

Pires: A LGPD e a validade da cláusula de consentimento

11/09/2021

1) Introdução

O comércio de dados pessoais de consumidores era uma realidade de muitos anos no Brasil, um mercado predatório, em que empresas realizavam de forma "lícita" o recebimento de milhões de reais com a venda de dados.



Por exemplo, a Serasa Experian, empresa especializada

em serviços de proteção de crédito, comercializava dados de cerca de 150 milhões de brasileiros pelo preço de R\$ 0,98, por pessoa.

Esse cenário sofreu grande revés com a Lei nº13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, ou LGPD, que dispõe sobre a forma de tratamento dos dados pessoais visando à proteção dos direitos fundamentais de liberdade [1], privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade jurídica natural.

Entretanto, a lei estabelece no artigo 7º, inciso I, a possibilidade de o tratamento de dados pessoais ser realizado mediante o consentimento do titular.

Enquanto isso, sobre o tratamento de dados pessoais sensíveis a lei dispõe que o consentimento deverá ser realizado de forma específica [2], destacada e para finalidades específicas. Confira-se:

"Artigo 11 — O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I — quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas".

Por isso, proponho uma análise do tratamento de dados pessoais, *especialmente não sensíveis*, à luz da nulidade das cláusulas abusivas em contrato de adesão.



2) Relação de consumo

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, criada por força do artigo 48 da Constituição da República Federativa do Brasil, instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

São consumidores, segundo o Código de Defesa do Consumidor, as pessoas físicas ou jurídicas que adquirem ou utilizam produto ou serviço como destinatário final.

O fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Sendo assim, os dados pessoais fornecidos em razão de relação consumerista estão protegidos, além da LGPD, pelo Código de Defesa do Consumidor.

Com ênfase, o Superior Tribunal de Justiça, por súmulas, estabelece a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em diversas modalidades de contratação, tais como planos de saúde [3], empreendimentos imobiliários pelas sociedades cooperativas [4], entidades abertas de previdência complementar e instituições financeiras [5] [6].

Entre os direitos básicos do consumidor, insculpidos no rol do artigo 6º, é importante enfatizar liberdade de escolha, adequação do produto, informação adequada e clara, proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, prevenção contra danos e facilitação dos meios de defesa dos seus direitos.

3) Consentimento do titular

Após a vigência da LGPD, não é incomum sermos surpreendidos em sites, e-mails, programas, aplicativos, contratos e termos aditivos "surpresas" com a "nova política de privacidade" da instituição contratada, para anuência.

Em inúmeros casos, debruçando-se sobre esses documentos, em sua maioria denota-se a existência de uma cláusula de *consentimento no tratamento de dados pessoais, e até consentimento para o tratamento de dados pessoais sensíveis*.

Isso é reflexo do temor que a LGPD trouxe às empresas, principalmente no início de agosto, quando passaram a vigorar os artigos 52, 53 e 54, que tratam das sanções administrativas.

Contudo, essa forma de consentimento traz a preocupação da possibilidade de implementar "novo" mercado de venda de dados pessoais autorizados.

4) Efeito da validade do consentimento

O consentimento ao fornecer para o tratamento dos dados pessoais possibilita, entre outras, produção, utilização, reprodução, transmissão, distribuição e transferência.

Com efeito, excluindo os dados pessoais sensíveis, ainda existe uma gama de dados pessoais que possibilita sua venda, como informações de crédito, números de telefone, e-mails, CPFs e outras, que possibilitam a empresas de cobrança, que oferecem produtos e serviços, a comercialização desses dados.

Portanto, se considerarmos a validade do consentimento do tratamento desses dados pessoais, estaremos abrindo as portas para um método de comercialização autorizado.

5) Nulidade e conclusão

Em razão disso, o consentimento para o tratamento de dados realizado como contrato de adesão (contrato em que as cláusulas são preestabelecidas pelo fornecedor sem a possibilidade de o consumidor discuti-las ou modificá-las) deve ser observado em conjunto com a natureza da destinação da contratação.

Isso porque, segundo o artigo 51, incisos I e IV, do Código de Defesa do Consumidor, são nulas as cláusulas contratuais que impliquem renúncia de direito e estabeleçam desvantagem exagerada ao consumidor.

Essa cautela deve ser observada principalmente pelos fornecedores, que, acreditando estarem amparadas por um consentimento, venham a sofrer sanções administrativas severas.

Portanto, o *consentimento* para o tratamento de dados pessoais nas relações consumeristas deve passar pelo crivo da finalidade da contratação, sob pena de serem declaradas nulas de pleno direito e acarretarem as sanções previstas na LGPD.

[1] Tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

[2] Dado pessoais sensíveis: dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

[3] SÚMULA 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018.

[4] SÚMULA 602, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 26/02/2018.

[5] SÚMULA 563, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/02/2016, DJe 29/02/2016.

[6] SÚMULA 297, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/05/2004, DJ 08/09/2004, p. 129.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-set-11/pires-lgpd-validade-clausula-consentimento/>