do Consumidor, também trata do tema não admitindo que os *cookies* sejam utilizados de forma silenciosa. Veda-se, assim, a coleta de informações para alimentar banco de dados sem que haja a clara indicação de finalidade e a permissão expressa do consumidor, não havendo lacuna para que o consentimento tácito seja válido¹⁵⁰.

Dessa forma, para se adequar à regulamentação, tornou-se comum sites e aplicativos apresentarem aviso de *cookies* através de *banners* visíveis, assim que o usuário o acessa, dando a opção de aceitar ou rejeitar o armazenamento de dados entre navegador e servidor, pois a legislação sequer permite que *cookies* sejam pré-instalados antes da decisão do usuário, podendo se tornar até mesmo um incômodo para quem os vê com frequência. Esse incômodo, conforme noticiado pela CNN Brasil¹⁵¹, foi abordado por um estudo sobre consentimento de *cookie* não informado, conduzido por acadêmicos da *University of Michigan*, nos EUA, e da *Ruhr University of Bochum*, na Alemanha, que concluiu que a principal motivação dos usuários para interagir com o *pop-up* de *cookies* era por suporem que o site não poderia ser acessado

¹⁴⁷ GOMES FILHO, Luiz Carlos. ANPD e o uso de cookies como ferramenta para tratamento de dados pessoais. *Conjur*, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-28/gomes-filho-uso-cookies-tratamento-dados-pessoais>. Acesso em: 19 dez. 2022.

¹⁴⁸ Segundo o site iubenda, “os cookies de primeira são aqueles gerenciados diretamente por você, o proprietário do site/aplicativo, e os cookies de terceiros são gerenciados por terceiros e permitem serviços fornecidos por eles. Normalmente, cookies de terceiros estão presentes quando seu site/aplicativo usa serviços de terceiros para incorporar, por exemplo, imagens, plugins de mídia social ou publicidade.” em IUBENDA. Cookies e GDPR: o que é realmente necessário? Disponível em: <https://www.iubenda.com/pt-br/help/44099-cookies-e-gdpr-o-que-e-realmente-necessario>. Acesso em: 02 dez. 2022.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ BASAN, Arthur Pinheiro. Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 298.

¹⁵¹ BARREDA, Alejandra Ramos. Você deve aceitar o uso de cookies na internet? É melhor pensar duas vezes. CNN Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/voce-deve-aceitar-o-uso-de-cookies-na-internet-e-melhor-voce-pensar-duas-vezes/>. Acesso em: 02 dez. 2022.

adequadamente caso não assentissem com a disposição de dados. Outro fator tomado como relevante foi a distração causada pelo anúncio, pois em razão da necessidade de ser visível para o usuário e ser de interesse dos sites e aplicativos a coleta de dados, alguns desses optam por *banners* que tornam impossível a utilização do serviço sem que o usuário, antes, interaja com o aviso, seja pela sobreposição que “escurece” o conteúdo a ser acessado ou mesmo pelo seu tamanho, muitas vezes responsável por ocupar grande espaço da tela, sobretudo em pequenos dispositivos como nos *smartphones*.

Não obstante, em razão das inúmeras solicitações de consentimento de uso de *cookies* e como os dados se tornam de difícil controle após o aceite do fluxo e armazenamento, os *cookies* podem ser utilizados de forma obscura, como ferramenta para promoção de publicidades direcionadas, pois se torna quase que impossível para o usuário identificar posteriormente por quem seus dados foram tratados e quem foi o responsável por encaminhá-los para essa prática¹⁵², tornando o consumidor potencial vítima de *spams*¹⁵³.

Diante disso, Basan ressalta que essa prática se torna ilícita no momento em que passa a importunar indevidamente o consumidor, ao passo em que essas publicidades são entregues de maneira excessiva e em horários inadequados. O autor defende ainda que esse problema não pode ser minimizado ao argumento de que sua solução viria através da simples exclusão ou desconsideração, fazendo alusão a posição defendida pelo Superior Tribunal de Justiça, pois à luz do ordenamento jurídico brasileiro, encaixa-se como a clara violação da privacidade, constituindo prática abusiva, segundo o Código de Defesa do Consumidor¹⁵⁴.

Dessa forma, é importante que o provedor, ao utilizar os *cookies*, informe ao usuário sobre a finalidade da coleta, devendo este consentir ou não, caso contrário, qualquer fim que o

¹⁵² BASAN, Arthur Pinheiro. Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 298.

¹⁵³ Segundo Cynthia Vianna, *spam* é o termo utilizado para definir as mensagens virtuais publicitárias indesejadas encaminhadas aos usuários, potenciais consumidores, com a finalidade de divulgar produtos ou serviços de consumo, como por exemplo, através de e-mails oferecendo serviços não solicitados, que muitas vezes iniciam em seu corpo de texto indicando o nome do destinatário, resultado do processo obscuro de coleta de dados, sendo uma prática conhecida e condenada no ambiente virtual. – VIANNA, Cynthia S. M. Spam: uma abordagem crítica. Jus.com.br, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3283/spam-uma-abordagem-critica>. Acesso em: 06 dez. 2022.

¹⁵⁴ BASAN, Arthur Pinheiro. Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 300.

dado tenha, distinto do que foi previamente estabelecido, estará violando o consentimento e, por conseguinte, a lei¹⁵⁵.

Nesse sentido, dispondo sobre a necessidade de uma manifestação de vontade clara e positiva do titular para que seja possível a coleta de dados por meio dos *cookies*, é a orientação da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD):

“(…) Por isso, dada a incompatibilidade com as disposições da LGPD, não é recomendável a utilização de *banners* de *cookies* com opções de autorização pré-selecionadas ou a adoção de mecanismos de consentimento tácito, como a pressuposição de que, ao continuar a navegação em uma página, o titular forneceria consentimento para o tratamento de seus dados pessoais.”¹⁵⁶

Segundo Ana Frazão, a tendência é que se adote o *privacy by design* e o *privacy by default* durante a coleta. “*By design*”, no sentido de se observar a privacidade durante todo o ciclo de desenvolvimento da política de tratamento e “*by default*”, no sentido de se aplicar as regras que melhor tutelem a proteção à privacidade por padrão¹⁵⁷.

Da mesma forma, deve-se propor meios para que o usuário possa retirar o seu consentimento, haja vista não ser esse absoluto, pois uma vez ciente dos riscos, é de interesse do mesmo retomar o controle dos seus dados.

Portanto, é notória a importância do consentimento para a existência de uma política de *cookies*. Apenas através do consentimento se faz possível o início do tratamento de dados, e através da revogação, o seu encerramento.

¹⁵⁵ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 88.

¹⁵⁶ LOPES, Alexandra Krastins et al. Guia orientativo: cookies e proteção de dados pessoais. Brasília: ANPD. p. 19. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias-periodo-eleitoral/anpd-lanca-guia-orientativo-201ccookies-e-protecao-de-dados-pessoais201d>. Acesso em: 07 dez. 2022.

¹⁵⁷ FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords.). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 72.

4. A REGULAÇÃO DOS *COOKIES* E SEUS DESAFIOS

Em vigor desde agosto de 2020, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) tem sido a legislação responsável por regular todas as formas de tratamento de dados pessoais no Brasil, atuando, principalmente, para “conter a maciça extração de dados e as diversas aplicações e utilizações que a eles podem ser dadas sem a ciência ou o consentimento informado dos usuários”¹⁵⁸.

Sua regulação é baseada na proteção de diversos direitos, como o direito à privacidade, o direito do consumidor, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade, a cidadania e a autodeterminação informativa, conforme se depreende da leitura dos seus artigos 1º, 2º e 6º.

Não é diferente com a política de *cookies*. Apesar da lei não mencionar o termo, por ser uma ferramenta capaz de coletar dados, toda política de *cookies* que o provedor propor ao usuário deve estar em acordo com a LGPD e respeitar os princípios constantes nela.

Para ilustrar o risco da ausência de regulação, vale citar o caso da norte-americana *DoubleClick Inc.*, agência de *marketing* especializada em mídia eletrônica, comprada pela *Google* em 2007. Fundada em 1996, a agência era responsável pela maioria das publicidades virtuais da época. Porém, sempre que um anúncio da empresa era apresentado no navegador, era instalado um *cookie* no computador do usuário sem que ele soubesse ou permitisse, de forma invisível e silenciosa¹⁵⁹. Essa prática, até então considerada inofensiva, passou a ser alvo de preocupação quando a empresa, em 1999, adquiriu a *Abacus Direct Corp.*, empresa de *marketing* que tinha em seu banco de dados nomes, endereços e hábitos de compra de 90% dos lares americanos¹⁶⁰, em uma tentativa de melhorar a eficiência do *marketing* na internet.

Essa compra tinha como objetivo mesclar as informações já coletadas pela *DoubleClick* com os dados da *Abacus Direct*, tornando possível identificar todas as informações que ela, até

¹⁵⁸ FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords.). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 65.

¹⁵⁹ EPIC. *DoubleTrouble*. Disponível em: <https://archive.epic.org/privacy/doubletrouble/>. Acesso em: 13 dez. 2022.

¹⁶⁰ RODGER, Will. *Activists charge DoubleClick double cross*. USATODAY, 2000. Disponível em: <https://usatoday30.usatoday.com/life/cyber/tech/cth211.htm>. Acesso em: 13 dez. 2022.

então, tinha coletado anonimamente¹⁶¹. Isso fez com os ativistas da privacidade virtual da época se alertassem quanto ao abuso praticado pela companhia, resultando na denúncia por parte da *Electronic Privacy Information Center à Federal Trade Commission*, agência governamental dos Estados Unidos responsável pela proteção dos consumidores, sob o argumento de que as práticas da *DoubleClick* eram injustas e enganosas. Alegou-se que a provedora enganou os consumidores, alegando em várias políticas de privacidade anteriores que as informações coletadas permaneceriam anônimas, como também coletando e vinculando injustamente informações sobre usuários sem seu conhecimento ou controle¹⁶². O enfrentamento governamental surgiu efeitos, tendo a ação resultado no reconhecimento dos abusos e na desistência da manutenção da nova forma de uso dos dados por parte da *DoubleClick*¹⁶³.

No emblemático caso, a intervenção se deu pelos advogados consumeristas e pelos ativistas da proteção à privacidade, que realizaram a denúncia da prática da empresa para uma agência governamental de proteção ao consumidor. Apesar de existir legislação específica de proteção de dados nos Estados Unidos, como a *Privacy Act*, de 1974, e a *Electronic Communications Privacy Act*, de 1986, adota-se no país o sistema de autorregulação¹⁶⁴, pelo qual o Estado se compromete a interferir o mínimo possível nas relações virtuais, prevalecendo o acordo entre os agentes de tratamento e os usuários. Mesmo com maior prevalência da autonomia privada, foi constatado o vício de consentimento de forma que a *DoubleClick* somente foi capaz de recuar após reconhecer que, em seus acordos com os usuários, era prometido que seriam coletados dados anonimizados, que não comprometessem a sua privacidade, o que passou a ser descumprido.

É de se cogitar, deste modo, que a ausência de uma agência governamental específica de proteção de dados e de uma legislação mais abrangente, como existia na União Europeia, foram cruciais para que a *DoubleClick* cogitasse violar a privacidade dos usuários, ainda que essa não fosse a intenção. Aliás, a legislação de proteção de dados dos Estados Unidos era tão escassa que, a União Europeia, buscando proteger os dados pessoais dos residentes europeus,

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² EPIC. *DoubleTrouble*. Disponível em: <https://archive.epic.org/privacy/doubletrouble/>. Acesso em: 13 dez. 2022.

¹⁶³ RODGER, Will. *DoubleClick backs off Web-tracking plan*. USATODAY, 2000. Disponível em: <https://usatoday30.usatoday.com/life/cyber/tech/cth486.htm>. Acesso em: 13 dez. 2022.

¹⁶⁴ TAVARES, Leticia Antunes; ALVAREZ, Bruna Acosta. Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%204.pdf?d=636680444556135606>. Acesso em: 14 dez. 2022. p. 25-30.

fez um acordo com o Departamento de Comércio dos Estados Unidos, estabelecendo princípios para a proteção de dados pessoais que as companhias americanas deveriam seguir para manter a fluência de dados entre os dois territórios, denominado *safe harbor*¹⁶⁵.

Por sua vez, a União Europeia foi uma das pioneiras ao criar uma legislação específica e abrangente para a proteção de dados pessoais e seu tratamento, a Diretiva para Proteção de Dados Pessoais 95/46/CE (DPD), responsável por regular a livre circulação de dados pessoais dos países membros do bloco europeu, por estabelecer parâmetros para a proteção da vida privada dos indivíduos, fixando limites estritos para a coleta e utilização de dados pessoais, e por criar uma autoridade nacional independente que fosse responsável pelo controle dessas atividades¹⁶⁶.

Nesse sentido, também foi a pioneira em regulamentar o uso de *cookies*, através da Diretiva de ePrivacy 2002/58/CE, popularmente conhecida como Lei dos *Cookies*. Essa diretiva foi a responsável por trazer as primeiras regulamentações relativas ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas, impondo diretrizes capazes de adequar o uso de *cookies* à proteção de dados pessoais, estabelecendo princípios e métodos a serem seguidos, como, por exemplo, a transparência da política de *cookies* a ser adotada pelo provedor quanto a sua finalidade¹⁶⁷.

No Brasil, a primeira legislação que abordou a proteção de dados pessoais na internet foi a Lei nº 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, que se propôs a estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e que, apesar de ser uma lei considerada “esparça e lacunosa”¹⁶⁸, desempenhou papel importante para despertar a atenção da proteção de dados.

No caso dos *cookies*, o Marco Civil da Internet trouxe uma abordagem a respeito do comércio de dados, conforme destaca Helena Martins:

¹⁶⁵ Ibidem. p. 32.

¹⁶⁶ Ibidem. p. 15.

¹⁶⁷ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 135-145.

¹⁶⁸ TAVARES, Leticia Antunes; ALVAREZ, Bruna Acosta. Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%204.pdf?d=636680444556135606>. Acesso em: 14 dez. 2022. p. 44.

“O marco também garante a privacidade dos usuários da internet, ao estabelecer que informações pessoais e registros de acesso só poderão ser vendidos se o usuário autorizar expressamente a operação comercial. Atualmente, os dados são usados por grandes empresas para obter mais receitas publicitárias, já que elas têm acesso a detalhes sobre as preferências e opções dos internautas e acabam vendendo produtos direcionados.”¹⁶⁹

Porém, somente com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais tornou-se possível definir práticas e métodos para a eficaz proteção de dados, seguindo os moldes da legislação europeia, cujas diretrizes são os maiores exemplos em vigor de proteção de dados pessoais.¹⁷⁰

A LGPD, destarte, ao elencar uma série de princípios a serem observados e respeitados, norteia como os agentes de tratamento devem se portar, desde a solicitação do consentimento, até o tratamento dos dados, não havendo margem para que este seja omissivo e negligente quanto aos direitos do titular. É o caso, por exemplo, dos princípios da transparência e do livre acesso, que para serem cumpridos, exigem que os agentes de tratamento promovam uma política de *cookies* que conceda ao usuário uma série de informações que justifiquem a coleta daqueles dados pessoais por meio da ferramenta, como pode se perceber da leitura do art. 9º, *in verbis*:

“Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:

- I – finalidade específica do tratamento;
- II – forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- III – identificação do controlador;
- IV – informações de contato do controlador;
- V – informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;
- VI – responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e
- VII – direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.”¹⁷¹

¹⁶⁹ MARTINS, Helena. Entenda o Marco Civil da Internet. Agência Brasil, 2014. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-04/entenda-o-marco-civil-da-internet>. Acesso em: 16 dez. 2022.

¹⁷⁰ TAVARES, Leticia Antunes; ALVAREZ, Bruna Acosta. Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%204.pdf?d=636680444556135606>. Acesso em: 14 dez. 2022. p. 45-46.

¹⁷¹ BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Brasília, DF: Presidente da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

Desse modo, para materializar os princípios previstos na lei, é indicado o uso de *banners* de *cookies*, conforme orientação da Agência Nacional de Proteção de Dados:

“Os banners de cookies são mecanismos difundidos no ambiente digital, desenvolvidos como uma forma de materialização dos princípios previstos na LGPD, em especial os da transparência e do livre acesso. Ao apresentar informações essenciais sobre o uso de cookies de maneira resumida e simplificada, os banners contribuem para o processo de tomada de decisão consciente pelo titular, além de fortalecer o controle sobre seus dados pessoais e o respeito às suas legítimas expectativas. Assim, o banner serve como uma ferramenta para trazer transparência e aderência aos princípios de proteção de dados pessoais.”¹⁷²

Portanto, para que um banner esteja de acordo com a lei, é indicado que este disponibilize informações claras e de fácil visualização, bem como, botões que permitam ao usuário rejeitar todos os *cookies* não necessários ou selecionar quais *cookies* ele aceita ou não. Também se exige que seja disponibilizado um *link* para que o titular possa exercer os seus direitos, com a informação a respeito de como seus dados serão utilizados e de por quanto tempo eles serão retidos, além de disponibilizar a opção de revogação de consentimento e de solicitação de eliminação de dados¹⁷³.

Entretanto, um dos desafios da legislação ainda é a constante evolução da tecnologia. Ao mesmo tempo que se busca criar um ambiente virtual transparente, de forma a tornar mais equilibrada e saudável a relação entre usuário e provedor, no lado obscuro da internet criam-se ferramentas para burlar tais tentativas, como é o caso do *evercookie*.

O *evercookie*, também chamado de “*cookie zumbi*”¹⁷⁴, ao contrário do *cookie* normal, se instala no computador do usuário de forma permanente ao explorar outras formas de armazenamento além do local habitual para onde são direcionados os *cookies*, conforme Altieres Rohr aborda:

“O *evercookie* é armazenado também no cache do navegador. O cache é composto pelos arquivos já baixados da internet e que são usados em várias páginas (como o

¹⁷² ANPD. Guia Orientativo: Cookies e proteção de dados pessoais. Ver. 1. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2022. p. 30.

¹⁷³ Ibidem. p. 31.

¹⁷⁴ FRIEDMAN, Sandra de Castro. Arcabouço teórico para discussões sobre o panorama multifacetado da privacidade na era digital. Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/12371/1/Disserta%C3%A7ao%20Sandra%20Friedman.pdf>. Acesso em 17 dez. 2022. p. 102.

logotipo do G1) e que ficam no disco para que o navegador não precise baixar de novo, acelerando a navegação. A informação do evercookie é armazenada em um arquivo em cache, enviado pelo servidor. Quando o navegador perguntar ao servidor se o arquivo em cache pode ser usado ou se ele precisa ser baixado novamente, o site pode “mentir” ao navegador que o arquivo (que nunca existiu) não mudou e que não é necessário baixá-lo novamente, sendo possível ler a informação que o navegador armazenou em cache, exatamente como um cookie.

Outra técnica interessante é a armazenagem do evercookie no histórico do navegador – o recurso que registra as páginas acessadas previamente. Ele armazena o cookie como uma sequência de endereços no histórico, que o navegador acessa silenciosamente durante o armazenamento do cookie. Para ler é preciso verificar todas as combinações possíveis do histórico – o que é muito rápido, porque o próprio navegador faz isso usando uma série de técnicas já conhecidas. Não existe maneira legítima de simplesmente “ler” o histórico – isso em si só acontece graças à subversão de outros recursos.”¹⁷⁵

Nessa linha, conclui Rohr que os *evercookies* são difíceis de serem removidos, ao passo que exige do usuário um conhecimento de computação avançado e incomum, em razão da inexistência de uma ferramenta nativa do navegador que seja capaz de removê-los, como é a que é disponibilizada para a remoção dos *cookies*¹⁷⁶. Não fosse o bastante, o *evercookie* é capaz até mesmo de rastrear navegadores anônimos, conforme os vazamentos de Edward Snowden em 2013¹⁷⁷.

Portanto, é necessário que a legislação, em conjunto com os provedores de serviços e suas tecnologias, criem mecanismos capazes de coibir qualquer tentativa de burlar o consentimento do titular de dados e violar a sua privacidade, contribuindo assim para uma relação virtual de tratamento de dados saudável e honesta.

¹⁷⁵ ROHR, Altieres. ‘Cookie eterno’ pode rastrear internauta e é impossível de apagar. G1, 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2010/10/cookie-eterno-pode-rastrear-internauta-e-e-impossivel-de-apagar.html>. Acesso em: 17 dez. 2022.

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ WIKIPEDIA. Evercookie. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Evercookie>. Acesso em: 17 dez. 2022.

CONCLUSÃO

O presente estudo monográfico buscou analisar como os *cookies* são concebidos e regulamentados na legislação brasileira, principalmente, como a ferramenta é recebida pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que entrou em vigor recentemente, fazendo um comparativo com a legislação internacional europeia e estadunidense, pioneira ao tratar do tema.

Para isso, no decorrer do presente estudo, foi contextualizada a importância da privacidade na sociedade da informação, discorrendo sobre seus conceitos e nuances ao longo do tempo, bem como, a abordagem da legislação brasileira sobre o tema. Em seguida, verificou-se que com o crescente movimento de digitalização e tecnologização das atividades econômicas, sociais e políticas, os dados pessoais se tornaram *commodities* valiosíssimas na sociedade, sobretudo, no mercado digital.

Observou-se que as empresas tem cada vez mais direcionado a sua atenção para o tratamento dos dados pessoais obtidos pelos *cookies*, explorando novas formas de coleta e de uso, buscando o seu refinamento e passando a se tornar um dos principais meios de direcionamento de marketing, pois capaz de traçar o perfil dos usuários e potenciais consumidores.

Essa dinâmica, apesar de se relacionar com o direito à privacidade, se mostrou ir além da proteção até então existente, mostrando-se necessária a criação de um direito derivado dela, surgindo assim o direito à autodeterminação informativa, responsável por tutelar a possibilidade do titular de dados de ter o controle de suas informações, protegendo-o assim do cenário predatório de coleta e devolvendo ao indivíduo o poder de decidir e participar desse processo.

Assim, conclui-se que a autodeterminação informativa pode ser considerada um direito material, capaz de empoderar o indivíduo, permitindo-lhe o poder de decidir sobre quais de seus dados podem ser utilizados, garantindo assim a sua ciência e participação no processo de coleta e utilização de seus dados e reconhecendo o domínio que o titular tem sobre eles. Nesse escopo, até mesmo o mais simples e isoladamente insignificante dos dados exige, para sua coleta e tratamento, a ciência e autorização do titular, não podendo serem realizados de forma furtiva ou coercitiva. Do contrário, fere-se o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade

e da vida privada, expresso no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal Brasileira de 1988, assim como a autodeterminação afirmativa propriamente dita, expressamente prevista na legislação brasileira desde o advento da LGPD.

A partir desse cenário, com o advento do direito à proteção de dados, buscando tornar mais efetiva essa proteção, de forma a possibilitar o exercício do direito à autodeterminação informativa, mostrou-se necessário estudar o instituto do consentimento, sua conceituação e sua previsão legal, verificando a sua importância frente ao tratamento de dados.

Reconhecidos o papel da proteção de dados, da autodeterminação informativa e do consentimento, tais conceitos foram relacionados com os *cookies*, destringendo-se a sua definição e abordando-se o seu papel fundamental na coleta de dados e no exercício da autodeterminação informacional, mormente através da adoção de requerimento de consentimento quando trazida a ciência do usuário ao acessar sites e aplicativos.

Entretanto, é de se notar a dificuldade existente na legislação brasileira em abordar especificamente sobre essa ferramenta, pois apesar de trazer princípios que norteiam como deve ser realizado o tratamento de dados, em nenhum momento é definido, com clareza e especificidade, como deve ser abordada a política de *cookies*.

Notou-se que tudo o que versa sobre a regulação dos *cookies* e a forma como eles são concebidos e apresentados ao usuário atualmente advém das discussões internacionais a respeito do tema, como o disposto na Diretiva Europeia de ePrivacy 2002/58/CE e na *Article 29 Working Party*, além da interpretação dos princípios gerais dispostos na nacional Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Por fim, conclui-se pela importância que a LGPD teve ao impactar as relações usuário e provedor, que apesar de tímida a respeito de alguns temas, como os *cookies*, permite, a partir de sua interpretação, que sejam reguladas relações atuais e futuras que envolvam o tratamento de dados no Brasil, trazendo maior equidade, transparência e lisura às relações jurídicas informacionais, estimulando tanto a iniciativa pública quanto a privada a tornarem a internet um ambiente mais democrático, transparente e seguro para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANPD. **Guia Orientativo: Cookies e proteção de dados pessoais**. Ver. 1. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-orientativo-cookies-e-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2022.

BARREDA, Alejandra Ramos. **Você deve aceitar o uso de cookies na internet? É melhor pensar duas vezes**. CNN Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/voce-deve-aceitar-o-uso-de-cookies-na-internet-e-melhor-voce-pensar-duas-vezes/>. Acesso em: 02 dez. 2022.

BASAN, Arthur Pinheiro. **Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego**. São Paulo: Editora Foco, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Brasília, DF: Presidente da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais)**. Brasília, DF: Presidente da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)**. Brasília, DF: Presidente da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em 07 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 nov. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. 1. p. 550.

CARDOSO, Oscar Valente. **Direito à eliminação dos dados pessoais na lei geral de proteção de dados pessoais**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/90814/direito-a-eliminacao-dos-dados-pessoais-na-lei-geral-de-protacao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 08 dez. 2022.

CARDOSO, Ricardo L.; RICCIO, Edson; LOPES, Alexsandro B. **O processo decisório em um ambiente de informação contábil: um estudo usando a teoria dos prospectos**. Revista de Administração e Contabilidade: Unisinos, 2008.

CASTELLS, Manuel. *The rise of the network society*. Blackwell: Oxford, 1996 [ed. bras.: **A sociedade em rede**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2011].

COMISSÃO EUROPEIA. *Guidelines on transparency under regulation 2016/679*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/622227/en> - Acesso em: 05 dez. 2022.

DELLACHA, Domitila. *El Gobierno aplica una sanción a Rappi “por haber cometido una infracción grave”*. La Nacion. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/el-gobierno-aplica-una-sancion-a-rappi-por-haber-cometido-una-infraccion-grave-nid14042021/>. Acesso em: 08 dez. 2022.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

EPIC. *DoubleTrouble*. Disponível em: <https://archive.epic.org/privacy/doubletrouble/>. Acesso em: 13 dez. 2022.

FRANÇA. **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789**. Rio Grande do Sul: Observatório de Direitos Humanos da UFSM. Disponível em: <https://www.ufsm.br/pro-reitorias/pre/observatorio-de-direitos-humanos/documentacao-historica/>. Acesso em: 03 nov. 2022.

FREITAS, Michelli. **Liberdade de expressão em tempos de redes sociais**. Disponível em: <https://blog.ieac.net.br/liberdade-de-expressao-em-tempos-de-redes-sociais/>. Acesso em: 06 dez. 2022.

FRIEDMAN, Sandra de Castro. **Arcabouço teórico para discussões sobre o panorama multifacetado da privacidade na era digital**. Dissertação (Mestrado em Ciência da Computação) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/12371/1/Disserta%C3%A7ao%20Sandra%20Friedman.pdf> . Acesso em 17 dez. 2022.

GOMES FILHO, Luiz Carlos. **ANPD e o uso de cookies como ferramenta para tratamento de dados pessoais**. Conjur, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-28/gomes-filho-uso-cookies-tratamento-dados-pessoais>. Acesso em: 19 dez. 2022.

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

HIRATA, Alessandro. **Direito à privacidade**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>. Acesso em: 06 dez. 2022.

IUBENDA. **Cookies e GDPR: o que é realmente necessário?** Disponível em: <https://www.iubenda.com/pt-br/help/44099-cookies-e-gdpr-o-que-e-realmente-necessario>. Acesso em: 02 dez. 2022.

KARPERSKY. **O que são cookies?** Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/definitions/cookies>. Acesso em: 02 dez. 2022.

LEGALCLOUD. **Cookies na LGPD: O que são e quais tipos?** Disponível em: <https://legalcloud.com.br/cookies-lgpd-tabela/>. Acesso em: 12 dez. 2022.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LOPES, Alexandra Krastins et al. **Guia orientativo: cookies e proteção de dados pessoais**. Brasília: ANPD. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias-periodo-eleitoral/anpd-lanca-guia-orientativo-201ccookies-e-protacao-de-dados-pessoais201d>. Acesso em: 07 dez. 2022.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MALDONADO, Viviane N.; BLUM, Renato O. (coords.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARTINS, Guilherme M.; LONGHI, João Victor R.; FALEIROS JR., José Luiz de Moura (coords.). **Comentários à lei geral de proteção de dados pessoais**. São Paulo: Editora Foco, 2022.

MARTINS, Helena. **Entenda o Marco Civil da Internet**. Agência Brasil, 2014. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-04/entenda-o-marco-civil-da-internet>. Acesso em: 16 dez. 2022.

MENDES, Laura S. **Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica - Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental, 1ª Edição.** São Paulo: Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502218987. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218987/>. Acesso em: 11 dez. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MURINO, Thiago Barrizelli. **O consentimento válido nas novas leis de proteção de dados**. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/286214/o-consentimento-valido-nas-novas-leis-de-protecao-de-dados>. Acesso em: 06 dez. 2022.

NORMAN, Jeremy. *Louis Montulli II Invents the HTTP Cookie*. Disponível em: <https://www.historyofinformation.com/detail.php?id=2102>. Acesso em: 02 dez. 2022.

NOVO, Benigno Núñez. **Análise sobre a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. Brasil Escola. Disponível em: <https://meuartigo.brasescola.uol.com.br/direito/a-declaracao-dos-direitos-homem-e-do-cidadao-de-1789.htm>. Acesso em: 03 nov. 2022.

RODGER, Will. *Activists charge DoubleClick double cross*. USATODAY, 2000. Disponível em: <https://usatoday30.usatoday.com/life/cyber/tech/cth211.htm>. Acesso em: 13 dez. 2022.

RODGER, Will. *DoubleClick backs off Web-tracking plan*. USATODAY, 2000. Disponível em: <https://usatoday30.usatoday.com/life/cyber/tech/cth486.htm>. Acesso em: 13 dez. 2022.

ROHR, Altieres. **‘Cookie eterno’ pode rastrear internauta e é impossível de apagar**. G1, 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2010/10/cookie-eterno-pode-rastrear-internauta-e-e-impossivel-de-apagar.html>. Acesso em: 17 dez. 2022.

SANCHEZ-ROLA, Iskander et al. *Journey to the center of the cookie ecosystem: unraveling actors' roles and relationships*. San Francisco: Eurecom, 2021. Disponível em: <https://www.eurecom.fr/publication/6376>. Acesso em: 12 dez. 2022.

SARLET, Gabrielle B. S.; TRINDADE, Manoel Gustavo N.; MELGARÉ, Plínio (coords.). **Proteção de dados: temas controvertidos**. São Paulo: Editora Foco, 2021.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **É abusiva cláusula que obriga cliente de cartão de crédito a fornecer dados a terceiros**. Portal do STJ, 2017. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-09_08-03_E-abusiva-clausula-que-obriga-cliente-de-cartao-de-credito-a-fornecer-dados-a-terceiros.aspx. Acesso em: 03 dez. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp: 1348532** SP 2012/0210805-4, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, j. 10.10.2017, T4 – Quarta Turma, DJe 30.11.2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6.387-DF**, Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 07 nov. 2022.

TAVARES, Leticia Antunes; ALVAREZ, Bruna Acosta. **Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%204.pdf?d=636680444556135606>. Acesso em: 14 dez. 2022.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. **Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <https://civilistica.com/tratamento-de-dados-pessoais-na-lgpd/>. Acesso em: 30 out. 2022.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coords.). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TODOROVSKI, Petar. *How you should be asked for cookie consent according to the GDPR*. PrivacyAffairs, 2022. Disponível em: <https://www.privacyaffairs.com/cookie-consent/>. Acesso em: 19 dez. 2022.

VIANNA, Cynthia S. M. **Spam: uma abordagem crítica**. Jus.com.br, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3283/spam-uma-abordagem-critica>. Acesso em: 06 dez. 2022.

WACHOWICZ, Marcos. **Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado**. Curitiba: Gedai, 2020.

WERTZ, Boris; KINGYENS, Angela Tran. *A Guide to Marketplaces*. Version One Ventures. 2015.

WIKIPEDIA. **Evercookie**. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Evercookie>. Acesso em: 17 dez. 2022.