

ARTIGOS ACEITOS PARA PUBLICAÇÃO
DIREITO DIGITAL E SETOR PÚBLICO - 2020.2

ITS RIO

Pós-Graduação em Direito Digital

CEPED



ITS

CONTORNOS E LIMITES DO TRATAMENTO DE DADOS COM BASE NA EXECUÇÃO DO CONTRATO

Cláudio Kaminski Tavares

CLÁUDIO KAMINSKI TAVARES

**CONTORNOS E LIMITES DO TRATAMENTO DE DADOS COM BASE NA
EXECUÇÃO DO CONTRATO**

Trabalho acadêmico apresentado como requisito para aprovação no Módulo 1 do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito Digital do Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS), juntamente com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e o Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED), relacionado à disciplina de Lei Geral de Proteção de Dados.

Porto Alegre

2020

CONTORNOS E LIMITES DO TRATAMENTO DE DADOS COM BASE NA EXECUÇÃO DO CONTRATO

INTRODUÇÃO

A temática da proteção jurídica dos dados pessoais tem chamado muita atenção dos brasileiros a partir da sanção da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD) em agosto de 2018, e, mais ainda, a partir de sua entrada em vigor, em setembro de 2020.

Não era de se esperar algo diferente, uma vez que a nova legislação, como seu próprio nome diz, passa a regular de forma ampla e geral toda e qualquer operação realizada com dados pessoais. Para tanto, define premissas e impõe certas restrições à circulação dos dados pessoais, apresentando, inclusive, um rol taxativo de hipóteses que justificam as atividades de tratamento de dados.

Ocorre que, dentre as várias inovações, uma dessas bases legais que servem de hipótese de tratamento de dados tem levantado certa polêmica quanto à sua aplicação prática, qual seja: o tratamento de dados pessoais “quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados”.

Algumas dúvidas de cunho prático podem surgir da simples leitura da redação do art. 7º, inciso V, da referida lei, por exemplo: o titular dos dados deve, impreterivelmente, ser parte da relação jurídica estabelecida pelo contrato, ou da relação pré-contratual? Tendo em vista que a redação do mencionado inciso emprega a conjunção alternativa “ou”, a necessidade de ser parte se faz presente apenas para a hipótese de “procedimentos preliminares relacionados a contrato”, e não da hipótese da “execução de contrato” em si? Quanto à redação do dispositivo, considerando que a parte final do mesmo determina que só poderá ocorrer o tratamento “a pedido do titular dos dados”, fica a dúvida: é legítimo o tratamento de dados pessoais do sócio e/ou administrador que compõe/representa a pessoa jurídica que é a parte da relação que será objeto de contrato? Uma vez que as partes da relação contratual a ser estabelecida sejam pessoas jurídicas, certamente haverá o tratamento de dados de terceiros, sobretudo daqueles que as representam.

Ou, ainda, como se não bastasse, é possível que ainda existam dúvidas quanto à outorga e abrangência do consentimento necessário ao tratamento com base na hipótese do inciso V, do art. 7º. Isso, sobretudo a partir da edição do Guia de Boas Práticas - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), disponibilizado pelo Governo Federal, que parece equiparar o consentimento

fornecido no ato de formalização do contrato com o a outorga do consentimento necessário ao tratamento dos dados pessoais.

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, o presente trabalho objetiva esclarecer os contornos e limites do tratamento de dados com base na hipótese legal prevista no art. 7º, inciso V, da LGPD, para apresentar respostas aos questionamentos que podem surgir quando da aplicação prática do mencionado dispositivo legal, o presente trabalho identificará, inicialmente, o conceito de contrato e sua relevância na sociedade para, após, passar a abordar a disciplina jurídica da proteção de dados. Cumpridos tais objetivos, necessários a uma melhor compreensão do tema, o presente trabalho discorrerá sobre a Lei Geral de Proteção de Dados para, ao final, analisar a posição da doutrina acerca da interpretação da base legal de tratamento de dados em questão.

1. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O CONCEITO DE CONTRATO E SUA RELEVÂNCIA SOCIAL

O contrato, conforme a consagrada definição de Enzo Roppo, é a veste jurídica das operações e econômicas.¹ Isso porque os indivíduos, empresários ou consumidores, não de praticar diariamente uma série de contratos justamente porque realizam uma série de operações econômicas para garantir sua subsistência, seu lazer ou obter lucro ou determinada vantagem.

Aliás, pode-se dizer que nenhum cidadão consegue, hoje, sobreviver no meio social sem praticar diariamente uma série de contratos. Considerada a variedade de funções econômicas desempenhadas pelo contrato, este é utilizado para promover a circulação de riqueza; a colaboração entre os homens; a prevenção de riscos; a conservação e adoção de medidas acautelatórias; a prevenção ou resolução de controvérsias; a concessão de crédito; e, ainda, a constituição de direitos reais de gozo, ou de garantia, entre os homens.²

O contrato é, portanto, o instrumento utilizado nas relações humanas, sem o qual seria inconcebível se cogitar o convívio dos indivíduos em sociedade. Nesse sentido, destaca Humberto Theodoro Júnior³ que tão velho como a sociedade humana e tão necessário como a própria lei, a origem do contrato se confunde com as origens do próprio direito. Isso porque, superado o estágio primitivo da barbárie, no qual os homens se apropriavam dos bens alheios pela força ou violência, e implantada a convivência pacífica em face dos bens destinados à

¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina. 2009. p. 127.

² GOMES, Orlando. *Contratos*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p. 17.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 13.

sobrevivência e desenvolvimento do homem, o contrato – compreendido como projeção natural da vontade e do consenso dos homens - marcou sua presença, de maneira intensa, nas relações intersubjetivas. E, à medida que se ampliaram os grupos civilizados e mais volumosos se tornaram os negócios de circulação de riquezas, o contrato se mostrou mais constante e decisivo, em todos os níveis da sociedade.

Tal fato fica ainda mais evidente quando se trata de empresários e sociedades empresárias⁴. Conforme constatou José Engrácia Antunes,⁵ os contratos “representam um dos mais importantes, senão mesmo o mais importante, instrumento jurídico da atividade empresarial”, na medida em que

é habitualmente através deles que os empresários dão vida e estruturam a respectiva organização de meios produtivos e patrimoniais, e é ainda inexoravelmente através deles que se processa posteriormente o exercício quotidiano da sua actividade económica em mercado: por outras palavras, o nascimento e a vida das empresas realizam-se essencialmente através de actos jurídicos que revestem a forma de contratos.

O Código Civil de 2002, em que pese conceituar diversas figuras contratuais em espécie, optou por não apresentar uma definição do que vem a ser o contrato. Por conta disso, a fim de suprir tal lacuna, a doutrina apresenta diversas definições, em grande medida muito similares. Para não correr o risco de ser enfadonho, o presente trabalho adota o conceito apresentado pelo jurista Álvaro Villaça Azevedo, que define o contrato como a “manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de carácter patrimonial”.⁶ Em que pese a variação

A doutrina, entretanto, é uníssona ao reconhecer que o contrato é, antes de tudo, uma espécie de negócio jurídico, conceito que expressa todo o fato jurídico consistente em declaração de vontade qualificada, sobre a qual o ordenamento jurídico atribui determinados efeitos, desde que respeitados os pressupostos e requisitos de existência, validade e eficácia impostos pelo próprio ordenamento jurídico.⁷

Note-se que os requisitos de existência e validade estão expressos no art. 104, do Código Civil,⁸ à exceção do consentimento. O que não significa, porém, que este não é um elemento

⁴ Aliás, segundo a corrente doutrinária da Análise Econômica do Direito, a *empresa* deve ser compreendida como um *feixe de contratos*. Nesse sentido, conferir, sobretudo, COASE, Ronald. *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

⁵ ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 39-40.

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 9.

⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 16-22.

⁸ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

substancial do contrato. Aliás, embora não expressamente referido, o consentimento fica evidente como um elemento substancial quando a lei determina que, a presença dos vícios do consentimento mencionados nos arts. 138 a 165, do Código Civil, implicará a nulidade ou anulabilidade do contrato.

Assim, os contratos são formados, a partir do encontro de duas manifestações de vontade – a proposta e a aceitação. Contudo, os contratos não se formam, assim, automaticamente. Muitas vezes, no âmbito das relações civis e empresariais, a proposta de que fala o art. 427, do Código Civil, é antecedida pela chamada fase das tratativas, ou negociações preliminares, que não é mencionada pela legislação. O consentimento, por sua vez, poderá ser expresso, demonstrado por qualquer escrito, manifestação oral ou gestos; ou tácito, quando inferido da prática de atos que, inequivocamente, o demonstrem. Não obstante, a legislação admite, ainda, a hipótese de que o consentimento se concretize pelo silêncio, conforme a regra do art. 111, do Código Civil. Não sendo demais recordar que, conforme afirma o art. 107 do Código Civil, a maioria das manifestações de vontade independe de quaisquer formalidades.⁹

Uma vez compreendida a relevância dos contratos na vida de em sociedade e suas peculiaridades, interessa agora compreender a disciplina jurídica da proteção de dados pessoais, a fim de que seja possível, mais a frente, de que forma os contratos, instrumentos utilizados para promover a circulação de riquezas, poderão também serem utilizados para realizar o tratamento de dados pessoais, de acordo com a legislação pátria.

2. PRINCIPAIS MARCOS HISTÓRICOS NA EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA JURÍDICA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A temática da proteção jurídica dos dados pessoais tem chamado muita atenção dos brasileiros a partir da sanção da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD) em agosto de 2018, e, mais ainda, a partir da entrada em vigor da mesma, em setembro de 2020.

Entretanto, a disciplina jurídica da proteção de dados pessoais, no âmbito internacional, remonta há, pelo menos, cinco décadas. Conforme explica Danilo Doneda¹⁰, o primeiro diploma normativo que trata especificamente dessa matéria teria sido a Lei de Proteção de Dados do

⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 34-35.

¹⁰ DONEDA, Danilo. Panorama histórico da Proteção de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo; et al. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-Book.

Land alemão de Hesse, de 1970, que tem seu pioneirismo reconhecido porque operou uma mudança de perspectiva, que trouxe consigo o desenvolvimento de um modelo normativo autônomo de proteção de dados pessoais. Ainda na Alemanha, ocorreu em 1983 o julgamento no Tribunal Constitucional Federal sobre a Lei do Censo, que listava os dados que deviam ser levantados pelos pesquisadores e determinava quem estava obrigado a fornecer as informações. No caso, a Corte alemã reconheceu o direito à autodeterminação informacional dos cidadãos e declarou a nulidade dos dispositivos legais que previam a possibilidade de uma comparação dos dados levantados com os registros públicos e, também, a transmissão de dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais para determinados fins de execução administrativa.¹¹

Não obstante, adverte ainda o referido autor que alguns dos institutos fundamentais de proteção de dados positivados na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira e no Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD ou, no acrônimo anglófono pelo qual é mais conhecido, GDPR), dentre tantas outras, remontam, em última análise, a formulações regulatórias concebidas nos Estados Unidos, onde tiveram lugar alguns dos primeiros e mais importantes debates sobre o tema. Nesse sentido, Danilo Doneda recorda a o célebre artigo “The right to privacy”, de Samuel Warren e Louis Brandeis, de 1890,¹² cuja importância não foi apenas enunciar o *right to be let alone* – direito a ser deixado só, mas também constatar o vínculo da tutela da privacidade ao progresso tecnológico. Isso porque o progresso tecnológico é o que torna possíveis novas formas de veiculação e obtenção de informações sobre as pessoas, figurando, portanto, como o vetor principal que proporciona a demanda pela elaboração de um direito à privacidade.¹³

Posteriormente, na década de 1990, a União Europeia promulga a Diretiva nº 95/46/CE,¹⁴ que passou a regulamentar a proteção e o tratamento de dados pessoais a livre circulação desses dados. A mencionada Diretiva foi o primeiro marco regulatório que aglutinou as disposições para assegurar a proteção dos dados pessoais e a livre circulação de dados aos países comunitários, o que impôs a muitos Estados, à época, a adequação de suas legislações

¹¹ Trata-se do Recurso BVerfGE 65, 1, 42 ss.; 15 dez. 1983, sentença sobre o Censo. SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montivideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 233-245. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em: 04/12/2020.

¹² WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, p. 193, 1890.

¹³ DONEDA, Danilo. Panorama histórico da Proteção de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo; et al. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-Book.

¹⁴ PARLAMENTO EUROPEU. Conselho da União Europeia. Diretiva nº 95/46/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A31995L0046>. Acesso em: 05/12/2020.

internas, a fim de compatibilizá-las com a regra comunitária unificada.¹⁵ A vigorou em todo o espaço jurídico europeu de 1995 até 2018, quando foi substituída pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD/GDPR).¹⁶

Aliás, um dos fatores que motivou a edição da LGPD foi a aprovação do referido Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu, em 2016, que ampliou os direitos dos titulares de dados pessoais e definiu novas responsabilidades aos agentes de tratamento, gerando até mesmo importantes impactos extraterritoriais. A mobilização das empresas, governos, sociedade civil e academia, frente às inúmeras práticas que precisaram ser revistas para se adequarem ao novo regulamento aqueceu o debate sobre a proteção de dados pessoais, também em nosso país.¹⁷

No cenário jurídico brasileiro, a incorporação do termo “proteção de dados pessoais” se deu, principalmente, pelo debate que antecedeu a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados. No entanto, conforme observa Danilo Doneda, “questões que hoje associamos diretamente à proteção de dados não eram, de forma alguma, estranhas à práxis jurídica no país”, isso porque tais fenômenos foram, durante muito tempo, associados a questões referentes à privacidade, ao direito do consumidor, a outras liberdades individuais etc.¹⁸

No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, é possível citar legislações dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, que regulamentaram o direito de acesso e retificação de dados pessoais¹⁹. Inclusive, tais legislações, conforme registra Danilo Doneda,²⁰ já apresentando alguns elementos caros à LGPD, como o princípio da finalidade ou o consentimento informado, que serão abordados mais adiante. Tais leis pavimentaram o caminho para o debate referente à ação de *habeas data* na Constituição de 1988.

¹⁵ LIMBERGER, Têmis. Mutações da privacidade de proteção de dados pessoais. In: RUARO, Regina Linden; MAÑAS, José Luis Piñar, MOLINARO, Carlos Alberto (Orgs.). *Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade digital*. Porto Alegre: Editora Fi. 2017. p. 148.

¹⁶ PARLAMENTO EUROPEU. Conselho da União Europeia. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (General Data Protection Regulation). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 05/12/2020.

¹⁷ SOUZA, Carlos Affonso. MAGRANI, Eduardo. CARNEIRO, Giovana. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: uma transformação na tutela dos dados pessoais. In: MULHOLLAND, Caitlin (org.). *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipelago, 2020. p. 44.

¹⁸ DONEDA, Danilo. Panorama histórico da Proteção de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo; et al. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-Book.

¹⁹ No Rio de Janeiro, a Lei Estadual 824, de 28 de dezembro de 1984, que “Assegura o direito de obtenção de informações pessoais contidas em bancos de dados operando no Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências”; e, em São Paulo, a Lei Estadual 5.702, de 5 de junho de 1987, que “Concede ao cidadão o direito de acesso às informações nominais sobre sua pessoa”.

²⁰ DONEDA, Danilo. Panorama histórico da Proteção de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo; et al. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-Book.

Não obstante, embora seja omissa quanto à proteção específica dos dados pessoais, cumpre registrar que, além do *habeas data*, a Constituição Federal também elencou os direitos à intimidade, à privacidade e a inviolabilidade de dados e comunicações no rol de direitos fundamentais referidos no artigo 5º, mais precisamente em seus incisos X e XII.

No âmbito infraconstitucional, até a edição da LGPD, a matéria era regulada de forma esparsa: no Código de Defesa do Consumidor, de 1990, os arts. 43 e 44 disciplinam os bancos de dados de consumo; na Lei do *habeas data*, de 1997, regula-se o direito de acesso a informações e a disciplina o rito processual do *habeas data*, determinando já em seu art. 1º que se considera “de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”; no Código Civil, de 2002, o art. 21 traz a previsão de uma norma geral de proteção à privacidade; na Lei do Cadastro Positivo, de 2011, tem-se a disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito; na Lei de Acesso à Informação Pública, também de 2011, há regulamentação do direito constitucional de acesso às informações públicas; e, mais recentemente, no Marco Civil da Internet, de 2014, que determina que a disciplina do uso da internet no Brasil tem os como princípios a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais, bem como que impõem a necessidade de consentimento expresso e destacado para a coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais.

Por óbvio que tais disposições, esparsas, não foram o bastante para salvaguardar os dados pessoais de um possível tratamento indevido. Por conta disso, conforme já referido, foi editada e aprovada a Lei Geral de Proteção de Dados, sobre a qual serão tecidos alguns comentários a seguir, sobretudo quanto aos seus princípios norteadores e sobre a hipótese de tratamento de dados baseada no consentimento.

3. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O CONSENTIMENTO PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Quando se aborda a necessidade de uma lei geral que regule a proteção dos dados pessoais, é provável que venha à mente das pessoas a imagem do Grande Irmão (ou *Big Brother*, no original), personagem fictício do romance 1984, do escritor britânico George Orwell. Isso por conta da íntima relação que a disciplina da proteção de dados tem com a dos direitos da

privacidade e intimidade, uma vez que, no livro, as pessoas são constantemente vigiadas pela referida personagem.

Entretanto, conforme observa Daniel Solove, a metáfora contida no romance *O processo*, do escritor tcheco Franz Kafka talvez seja mais elucidativa. Isso porque, no livro, o protagonista é processado e julgado por um tribunal desconhecido e se vê totalmente impotente e vulnerável ante à burocracia, indiferença, erros arbitrários e desumanização, não tendo qualquer participação significativa na forma e propósito com que seus dados e informações pessoais são coletados e utilizados.²¹

A LGPD, portanto, é editada com o intuito de contornar esse problema e, para tanto, concede ao cidadão o protagonista das decisões sobre o uso de seus dados e os limites da sua utilização, conforme esclarecem Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda:²²

A lei aprovada proporciona ao cidadão garantias em relação ao uso dos seus dados, a partir de princípios, de direitos do titular de dados e de mecanismos de tutela idealizados tanto para a proteção do cidadão quanto para que o mercado e setor público possam utilizar esses dados pessoais, dentro dos parâmetros e limites de sua utilização. Esta é uma experiência que vem se mostrando exitosa em diversos outros países, introduzindo o paradigma do controle – pelo qual se garante ao cidadão o controle sobre seus dados, inclusive para que os divulgue e use, em oposição ao paradigma do segredo e do sigilo. A ideia é a de que, com o empoderamento do cidadão e com a institucionalização de mecanismos de controle e supervisão sobre o uso de seus dados, o cidadão passe a ser protagonista das decisões sobre o uso de seus dados, em linha com o conceito de autodeterminação informativa, consagrada em decisão histórica da Corte Constitucional alemã, e agora também positivado como princípio na LGPD.

Não obstante, destacam, ainda, os referidos autores, que a LGPD se ampara em três características centrais: i) apresenta um conceito de dado pessoal amplo, de modo que todo tratamento de dados pessoais, a princípio, está submetido à LGPD; ii) impõe a necessidade de que qualquer tratamento de dados seja realizado de acordo com uma base legal; e iii) apresenta o legítimo interesse como uma hipótese autorizativa do tratamento de dados, desde que seja realizado um teste de balanceamento de interesses.²³

A LGPD impõe em seu art. 6º, que toda atividade de tratamento de dados pessoais deverá observar a boa-fé e os seguintes princípios da finalidade, adequação, necessidade, livre

²¹ SOLOVE, Daniel. Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy. *Stanford Law Review*, v. 53, p. 1.393, 1.399, 2001. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=248300. Acesso em: 11/12/2020.

²² MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 120/2018. Brasília : Revista dos Tribunais p. 580.

²³ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 120/2018. Brasília : Revista dos Tribunais p. 580.

acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos, responsabilização e prestação de contas. Já em seu art. 7º, dispõe sobre as hipóteses de tratamento de dados pessoais, apresentando um rol taxativo, identificado pela expressão “somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses”.

Dentre as hipóteses de tratamento, interessa ao presente trabalho, antes de adentrar à análise do tratamento com base na execução do contrato, discorrer sobre o consentimento como hipótese de tratamento de dados - que está previsto no inciso I do art. 7º, da LGPD. Mário Cots e Ricardo Oliveira, ao tecerem comentários sobre a LGPD, referem que “o consentimento é uma base legal para tratamento de dados pessoais que possui uma nítida natureza contratual”. Explicam os autores que, tal qual na seara contratual, também há no consentimento para tratamento de dados uma soma de vontades, onde, de um lado, há a manifestação da vontade da parte de tratar os dados pessoais, e, de outro lado, há a anuência da outra parte para com o mencionado tratamento.²⁴

Não obstante, destacam os autores que o consentimento é um negócio jurídico que possui forma prescrita por lei, uma vez que o art. 8º da LGPD determina que o consentimento “deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular” e, ainda, caso seja fornecido por escrito, “deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais”, ficando a cargo do controlador dos dados o ônus de provar que o consentimento foi obtido segundo as mencionadas determinações legais.^{25 26}

Em que pese não seja a única hipótese legal que justifica o tratamento de dados e ainda que não exista qualquer hierarquia dentre as hipóteses de tratamento mencionadas no art. 7º da LGPD, o consentimento tem seu papel de destaque na cultura que se forma sobre a proteção jurídica dos dados pessoais pois é o elemento principal e a fundamentação para o exercício da autodeterminação informacional dos indivíduos, através dos quais estes podem controlar suas próprias informações.²⁷ Inclusive, mediante uma breve análise histórica acerca da tramitação da LGPD é possível verificar que na primeira versão do anteprojeto, de 2010, o a base legal de

²⁴ COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. 3ª ed. rev. atual. e mpl. São Paulo : Thomson Reuters. 2019, p. 91-92.

²⁵ COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. 3ª ed. rev. atual. e mpl. São Paulo : Thomson Reuters. 2019, p. 92-95.

²⁶ Para uma abordagem mais profunda acerca do consentimento e proteção de dados, conferir, dentre outros: BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

²⁷ FRAJHOF, Isabella; MANGETH, Ana Lara. As bases legais para o tratamento de dados pessoais. In: MULHOLLAND, Caitlin (org.). *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 66-67.

tratamento de dados do consentimento possuía um dispositivo próprio,²⁸ enquanto as outras bases legais eram consideradas exceção e se encontravam positivadas em artigo da lei.²⁹

Compreendido o objetivo da Lei Geral de Proteção de Dados, bem como a relevância que o consentimento tem sobre o tratamento de dados, cumpre agora analisar o tratamento que a doutrina dá para a base legal da execução do contrato, prevista no inciso V do art. 7º da referida lei, a fim de, a partir de tudo que já foi exposto, melhor compreender os contornos e limites de sua aplicação.

4. APONTAMENTOS SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO ART. 7, INCISO V, DA LGPD

Considerando a aparente simplicidade da base legal de tratamento de dados em questão e, somando a isso o fato de que a legislação é, ainda, muito recente, bem como de que também é recente a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), não surpreende o fato de ainda serem muito incipientes os comentários sobre o problema objeto do presente trabalho.

Contudo, foram encontradas, sim, opiniões acerca do tema que podem auxiliar a busca por uma definição dos contornos e limites do tratamento de dados com base na execução do contrato. Primeiro, no que tange à questão do consentimento, a própria diferença entre os requisitos e forma do consentimento no âmbito dos contratos e do consentimento conferido para o tratamento de dados já denotam que se tratam de declarações distintas. Além disso, importante

²⁸ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente é permitido após o consentimento livre, expresso, específico e informado do titular, salvo o disposto no art. 11. §1º O consentimento para o tratamento de dados pessoais não pode ser condição para o fornecimento de produto ou serviço ou para o exercício de direito, salvo em hipóteses em que os dados forem indispensáveis para a sua realização. §2º É vedado o tratamento de dados pessoais cujo consentimento tenha sido obtido mediante erro, dolo, estado de necessidade ou coação. §3º O consentimento deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que o certifique. §4º O consentimento deverá ser fornecido de forma destacada das demais cláusulas contratuais. §5º O consentimento deverá se referir a finalidades determinadas, sendo nulas as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais. §6º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento, sem ônus para o titular. §7º São nulas as disposições que estabeleçam ao titular obrigações iníquas, abusivas, que o coloquem em desvantagem exagerada, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. §8º Cabe ao responsável o ônus da prova de que o consentimento do titular foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

²⁹ Art. 11. O consentimento será dispensado quando os dados forem de acesso público irrestrito ou quando o tratamento for indispensável para: I – cumprimento de uma obrigação legal pelo responsável; II – tratamento e uso compartilhado de dados relativos ao exercício de direitos ou deveres previstos em leis ou regulamentos pela administração pública; III – execução de procedimentos pré-contratuais ou obrigações relacionados a um contrato do qual é parte o titular, observado o disposto no § 1º do art. 6º; IV – realização de pesquisa histórica, científica ou estatística, garantida, sempre que possível, a dissociação dos dados pessoais; V – exercício regular de direitos em processo judicial ou administrativo; VI – proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; VII – tutela da saúde, com procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias.

não perder de vista que o “contrato” denota a relação jurídica obrigacional de natureza patrimonial havida entre as partes, não se limitando o instrumento formal utilizado para sua documentação. O que serve para destacar que, é possível que exista contrato (e, por conseguinte, consentimento) entre as partes, sem que exista um documento formal. O contrato poderá ser verbal e o consentimento tácito, ou seja, não expresso. Já, o consentimento conferido para o tratamento de dados deve sempre ser expresso, fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular, conforme visto acima.

Nesse sentido, Chiara de Teffé e Mário Viola³⁰ comentam que a hipótese do inciso V do art. 7º “se assemelha em alguma medida ao tratamento de dados via consentimento”. Entretanto, advertem os autores que, ocorrendo o tratamento de dados com fundamento na execução de contrato, o titular dos dados não poderá revogar o seu consentimento a qualquer momento (como poderia fazer se a base legal utilizada fosse a do consentimento, prevista no inciso I do mesmo artigo). Nesse caso, aquele que realiza o tratamento de dados se encontra resguardado pela LGPD para poder manter os dados fornecidos pelo titular enquanto durar a execução do contrato. Sendo este, portanto, traço distintivo marcante entre o consentimento havido entre as partes para a realização do contrato e o consentimento para o tratamento de dados. Há, pois, uma distinção entre o “consentimento” para se tornar parte de um contrato e o “consentimento” para fins de tratamento de seus dados pessoais.

Mas isso significa que, além do consentimento expresso pelo contrato, é também necessário haver o consentimento nos termos do art. 8º, da LGPD? Se a resposta para essa pergunta fosse afirmativa, não haveria razão de ser em se diferenciar as hipóteses de tratamento dos incisos I e V, bem como a orientação fornecida pelo Governo Federal em seu Guia de Boas Práticas estaria de todo equivocada. Ocorre que a resposta para a questão também não será de todo negativa. Nesse sentido, Augusto Tavares Rosa Marcacini³¹ esclarece que o inciso V autoriza o tratamento dos dados quando estes são, de algum modo, “essenciais ao contrato de que o seu titular é parte, e por isso não de ser fornecidos ao outro contratante que, com certos limites, fará seu tratamento”. Isso porque, havendo solicitação, no ato de contratar, de dados não necessários ao negócio, o tratamento destes dados, considerados “não essenciais”, reclama a outorga do consentimento, ou de outra base legal que justifique o tratamento.

³⁰ 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.emnuvens.com.br/redc/article/view/510>. Data de acesso.

³¹ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Regras aplicadas ao tratamento de dados pessoais. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Comentários à lei geral de proteção de dados: Lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019*. São Paulo : Almedina, 2020. p. 144.

Tal esclarecimento, entretanto, faz emergir uma segunda questão: como identificar os dados que são essenciais ao contrato? Isabella Frajhof e Ana Lara Mangeth³² apontam que tal avaliação perpassa pela ponderação prévia entre dois princípios referidos no art. 6º da LGPD: o da necessidade, que impõe uma limitação do tratamento de dados ao mínimo necessário; e o da finalidade, que determina que os dados pessoais devem ser tratados com propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, não podendo ser alterado para um fim incompatível com aquele previamente informado. Assim, prosseguem as referidas autoras esclarecendo que, de forma geral, poderão ser tratados com fundamento no inciso V os dados contratuais, tais como o nome, endereço, CPF, entre outros que digam respeito à finalidade do que está sendo contratado. Revela-se, portanto, identificar qual o objeto do contrato que está sendo firmado, ou que está em vias de, para, a partir daí, analisar quais os dados que são essenciais à finalidade do contrato e quais não o são.

Uma vez correspondendo à finalidade do contrato, os dados pessoais poderão ser tratados no contexto da cadeia de fornecimento de produtos e serviços que digam respeito ao contrato. Isso, comenta Marcel Leonardi, somente “quando (i) a iniciativa da contratação seja do titular, e (ii) o tratamento seja necessário para cumprir com o contrato ou para realizar procedimentos preliminares relacionados ao contrato de que é parte o titular.”³³ A doutrina consultada, portanto, não reconhece a possibilidade de tratamento de dados de pessoas de terceiros, ou seja, o titular dos dados deve, necessariamente, ser um dos contratantes.

Aliás, nesse ponto, Márcio Cots e Ricardo Oliveira advertem que a parte final da redação do inciso V poderia ser mais feliz e, certamente, criará dificuldades, uma vez que só poderia ser aplicável se o contrato fosse formado com pessoa natural, e não pessoa jurídica. Correndo o risco de estar cometendo um “preciosismo”, conforme por eles mesmos destacado, os autores criticam o texto legal referindo que “a LGPD não deveria ter sido concebida criando uma dificuldade que seria facilmente contornada com a melhoria da redação”. E, nesse ponto, com razão, dado que as pessoas jurídicas são representadas, em última instância, por pessoas naturais, e a personalidade destas não se confunde com a daquelas, o simples ato de coletar os

³² FRAJHOF, Isabella; MANGETH, Ana Lara. As bases legais para o tratamento de dados pessoais. In: MULHOLLAND, Caitlin (org.). *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 77.

³³ LEONARDI, Marcel. Principais bases de tratamento de dados pessoais no setor privado. In: SOUZA, Carlos Affonso; MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscilla; MANGETH, Ana Lara. (coord.). *Caderno Especial: Lei Geral de Proteção de Dados (PGPD)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.77-78.

dados do representante legal da empresa (pessoa natural) já configura tratamento de dados pessoais.³⁴

Por fim, interessa destacar que algumas das questões que foram objeto de discussão do presente artigo já foram analisadas pelo *European Data Protection Board* (EDPB), que corresponde ao antigo Grupo de Trabalho do Artigo 29 (Working party 29).³⁵ Tal análise restou documentada nas Diretrizes 2/2019, sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD europeu, que trata da licitude do tratamento de dados pessoais quando “o tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados”.³⁶

No caso, o EDPB refere que a base legal da execução do contrato, idêntica à do inciso V do art. 7º da LGPD, é aplicável sempre que o tratamento de dados em questão se mostrar objetivamente necessário para a execução de um contrato com o titular dos dados, ou sempre que o tratamento for objetivamente necessário para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados. Nesse sentido, destacam que aferir o que é efetivamente “necessário para a execução de um contrato” é uma tarefa árdua, que deverá levar em conta o direito fundamental à privacidade e à proteção dos dados pessoais. Deste modo, concluem que, “se existirem alternativas realistas e menos intrusivas”, o tratamento de dados não seria “necessário” e, por isso, não estaria abrangido pela referida base legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora a legislação brasileira já disciplinasse o tratamento de dados de forma esparsa, verificou-se que a LGPD não só veio trazer um regulamento geral para a matéria, como provocou (e está provocando) uma mudança significativa na forma com que os dados pessoais são tratados. Tal mudança impacta, sobretudo, as empresas, que são reconhecidamente grandes agentes de tratamento de dados.

As empresas, por sua vez, que se utilizam de vários contratos para o desenvolvimento de suas atividades, conforme verificado, não poderão justificar o tratamento de dados pessoais

³⁴ COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. 3ª ed. rev. atual. e mpl. São Paulo : Thomson Reuters. 2019, p. 86.

³⁵ A mudança do nome e transformação se deu por força dos arts. 68 e seguintes, do RGDP europeu.

³⁶ EUROPA DATA PROTECTION BOARD. *Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados*. 2019. Disponível em: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/leitlinien/guidelines-22019-processing-personal-data-under-article-61b_pt. Acesso em: 12/12/2020.

fazendo menção ao contrato. Para tanto, deverão ser identificados o objeto do contrato e as finalidades do tratamento, que será, sempre que possível, minimizado. A fim de garantir o consentimento do titular de dados ao firmar o contrato, as finalidades deverão ser claramente especificadas e comunicadas, de modo que o tratamento de todos os dados pessoais a serem colhidos que extrapolem tal finalidade seja justificado com base em outra hipótese legal

Nesse contexto, revela-se deveras importante a análise da efetiva necessidade de tratamento de dados para execução do contrato e, ainda, que a finalidade do tratamento seja cotejada e corresponda com a finalidade do contrato. Outrossim, por ser a hipótese de tratamento de dados do inciso V baseada no consentimento, que não se confunde com o consentimento do contrato, fica claro que a mencionada hipótese legal não servirá para justificar o tratamento de dados pessoais de sujeitos alheios à relação contratual.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, José A. Engrácia. Direito dos contratos comerciais. Coimbra: Almedina, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2002.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados*. Brasília. DF, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 04/12/2020.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. 3ª ed. rev. atual. e mpl. São Paulo : Thomson Reuters. 2019.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da Proteção de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo; et al. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-Book.

EUROPA DATA PROTECTION BOARD. *Diretrizes 2/2019 sobre o tratamento de dados pessoais ao abrigo do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), do RGPD no contexto da prestação de serviços em linha aos titulares dos dados*. 2019. Disponível em: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/leitlinien/guidelines-22019-processing-personal-data-under-article-61b_pt. Acesso em: 12/12/2020.

FRAJHOF, Isabella; MANGETH, Ana Lara. As bases legais para o tratamento de dados pessoais. In: MULHOLLAND, Caitlin (org.). *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 65-98.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

LEONARDI, Marcel. Principais bases de tratamento de dados pessoais no setor privado. In: SOUZA, Carlos Affonso; MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscilla; MANGETH, Ana Lara. (coord.). *Caderno Especial: Lei Geral de Proteção de Dados (PGPD)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 71-85.

LIMBERGER, Têmis. Mutações da privacidade de proteção de dados pessoais. In: RUARO, Regina Linden; MAÑAS, José Luis Piñar, MOLINARO, Carlos Alberto (Orgs.). *Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade digital*. Porto Alegre: Editora Fi. 2017.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Regras aplicadas ao tratamento de dados pessoais. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Comentários à lei geral de proteção de dados: Lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019*. São Paulo : Almedina, 2020. p. 144.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 120/2018. Brasília : Revista dos Tribunais. p. 555-587.

PARLAMENTO EUROPEU. Conselho da União Europeia. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (General Data Protection Regulation)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 05/12/2020.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. De Ana Coimbra e M. Januario C. Gomes. Coimbra: Almedina. 2009.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montivideu: Konrad-Adenauer-Stiftung. 2005. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em: 05/12/2020.

SOLOVE, Daniel. Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy. *Stanford Law Review*, v. 53, p. 1.393, 1.399, 2001. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=248300. Acesso em: 11/12/2020.

SOUZA, Carlos Affonso. MAGRANI, Eduardo. CARNEIRO, Giovana. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: uma transformação na tutela dos dados pessoais. In: MULHOLLAND, Caitlin (org.). *A LGPD e o novo marco normativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

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.emnuvens.com.br/redc/article/view/510>. Acesso em: 11/12/2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.