

**BRUNO  
RICARDO  
BIONI**

# PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

a função e os limites  
do consentimento



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.
- Nas obras em que há material suplementar *on-line*, o acesso a esse material será disponibilizado somente durante a vigência da respectiva edição. Não obstante, a editora poderá franquear o acesso a ele por mais uma edição.
- Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2019 by

**EDITORA FORENSE LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Fabricio Vale

- Fechamento desta edição: 08.10.2018

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

B514c

Bioni, Bruno Ricardo

Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento / Bruno Ricardo Bioni. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-8168-6

1. Internet (Redes de computação) - Legislação. 2. Redes sociais on-line. 3. Direitos à privacidade. I. Título.

18-50460

1135011

CDU: 34:004.738.5

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO E VISÃO GERAL .....	XXIII
--------------------------------	-------

### PARTE I

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

Capítulo I – Sociedade da informação e dados pessoais .....	3
1.1 A sociedade da informação .....	3
1.1.1 Virtualização da informação: economia da informação ...	6
1.1.2 Do taylorismo ao modelo organizacional em rede: informação e conhecimento .....	9
1.2 Os dados pessoais dos consumidores como um ativo na economia da informação .....	12
1.2.1 A metáfora do sorvete social: <i>prosumer</i> .....	13
1.2.2 A publicidade direcionada como a tônica dos modelos de negócios na Internet .....	15
1.2.2.1 Publicidade direcionada: contextual, segmentada e comportamental .....	15
1.2.2.2 Dos hábitos de navegação dos consumidores, localização geográfica à publicidade baseada nas emoções: o consumidor de vidro .....	21
1.2.2.3 Os modelos de negócios na Internet: entre o “gratuito” e o <i>freemium</i> .....	25
1.2.2.4 A multidão de atores da rede da publicidade direcionada <i>on-line</i> .....	28
1.2.2.5 O exemplo da aquisição do WhatsApp pelo Facebook .....	33
1.3 Minerando dados .....	35
1.3.1 Sistemas de informação: dados, informação e conhecimento .....	36

1.3.2	<i>Big Data</i> : o êxtase e o estado da arte da mineração dos dados .....	39
1.3.3	Um admirável mundo novo de inferências: da consumidora grávida à iminência do rompimento de um relacionamento afetivo .....	42
1.3.4	Bancos de dados e cadastros de consumo: a “promiscuidade” gerada pela economia da informação .....	44
1.4	Conclusão: a formatação de uma economia de vigilância e de um varejo dos dados pessoais .....	48
<b>Capítulo II – Dados pessoais e direitos da personalidade</b> .....		51
2.1	Direitos da personalidade: considerações iniciais sobre a inserção dos dados pessoais nessa categoria jurídica .....	51
2.2	A projeção da personalidade por meio dos dados .....	63
2.2.1	Dados pessoais e projeção da personalidade: uma nova identidade .....	63
2.2.2	Conceito de dados pessoais: reducionista <i>versus</i> expansionista nas leis setoriais e na lei geral brasileira de proteção de dados pessoais .....	67
2.2.3	Dados “anônimos” como a antítese de dados pessoais: o filtro da razoabilidade.....	70
2.2.4	A importância pragmática da alocação dogmática da proteção de dados pessoais como um novo direito da personalidade: perfis comportamentais e decisões automatizadas (arts. 12, § 2º, e 20 da LGPD) .....	77
2.3	O desenvolvimento da personalidade por meio do fluxo informativo .....	83
2.3.1	Dados sensíveis e o tratamento sensível de dados triviais: a interface com o direito de isonomia e não discriminação ...	85
2.3.2	“Datificação” das nossas vidas: Internet das coisas e o IPV6 .....	87
2.3.3	“Ditadura dos dados” e <i>profiling</i> : estigmatização do ser humano e os seus reflexos na sua esfera relacional e nas liberdades fundamentais .....	89
2.4	A proteção dos dados como categoria autônoma dos direitos da personalidade: rompendo com a dicotomia do público e privado	92
2.4.1	Estabelecendo um diálogo entre o direito à privacidade (liberdade negativa) e à proteção dos dados pessoais (liberdade positiva) .....	93

2.4.2	A decisão da Corte Constitucional alemã: Lei do Censo de 1983 .....	101
2.5	Conclusão: autodeterminação informacional e a dupla função de leis de proteção de dados pessoais.....	107

## PARTE II

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

<b>Capítulo III – A travessia do protagonismo do consentimento .....</b>		<b>113</b>
3.1	O contexto inicial em torno da demanda regulatória da proteção dos dados pessoais e a primeira geração de leis .....	113
3.2	As subsequentes gerações de leis de proteção de dados pessoais: emergência, questionamento e a reafirmação do papel de protagonismo do consentimento .....	115
3.3	A redoma do consentimento na normatização da proteção dos dados pessoais.....	117
3.3.1	<i>Fair Information Practice Principles/FIPPs</i> e as <i>guidelines</i> da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico .....	117
3.3.2	O direito comunitário europeu (Conselho da Europa e União Europeia): da Convenção 108 à GDPR .....	122
3.3.3	Leis setoriais e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais .....	126
3.3.3.1	Código de Defesa do Consumidor.....	126
3.3.3.2	Lei do Cadastro Positivo.....	128
3.3.3.3	Marco Civil da Internet.....	130
3.3.3.4	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: o percurso do consentimento entre 2010 a 2018 .....	132
3.4	Conclusão: a redoma do consentimento e o refratário protagonismo do consentimento .....	136
<b>Capítulo IV – Reavaliação procedimental (forma) do consentimento como protagonista da proteção de dados pessoais .....</b>		<b>139</b>
4.1	Consentimento e a demanda subjacente contemporânea da proteção de dados pessoais.....	139

4.1.1	Da teletela orwelliana à vigilância distribuída e líquida: entre a percepção romancista-ficcional e a análise sociológica crítica do controle dos dados .....	139
4.1.2	A complexidade do fluxo informacional e as limitações cognitivas para um genuíno processo de tomada de decisão sobre os dados pessoais.....	145
4.1.3	Estudos empíricos a confirmar a sobrecarga do consentimento .....	149
4.1.3.1	<i>Mental models</i> (Universidades de Stanford e Carnegie Mellon).....	149
4.1.3.2	<i>Trackers</i> e a corrida armamentista tecnológica como elemento neutralizador da capacidade do usuário em controlar as suas informações pessoais (Universidade de Berkeley).....	152
4.1.3.3	Resignação pela assimetria de poder no fluxo das informações pessoais: o problema estrutural do câmbio-troca ( <i>trade-off</i> ) da economia dos dados pessoais (Universidade da Pensilvânia).....	155
4.1.4	Conclusão: assimetria e (hiper)vulnerabilidade próprias no âmbito da proteção dos dados pessoais e o debate normativo da proteção dos dados pessoais.....	160
4.2	Equalizando as assimetrias para um controle mais efetivo dos dados pessoais: tangibilizando a adjetivação do consentimento.....	170
4.2.1	As políticas de privacidade: uma forma sólida e ineficiente para controlar o fluxo líquido dos dados pessoais.....	170
4.2.2	Tecnologias de Facilitação da Privacidade ( <i>Privacy Enhancing Technologies/PETs</i> ): uma parcela do conceito de privacidade por concepção ( <i>Privacy by Design/PbD</i> ) .....	176
4.2.2.1	<i>Do Not Track/DNT</i> : revisitando a ótica binária do <i>opt-in</i> e <i>opt-out</i> e a qualificação artificial do consentimento no plano da coleta dos dados pessoais .....	178
4.2.2.2	<i>Platform for Privacy Preferences/P3P</i> : massificação das preferências de privacidade e o consentimento granular .....	182
4.2.2.3	Internet das Coisas/IoT: interoperabilidade e PETs .....	185
4.2.3	Emprestando densidade legal às PETs e dissecando os adjetivos do consentimento .....	187

4.2.3.1	Relação obrigacional e o processo de controle dos dados: PETs de acordo com a concepção dinâmica do vínculo obrigacional.....	187
4.2.3.2	Adjetivação do consentimento .....	190
4.2.3.2.1	Informado: dever-direito de informar e transparência.....	191
4.2.3.2.2	Livre: “poder de barganha” .....	197
4.2.3.2.3	Inequívoco e finalidades determinadas: “não manipulação” .....	198
4.2.3.2.4	Específico e expreso: carga participativa máxima do titular .....	201
4.2.4	Conclusão: empoderando o titular dos dados pessoais por meio de uma agenda crítica da arquitetura da rede e de escolhas.....	204
<b>Capítulo V – A reavaliação substantiva (conteúdo) do consentimento como protagonista da proteção de dados pessoais .....</b>		<b>209</b>
5.1	Em direção a uma normatização substantiva e menos procedimental da proteção dos dados pessoais .....	209
5.2	Fundações teóricas para a normatização substancial da proteção dos dados pessoais.....	210
5.2.1	Um diálogo com Helen Nissenbaum sobre privacidade contextual: a equação contexto + integridade = normas informacionais .....	210
5.2.1.1	Normas informacionais: entre um fluxo interno e externo apropriado dos dados pessoais e o saldo das legítimas expectativas de privacidade .....	212
5.2.1.2	O valor social da proteção dos dados pessoais e a negociabilidade limitada dos direitos da personalidade: titularidade versus propriedade dos dados .....	216
5.3	Perspectivas normativas-práticas da limitação do consentimento ...	223
5.3.1	Os núcleos duros impostos pelo Marco Civil da Internet/MCI .....	223
5.3.1.1	Sigilo e inviolabilidade das comunicações privadas na Internet .....	223
5.3.1.2	A proibição da guarda combinada de logs de acesso e de aplicação pelos provedores de conexão .....	225

5.3.2	Proteção de dados pessoais e discriminação: agenda em construção sobre os limites da autodeterminação informacional no cenário de decisões automatizadas .....	229
5.3.3	Reflexões sobre casos midiáticos: unificação de políticas de privacidade, pesquisas emocionais, termos de uso “absurdos” e a “teletela orwelliana” do século XXI.....	233
5.3.3.1	Síntese da privacidade contextual na prática ..	237
5.4	<i>Big Data</i> e usos secundários dos dados pessoais: desafios para um outro relato normativo complementar da privacidade contextual ...	238
5.4.1	Vetores de aplicação da privacidade (consentimento) contextual: princípios da boa-fé e da confiança e a teoria dos contratos relacionais e cativos de longa duração .....	242
5.4.1.1	Consentimento contextual em uma relação contínua e cativa de longa duração .....	243
5.4.1.2	Boa-fé e tutela da confiança como vetores da privacidade contextual.....	246
5.4.2	Base legal do legítimo interesse: aplicação da privacidade contextual .....	248
5.4.2.1	O “denominador comum” do legítimo interesse no direito comunitário europeu: da diretiva à GDPR .....	248
5.4.2.2	O “denominador comum” do legítimo interesse no Brasil: do anteprojeto à LGPD .....	250
5.4.2.3	Teste de proporcionalidade do legítimo interesse: balanceando direitos na LGPD em quatro etapas...	252
5.4.2.4	Casos .....	256
5.4.2.5	Síntese da aplicação da privacidade contextual e na LGPD .....	267
5.5	Dados públicos e manifestamente públicos na LGPD.....	268
5.6	Conclusão: Dirigismo informacional .....	271
	<b>Bibliografia</b> .....	277