

A PROTEÇÃO DOS DADOS SENSÍVEIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE PROTECTION OF SENSITIVE DATA IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

GRAZIELA HARFF

Mestra em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Advogada. grazielaharff@yahoo.com.br

MARCELO SCHENK DUQUE

Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS/*ed. Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*. Professor do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da UFRGS. Pesquisador do Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA). Professor da Escola da Magistratura Federal do Estado do Rio Grande do Sul – ESMAFE/RS. Professor de diversos Cursos de Pós-graduação *lato sensu* da UFRGS, PUC/RS, AJURIS FEMARGS, FESDEPRS, FMP. Professor da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre. Professor da Escola Superior de Advocacia da OAB/RS. Membro da Associação Luso-Alemã de Juristas: DLJV – *Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung*. marceloschenk@gmail.com

Recebido em: 30.03.2020
Aprovado em: 29.07.2021

ÁREA DO DIREITO: Digital

RESUMO: A proteção de dados no Brasil obteve especial reconhecimento através da edição da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018). Com a coleta cada vez maior de dados, o que se dá principalmente através da internet, passou a haver também a preocupação com a natureza dos dados coletados, haja vista que não apenas dados pessoais em geral são coletados, mas também aqueles considerados sensíveis – é dizer – dados que se relacionam à

ABSTRACT: The protection of personal data in Brazil achieved a relevant recognition through the enactment of the Brazilian General Data Protection Act (Act n. 13,709/2018). Due to an ever-increasing collection of data, mainly through the internet, there have also been concerns about the nature of the data collected, given that not only generic personal data are collected, but also data those related to the private sphere, such as ethnicity, political belief, health, among other

esfera mais íntima do indivíduo, tais como aqueles ligados à etnicidade, posicionamento político, saúde, dentre outros. Desta maneira, a lei lhes confere especial proteção, contudo, deve-se promover igualmente uma análise mais aprofundada em relação ao tema, no sentido de examinar se tal categoria pode, de modo estanque, ser assim classificada. O artigo emprega a metodologia hipotética dedutiva. O trabalho é baseado em revisão bibliográfica e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Geral de Proteção de dados pessoais – Eficácia horizontal dos direitos fundamentais – Proteção de dados – Dados sensíveis – Consentimento.

sensitive information. Therefore, the Act establishes mechanisms of special protection to these sorts of data. It is however necessary to conduct a substantial analysis on this subject, in the sense of examining how such category of data shall be employed. This paper is based on the hypothetic-deductive method, as well as literature review.

KEYWORDS: Brazilian General Data Protection Act – Horizontal effect of fundamental rights – Data protection – Sensitive data – Consent.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. 2. A proteção de dados no Direito Comparado e no Brasil. 3. Proteção de dados sensíveis. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A disciplina da proteção de dados no Brasil foi recentemente reforçada através da edição da Lei 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a qual, pela novidade do tema, acaba por imprimir uma nova dinâmica no ordenamento jurídico, criando reflexos diretos nas obrigações a serem cumpridas por todos aqueles que coletam dados pessoais, é dizer, atores públicos e privados. Mais do que isso, estabelece novos conceitos e institutos que precisam ser examinados com um novo olhar pelo jurista, não apenas pela sua novidade, mas também pela necessidade de conjugação com aqueles já existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, o artigo visa analisar a temática dos dados sensíveis no ordenamento jurídico brasileiro e os critérios para sua classificação, a partir de estudos do direito comparado. Assim, pretende-se discorrer sobre o tema com vistas a oferecer maior proteção a tal categoria de dados em relação a dados pessoais em geral, uma vez que têm sido incluídos na categoria de dados sensíveis aqueles que podem não trazer o mesmo risco que outros também assim classificados, ou mesmo que recaem fora de tal noção. Existe um risco, assim, de se incluir informações que detêm baixo grau de sensibilidade, o que levanta a questão da necessidade de serem formados novos filtros classificatórios. Com isso, tende-se a evitar a maciça inclusão de dados sensíveis, o que, em última instância, acaba por estabelecer dificuldades para sua proteção, além de desconfigurar tal instituto, a ponto de pouco se diferenciar dos demais

o desenvolvimento tecnológico e as previsões legislativas, o que deve ser objeto de reflexão por parte da doutrina, em um esforço contínuo de busca da proteção adequada e suficiente ao titular de dados. Se as atuais prognoses legislativas são suficientes para acomodar tais preocupações, é uma questão que o tempo responderá, ciente de que a velocidade com que as novas tecnologias passam a impactar as nossas vidas costuma ser proporcional aos riscos que vêm a reboque.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado. In: ABBUOD, Georges; NERY JR.; Nelson Nery; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 10, n. 35, p. 19-45, jul.-dez. 2016.
- ALEXY, Robert. Kollision und Abwägung als Grundprobleme der Grundrechtsdogmatik. In: LA TORRE, Massimo. *La Ragionevolezza nel Diritto*. Quaderni del Dipartimento di Scienza e Storia del Diritto, v. 7. Torino: G. Giappichelli, 2002.
- ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Advice Paper on Special Categories of Data (“sensitive data”)*. Disponível em: [www.pdpjournals.com/docs/88417.pdf]. Acesso em: 21.01.2020.
- ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques*. Disponível em: [www.pdpjournals.com/docs/88197.pdf]. Acesso em: 20.01.2020.
- BARLOW, John Perry. A declaration of Independence of cyberspace. *Electronic Frontier Foundation*. Disponível em: [www.eff.org/cyberspace-independence]. Acesso em: 20.01.2020.
- BELLI, Luca; SCHWARTZ, Molly; LOUZADA, Luiza. Selling your soul while negotiating the conditions: from notice and consent to data control by design. *Health and Technology*, v. 7, p. 453-467, 2017.
- BENDA, Ernest. Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht. In: Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen. et al. (Hrsg.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2., neubearb. und erw. Aufl. Berlin: De Gruyter & Co, 1994, p. 161-190.
- BERGER, Dustin. Balancing Consumer Privacy with behavioral targeting. *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, v. 27, p. 3-62, 2010.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BLOCH-WEHBA, Hannah. Global Platform Governance: private order in the shadow of the State. *SMU Law Review*, n. 72, p. 27-80, 2019.

- BORGESIUUS, Frederik J. Zuiderveen. Singling out people without knowing their names- Behavioural targeting, pseudonymus data, and the new Data Protection Regulation. *Computer Law & Security Review*, v. 32, p. 256-271, 2016.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CABRERA, Carlos Trujillo. Aproximación a la regulación del consentimiento em el regulamento general de protección de datos. *Anales de la facultad de Derecho*, n. 34, p. 67-78, set. 2017.
- COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS. Comment permettre à l'homme de garder la main? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle. Disponível em: [www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf]. Acesso em: 25.03.2020.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- DONEDA, Danilo. Princípios e proteção de dados pessoais. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III: marco civil da internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 369-384.
- DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito Privado e Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61-78.
- DRESCH, Rafael de Freitas Valle; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). In: ROSENVALD, Nelson; DRESCH, Rafael de Freitas Valle; WESENDOCK, Tula (Coord.). *Responsabilidade civil: novos riscos*. Indaiatuba: Foco, 2019.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.
- DUQUE, Marcelo Schenk; HARFF, Graziela. Publicidade digital *sur mesure* e proteção de dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 32, p. 237-267, nov.-dez. 2020.
- DÜRIG, Günter. Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1. Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. *Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)*, Band 81. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), p. 117-157, 1956.
- ELVY, Stacy-Ann. Paying for privacy and the Personal Data Economy. *Columbia Law Review*, n. 117, p. 1369-1459, out. 2017.

- FAVOREU, Louis [et al.]. *Droit des libertés fondamentales*. Paris: Dalloz, 2016.
- FAZLIOGLU, Müge. Beyond the “nature” of data: obstacles to protecting sensitive information in the European Union and the United States. *Fordham Urban Law Journal*, v. 46, p. 271-306, 2019.
- FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de dados pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de dados pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- GERONIMO, Michelle. Online browsing, Can, should, and May Companies combine online and offline data to learn about you? *Hasting Science and Technology Law Review*, n. 9, p. 211-246, 2017.
- HAEBERLIN, Martin. *Uma Teoria do Interesse Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de dados pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- KOSINSKI, Michael [et al]. Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 110, n. 15, p. 5802-5805, abr. 2013.
- LANEY, Douglas. *Infonomics: how to monetize, manage and measure information as an asset for competitive advantage*. New York: Routledge, 2018.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2018.
- MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. *Direito Público*, v. 16, n. 90, dez. 2019. Disponível em: [www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3766]. Acesso em: 22.03.2020.
- MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 79, p. 45-81, jul.-set. 2011.
- MENDES, Laura Schertel. Segurança na informação e proteção de dados pessoais. In: GRUNDMANN, Stefan [et al.] (Org.). *Direito privado, constituição e fronteiras; encontros da associação luso-alemã de juristas no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 13, n. 50, p. 09-35, abr.-jun. 2004.
- MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 3, p. 159-180, set.-dez. 2018.
- NETTER, Emmanuel; NDIOR, Valère; PUYRAIMOND, Jean-Ferdinand; VERGNOLLE, Suzanne. *Regards sur le nouveau droit des données personnelles*. Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens. Disponível em: [<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02357967/document>]. Acesso em: 2603.2020.
- OHM, Paul. Sensitive Information. *Southern California Law Review*, n. 5, p. 1125-1196, jul. 2005.
- PASQUALE, Frank. Reputation regulation: disclosure and the challenge of clandestinely commensurating computing. In: LEVMORE, Saul; NUSSBAUM, Martha C. (Ed.). *The offensive Internet: speech, privacy and reputation*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 25. neu neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: Müller Verlag, 2009.
- RUARO, Regina Linden. O direito fundamental à proteção de dados pessoais do consumidor e livre mercado. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 118, p. 195-219, jul.-ago. 2018.
- SOUZA, Carlos Afonso Pereira de. Segurança e sigilo dos dados pessoais: primeiras impressões à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de dados pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrinas relacionadas ao tema**

- Lei Geral de Proteção de Dados: um estudo comparativo em relação à efetividade dos direitos fundamentais, de Ana Luiza Liz Dos Santos – *RT* 1013/105-126; e
- O direito fundamental à proteção de dados pessoais, de Laura Schertel Mendes – *RDC* 79/45-81.