

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

IARA PEREIRA RIBEIRO

CILDO GIOLO JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cildo Giolo Junior; Iara Pereira Ribeiro; Thais Janaina Wenczenovicz – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-726-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

O GT DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I do VI Encontro Virtual do CONPEDI realizado em junho de 2023 abordou temas clássicos do direito privado, como propriedade, negócio jurídico, capacidade civil, contratos e bens revisitados pela perspectiva hodierna do Direito Civil, demonstrou o impacto da tecnologia, inclusão, solidariedade e globalização sem deixar de lado o rigor técnico conceitual e o apuro metodológico na produção da pesquisa dos artigos.

A devida publicação dos Anais do GT DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO contém 12 artigos que apontam caminhos para o aprofundamento dos estudos civilistas no Brasil.

O primeiro artigo intitulado LÉON DUGUIT E O DIREITO DE PROPRIEDADE: CONTRIBUIÇÕES PARA O TEMA de Jorge Aurênio Ribeiro Júnior aborda o direito de propriedade e sua função social de acordo com os postulados definidos pelo jurista Léon Duguit. Como contribuições ao debate atual sobre propriedade, o artigo destaca que a propriedade não pode ser vista como um fim em si mesmo e que possui como característica marcante a solidariedade social; trata do evolucionismo positivista e suas consequências para a propriedade; e aponta que a análise da propriedade como um fato social pode conduzir a reducionismos que retiram seu sentido valorativo.

A reflexão seguinte sobre A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA MULTIPROPRIEDADE E A ANÁLISE JURÍDICO-AMBIENTAL ACERCA DO MODELO MAIS LONGEVO DO BRASIL com autoria de Rannia Tameirão Oliveira, Johan Guilherme Alvino Pontes e Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira analisa o instituto da multipropriedade como modalidade especial de condomínio instituído pela Lei nº 13.777/2018 que alterou o art. 1.358 do CC para incluir as alíneas a a u e apresenta o estudo do modelo multiproprietário Paúba-Canto Sul no município de São Sebastião, considerado o mais antigo do Brasil com mais de 60 anos de existência, comprovando a hipótese de que o parcelamento temporal multiproprietário reduz impactos ambientais, atende às funções econômicas e socioambientais, democratiza a aquisição da segunda moradia no Brasil, e ajuda a promover o desenvolvimento sustentável, sendo possível instituir o regime de multiproprietário nas unidades imobiliárias já existentes. Conclui que a multipropriedade é um paradigma racional para o uso de recursos socioambientais e viável sob o aspecto econômico.

O terceiro texto sob o título RECONHECIMENTO DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO AOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS de Luciano Monti Favaro analisa o Projeto de Lei n. 3.461, de 2019, já aprovado no Senado Federal, que intenta atribuir personalidade jurídica aos condomínios edilícios, considerando-o como pessoa jurídica de direito privado. O artigo conclui que o projeto representa um avanço e pode resultar em solução de problemas enfrentados por esses condomínios, mas que, entretanto, poderá resultar novos debates jurídicos como, por exemplo, a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso da personalidade pelo condomínio edilício.

Na sequência o artigo O PARADIGMA CLÁSSICO DO NEGÓCIO JURÍDICO REVISITADO PELO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO com autoria de Guilherme Augusto Giroto, Daniela Braga Paiano, Arthur Lustosa Strozzi parte de considerações sobre como o negócio jurídico e o contrato emergiram no período de dominância do liberalismo como uma forma de conferir segurança jurídica à transmissão de propriedade e à circulação de riquezas para apontar que ao se instalar Estados Democráticos de Direito, com constituições que colocam a pessoa como eixo central, foi necessária uma releitura das relações privadas. O artigo pretende, desta forma, verificar num primeiro momento os preceitos clássicos destes institutos, e, em seguida, traçar quais preceitos constitucionais podem ser aplicados, revisitando esses dois institutos (negócio jurídico e contrato) sob o paradigma civil-constitucional.

O artigo REPERCUSSÕES NA CAPACIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COM O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA de Lucas Fagundes Isolani e Andressa Kézia Martins busca examinar as mudanças na teoria das (in)capacidades em razão do Estatuto da Pessoa com Deficiência para discutir as repercussões quanto a capacidade das crianças e dos adolescentes a partir da obra cinematográfica Uma Lição de Amor. O artigo também analisa a “Competência Gillick” do ordenamento jurídico inglês, que estabelece critérios para determinar se a criança ou o adolescente possui discernimento para decidir os atos de sua vida civil, com a autonomia dos jovens no ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo tema, o artigo A (DES)NECESSIDADE DA REINTERPRETAÇÃO DA INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA PELO CRITÉRIO CRONOLÓGICO RÍGIDO de Larissa Lassance Grandidier propõe, por meio de pesquisa bibliográfica, que o melhor entendimento do dispositivo legal que restringe a capacidade civil de forma absoluta para crianças e adolescentes com idade inferior a 16 anos (art. 3º do CC) seja restringi-lo aos atos extrapatrimoniais para que seja preservada seus direitos da autonomia e liberdade nos atos personalíssimos.

Sobre autonomia privada, também discorreram Ana Clara da Silva Ortega e Galdino Luiz Ramos Junior no artigo O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA: ANÁLISE DO CONTEXTO DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA ao examinarem o papel limitador do princípio ao conceito de autonomia e sobressalente à Lei de Liberdade Econômica.

As incitações trazidas pela tecnologia foram objetos de três artigos. Os autores Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima e Alisson Santos Rocha em O REGIME DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NO BRASIL analisaram o tema a partir de estudos sobre o direito à privacidade para afirmar que existe um regime jurídico específico de proteção de dados pessoais sensíveis em prevalência ao regime geral e que esse sistema está presente em outros ordenamentos na Europa e no Estados Unidos. Os autores Bruno Santos Lima, Sebastião Patrício Mendes da Costa e Deborah Dettmam Matos se debruçaram sobre OS NOVOS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO NO MUNDO VIRTUAL E A HERANÇA DIGITAL realizando uma reflexão acerca da judicialização e da atuação do poder judiciário frente à suposta ausência de legislação específica para regulamentar as relações no ambiente virtual e suas consequências post mortem. Já Matheus Massaro Mabtum, José Ricardo Marcovecchio Leonardeli e Natália Peroni Leonardeli no artigo O METaverso E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS analisam os desafios legais que envolvem esse ambiente virtual, ao qual por meio de avatares, os usuários interagem entre si e como essa interação pode impactar as pessoas fora do ambiente virtual deve ser objeto de regulação governamental.

O artigo O ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO sob autoria de Horácio Monteschio, Luiz Gustavo do Amaral e Lucas Leonardi Priori realizou estudo sobre as mudanças trazidas pelo compliance e os acordos de leniência em práticas corruptivas nas atividades das empresas privadas e a participação do Estado frente a essas mudanças globais. Por fim, o artigo DIREITO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO SOCIAL-SOLIDARISTA: BREVES APONTAMENTOS de Jason Soares de Albergaria Neto e Luiz Henrique Murici se debruça sobre o debate entre o viés social e o viés econômico-liberal do direito no âmbito da constitucionalização do direito civil.

Excelente leitura!

Thais Janaina Wenczenovicz / Universidade Estadual do Rio Grande do Sul e PPGD UNOESC.

Iara Pereira Ribeiro / Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo - USP.

Cildo Giolo Junior / Universidade do Estado de Minas Gerais.

O REGIME DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NO BRASIL
THE LEGAL REGIME FOR THE PROTECTION OF SENSITIVE PERSONAL
DATA IN BRAZIL

Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima
Alisson Santos Rocha

Resumo

No mundo digital e na era da sociedade da informação, dados pessoais tornaram-se ouro e a sua proteção tornou-se uma preocupação. Dentro da variedade de dados pessoais alguns deles são mais caros para o ser humano pois refletem mais intimamente a sua personalidade, sendo por isso, dados sensíveis. Este artigo tem como objetivo apresentar de forma concisa e direta o regime jurídico específico de proteção de dados pessoais sensíveis adotado no Brasil. Para tanto, a discussão foi desenvolvida em três tópicos, o primeiro, de caráter cronológico, dedicado a gênese do direito à proteção de dados pessoais no Brasil tomando como referência o direito à privacidade, o segundo de caráter expositivo, cuidou de interpretar as normas específicas da legislação brasileira que permitem afirmar que existe um regime jurídico específico de proteção de dados sensíveis em detrimento de um regime geral de proteção de dados e o terceiro, de caráter comparativo, objetivou mostrar que a separação de regimes não é única da experiência brasileira e que já estava presente em outros ordenamentos (Europa e Estados Unidos) que regularam a proteção de dados pessoais. Utilizou-se o método da pesquisa documental e da pesquisa bibliográfica para as conclusões levadas a cabo e fez-se uso da ferramenta da microcomparação para a análise de ordenamentos distintos.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais, Dados pessoais sensíveis, Lgpd, Direito estrangeiro, Microcomparação

Abstract/Resumen/Résumé

In the digital world and in the information society era, personal data has become gold and its protection has become a concern. Within the variety of personal data some of them are more expensive for humans as they reflect more closely their personality: the sensitive personal data. This article aims to concisely and directly present the specific legal regime for the protection of sensitive personal data adopted in Brazil. For this, the discussion was developed in three chapters, the first, the chronological one, was dedicated to the genesis of the right of personal data protection in Brazil, taking the right to privacy as a reference, the second of an expository nature, took care to interpret the specific norms of Brazilian legislation that allow us to state that there is a specific legal regime for the protection of sensitive data beyond of a general data protection regime and the third, of a comparative nature, aimed to show that the separation of regimes is not unique to the Brazilian experience and that it was already present in other legal systems (Europe and the United States) that regulated the protection of personal

data. The method of documentary research and bibliographical research was used for the conclusions carried out and the tool of microcomparison was used for the analysis in different legal systems.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Personal data protection, Sensitive personal data, Lgpd, Foreign law, Microcomparison

Introdução

A emergência da sociedade da informação e a inserção da tecnologia nas relações sociais demandam uma resposta do Direito para a regulação e solução das situações que se estabelecem. No âmbito da ordem privada, o tema da proteção de dados pessoais vem ganhando grande importância nos ordenamentos jurídicos do Ocidente, de tal forma que a maioria dos países tem buscado legislar sobre a matéria e criar diplomas específicos sobre o tema, a exemplo da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira – LGPD (Lei nº 13.709/2018). Assim, o regime jurídico de proteção de dados soma-se às demais regras que envolvem as obrigações que orbitam numa relação jurídica de direito privado e sobretudo às normas que resguardam os direitos da personalidade.

Dado pessoal, por sua vez, é gênero que comporta como espécie uma outra categorização, a de dado pessoal sensível. O primeiro significante pode ser conceituado como a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, conforme a definição dada pela própria LGPD em seu art. 5º, I. Já o segundo, conceituado no inciso II do mesmo artigo, é o 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. Os dados pessoais sensíveis, por sua natureza diversa e por sua especificidade, demandaram do legislador o estabelecimento de regras específicas em sua referência. A proteção ao dado pessoal sensível é mais profunda e o seu tratamento envolve uma cautela e um distanciamento maior, eis porque cria-se um regime jurídico diferenciado de proteção.

Neste artigo, dividido em três tópicos, o objetivo principal será apresentar o regime de proteção de dados pessoais sensíveis estabelecido no Brasil. Para tanto, utilizou-se o método qualitativo de análise bibliográfica de doutrina e pesquisa documental de diplomas legais (ADEODATO, 1999). Ainda que o objetivo não seja fazer uma pesquisa em Direito Comparado, entende-se que uma compreensão do tema a partir de diferentes ordenamentos jurídicos é uma estratégia de pesquisa (CRETELLA JUNIOR, 1981) e por isso utilizou-se do enfoque microcomparativo (JERÓNIMO, 2015) entre os regimes de proteção de dados na Europa, no Brasil e na Califórnia nos Estados Unidos da América para tal tarefa. No primeiro tópico será apresentada a gênese do direito à proteção de dados pessoais; o segundo, voltado para o regime específico de proteção de dados pessoais sensíveis; e no terceiro e último será feita análise comparativa para demonstrar que a existência de um regime jurídico de proteção de dados pessoais sensíveis não é exclusividade da experiência brasileira.

Os três capítulos tiveram como referenciais teóricos nacionais os estudos de Bruno Ricardo Bioni, no seu livro “Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento” (2021); Danilo Doneda, na obra “Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados” (2019); Ingo Wolfgang Sarlet, no texto “Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados” (2021); e os estudos de Alexandre Libório Dias Pereira, no seu trabalho “*Big-Data, e-health e ‘autodeterminação informativa’: A Lei 67/98, a jurisprudência e o regulamento 2016/679 (GDPR)*” (2018) e de Gregory W. Voss, no artigo “*The CCPA and the GDPR are not the same: why you should understand both*” (2021), como referenciais estrangeiros.

1 A gênese do direito à proteção de dados no Brasil

No Brasil, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, posteriormente nomeada como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) com as alterações feitas pela Lei nº 13.853 de 8 de julho de 2019, representou um marco na normatização de um sistema de proteção de dados pessoais no país.

Antes da promulgação da lei, o tema era tratado de maneira esparsa e não sistemática em diplomas que o tangenciavam, a exemplo da Lei nº 12.527 de 2011 (Lei de Acesso à Informação), da Lei nº 12.965 de 2014 (conhecida como Marco Civil da Internet), do Decreto nº 8.771 de 2016 que regulamentou o Marco Civil da Internet e mesmo da Constituição Federal de 1988 quando instituiu o *habeas data* como remédio constitucional. Para Danilo Doneda, nenhuma dessas normas procurou construir um sistema integrado e estruturado de proteção aos dados pessoais. (DONEDA, 2019).

Embora sem um sistema integrado e estruturado, Ingo Sarlet identifica que, ainda antes da promulgação da LGPD e até mesmo da Lei de Acesso à Informação e do Marco Civil da Internet, o direito à proteção de dados pessoais já poderia ser extraído da normativa constitucional brasileira. A sua posição, é a de que, embora não previsto expressamente no texto constitucional, o direito à proteção de dados pessoais poderia ser extraído de outras normas que visavam salvaguardar posições jurídicas semelhantes tais quais as normas que protegem o sigilo das comunicações, o sistema constitucional de *habeas data*, o direito geral de liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade e à intimidade, sendo portanto um direito fundamental implícito. (SARLET, 2021)

Em verdade as primeiras discussões sobre um direito autônomo à proteção aos dados pessoais tiveram origem comum com as discussões sobre proteção à privacidade. (DONEDA, 2019) A proteção à privacidade nem sempre foi uma necessidade das sociedades, pois, segundo Danilo Doneda, a privacidade só se tornou um bem jurídico caro ao Direito Civil em sociedades mais recentes em que a divisão entre o público e o privado era um marcador importante para a configuração da comunidade:

Praticamente não havia lugar para a tutela jurídica da privacidade em sociedades nas quais as condutas humanas estavam condicionadas a outra ordem de mecanismos – fosse uma rígida hierarquia social ou então uma determinada arquitetura dos espaços públicos e privados; fosse porque eventuais pretensões a esse respeito fossem neutralizadas por um ordenamento jurídico de caráter corporativo e patrimonialista; fosse, então, em determinadas sociedades nas quais a privacidade representasse não mais que um sentimento subjetivo que não poderia nem deveria ser tutelado. O despertar do direito para a privacidade ocorreu justamente num período em que muda a percepção da pessoa humana pelo ordenamento e ao qual se seguiu a juridificação de vários aspectos de sua vida cotidiana. (DONEDA, 2019, p. 32)

Com o entendimento de que a vida privada era uma parte importante da vida do indivíduo tal qual o era a sua vida pública, e que ambas as esferas não se confundiam, surgiu esse movimento de proteção à privacidade. Doneda identifica no artigo *The right to privacy*, de 1890, de Warren e Brandeis, o germen da construção desse direito na doutrina estadunidense e que serviu de inspiração para o estabelecimento de um direito à privacidade mais amplo em posteriores decisões norte-americanas e de outros países do *common law* (DONEDA, 2019, p. 33). Nos países com tradição do *civil law*, Doneda identifica um aparecimento mais tardio da proteção à privacidade indicando a Constituição da República Federal da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar) como o diploma pioneiro por considerar que a proteção de direitos econômicos “somente é legítima enquanto ela esteja vinculada aos direitos da pessoa” (DONEDA, 2019, p. 64) e nesse sentido a pessoa passa a ser referencial de proteção em contraposição ao Estado.

Bruno Bioni também identifica (BIONI, 2021) na dicotomia entre o público e privado a raiz de um direito à privacidade. Essa dicotomia, inclusive, seria origem não só do direito à privacidade, mas de uma categoria de direitos, posteriormente denominadas de direitos da personalidade, que seriam essenciais para o exercício dos demais direitos.

Portanto, o direito à privacidade é basilar à própria democracia e, ao mesmo tempo, condição essencial ao livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos. Somente com a fuga da “pressão social”, os indivíduos conseguiriam desenvolver cada qual a sua subjetividade para, posteriormente, projetá-la em meio à sociedade. (BIONI, 2021, p. 91)

No Brasil, é inegável que a proteção à privacidade encontra agasalho constitucional já no art. 5º X da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 a consagra ao dispor em seu artigo 21 que a vida privada da pessoa natural é inviolável. Entretanto, o objetivo deste artigo não é discutir sobre o direito à privacidade. A posição de Danilo Doneda é a de que o direito à proteção de dados pessoais, ainda que tenha se originado do direito à privacidade, não se confunde mais com este.

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. (DONEDA, 2019, p. 165)

O controle, sinalizado pelo autor, como uma das características que distingue a proteção aos dados pessoais de um direito à privacidade também é assinalado por Bruno Bioni. Para este, os dados pessoais na sociedade de consumo representam o novo petróleo, a nova moeda do mercado, e o seu tratamento tem tanto impacto econômico como na esfera da personalidade do indivíduo.

Observa-se que cada vez mais a atividade de tratamento de dados impacta a vida das pessoas, em particular quando elas são submetidas a processos de decisões automatizadas que irão definir seu próprio futuro. Nesse contexto, o direito à proteção de dados pessoais tutela a própria dimensão relacional da pessoa humana, em especial para que tais decisões não ocasionem práticas discriminatórias, o que extrapola e muito o âmbito da tutela do direito à privacidade. (BIONI, 2021, p. 96)

Ingo Sarlet também demarca a diferença entre direito à privacidade e direito à proteção de dados pessoais. Enquanto a ideia de privacidade “indica uma visão negativa e estática, em larga medida pautada na concepção de impossibilitar a interferência de terceiros” (SARLET, 2021, p. 53) a proteção de dados garante ao titular “poderes positivos e dinâmicos postos à sua disposição com vistas ao controle sobre a coleta e o processamento dos dados que lhe digam respeito” (SARLET, 2021, p. 53). Assim, ainda que ambos os direitos tenham origens congruentes, e a doutrina e jurisprudência frequentemente os tratam de maneira síncrona, entende-se que a categoria da proteção aos dados pessoais se alçou à direito autônomo, desvinculado da privacidade e com regime jurídico diferenciado. É nesse movimento de autonomia que o Brasil promulga a LGPD, com o objetivo de sistematizar o sistema de proteção de dados pessoais no país, criar mecanismos que regulem o seu tratamento, instituir órgãos de controle e inclusive conceituar diferentes termos comuns ao sistema.

Dado pessoal, na LGPD, é conceituado como toda informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. Para Bruno Bioni, essa diferença entre “identificada” e “identificável” denota um caráter expansionista da conceituação de dado pessoal, que, por conseguinte, se mostra mais correta com a ideia de proteção. Isto porque para definir se um dado é ou não pessoal, necessário analisá-lo de forma contextual (BIONI, 2021, p. 61), de modo que, ainda que não haja uma identificação imediata da pessoa por meio de um único dado, o seu contexto de utilização, a sua presença em um eventual banco de dados, ou a sua relação com outros dados poderem servir à identificação de uma pessoa.

Os fundamentos que informam a disciplina da proteção de dados pessoais contidas no artigo 2º da LGPD reúnem diferentes aspectos desse novo direito que surge e revela sua abrangência ao incluir: (i) o respeito à privacidade, em consonância com a própria origem do instituto; (ii) a autodeterminação informativa, isto é, a possibilidade do indivíduo poder decidir e ter controle sobre suas informações e sobre seus dados; (iii) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; (iv) a inviolabilidade da intimidade da honra e da imagem, reforçando a ideia de que os dados pessoais são elementos de construção da personalidade do ser humano (v) o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; (vi) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, com relação à este último Bioni entende que o regime de proteção de dados deve se somar as demais normas consumeristas de forma que a proteção do consumidor seja revista sobre a perspectiva do mercado de consumo que utiliza dados pessoais para permanecer lucrando (BIONI, 2021) e (vii) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais, assim o estabelecimento do sistema de proteção aos dados pessoais se coloca não apenas como proteção à privacidade mas como meio de promoção da dignidade através do pleno exercício da personalidade.

2 O regime específico de proteção de dados pessoais sensíveis

A noção de dados pessoais, como explicado acima, engloba toda informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. Algumas dessas informações, por seu turno, envolvem aspectos mais sensíveis da pessoa humana e que, portanto, merecem tutela específica. Na definição da LGPD (art. 5º, II), dado pessoal sensível engloba dados pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, e dados pessoais relacionados à saúde

ou à vida sexual e dados genéticos ou biométricos quando vinculados a uma pessoa natural. Percebe-se, pois que a LGPD adota um conceito exemplificativo de dado pessoal sensível. Danilo Doneda prefere uma diferenciação de acordo com os efeitos do tratamento dos dados:

Em verdade, é necessário ter em conta que a diferenciação conceitual dos dados sensíveis atende a uma necessidade de estabelecer uma área na qual a probabilidade de utilização discriminatória da informação é potencialmente maior – sem deixarmos de reconhecer que há situações nas quais a discriminação pode advir sem que sejam utilizados dados sensíveis, ou então que a utilização destes dados se preste a fins legítimos e lícitos. (DONEDA, 2019, p. 146)

Para o autor, a categorização dos dados pessoais sensíveis foi fruto da percepção de que o tratamento de determinados tipos de dados tinha efeitos mais profundos e com elevado potencial ofensivo (à personalidade) do que os demais (DONEDA, 2019). Bruno Bioni também entende que a diferenciação entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis está na especial vulnerabilidade que estes últimos possuem em poder provocar a discriminação (BIONI, 2021).

Em suma, considerando este potencial ofensivo à personalidade e a especial característica de vulnerabilidade, a proteção aos dados pessoais sensíveis demanda um regramento distinto em relação ao demais dados pessoais. E a LGPD adota em alguns pontos de seu texto normativo opções distintas no que diz respeito ao tratamento dessa categoria de dados.

O Capítulo II do diploma se propôs a regular o tratamento de dados em geral, entretanto o legislador dividiu o capítulo em quatro seções, uma sobre os requisitos para o tratamento de dados pessoais em geral, a segunda sobre o tratamento de dados pessoais sensíveis, a terceira sobre o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes e a quarta sobre o término do tratamento de dados. A segunda seção é a que interessa para este trabalho.

O Art. 11 da LGPD dispõe¹ de maneira excludente as hipóteses em que o tratamento de dados pessoais sensíveis é possível. A primeira nota sobre o artigo é a de que o legislador

¹ Art. 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; II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ; e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

utilizou o marcador da existência ou não de consentimento do titular e a qualidade deste consentimento. Diferente do que a lei dispõe sobre o tratamento de dados em geral², o inciso I do artigo impõe que o consentimento para o tratamento de dados pessoais sensíveis deve ser específico, destacado e para finalidades específicas. Essa preocupação com a qualificação do consentimento para o tratamento de dados pessoais sensíveis vai ao encontro do que se discutiu anteriormente sobre o caráter potencialmente ofensivo e de exposição à vulnerabilidade deste tipo de dado. Dessarte, é necessário que o titular dos dados tenha plena e convicta consciência de que haverá manejo dos seus dados pessoais sensíveis e a finalidade deste para que seja legítimo o seu tratamento.

Para Bioni, esta característica do consentimento é oriunda de um dever-direito do titular de dados à informação e que se relaciona a um perfil obrigacional entre o titular e o agente de tratamento de dados:

O dever-direito de informação deve propiciar, portanto, ao usuário os elementos necessários para o início de um processo de tomada de decisão no que tange ao fluxo de seus dados. A prestação de uma informação clara, adequada e suficiente é o portal de entrada para capacitar o cidadão com o controle dos seus dados, sendo o próprio adimplemento (satisfatório) o dever-direito de informação. (BIONI, 2021, p. 116)

O inciso II do artigo, em suas alíneas de “a” a “g”, por sua vez, dispõe sobre as hipóteses em que é possível o tratamento de dados pessoais sensíveis sem o consentimento do titular. Todas as hipóteses envolvem situações em que interesses de terceiros são levados em consideração em detrimento da posição do titular de dados. Essas situações jurídicas privilegiadas denotam um caráter de relativização do direito à proteção de dados pessoais em favor à outras posições jurídicas privilegiadas. Para Bioni, as exceções são legítimas, entretanto há que se ter em mente que o tratamento de dados sem o consentimento prévio do titular deve ser feito sem abuso de direitos e não pode gerar ou agravar assimetria de informações e de poder frente ao titular dos dados, sob pena de ilegitimidade da conduta. (BIONI, 2021).

Outro ponto importante, é o disposto nos parágrafos terceiro e quarto do art. 11 que proíbe ou prevê a possibilidade de vedação ou regulamentação por parte da autoridade nacional da comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com o objetivo de obter vantagem econômica exceto nas situações excepcionais contidas no próprio

²O art. 7º da LGPD dispõe que o tratamento de dados pessoais somente será realizado mediante o consentimento do titular, entretanto não qualifica este consentimento.

texto normativo. Aqui, o legislador demonstrou preocupação com a latente possibilidade de os dados pessoais sensíveis serem utilizados como moeda, isto porque, ainda que determinados dados sensíveis tenham sido obtidos com consentimento do titular, o seu compartilhamento, com o intuito de obter vantagem econômica, poderia representar desvio da finalidade do tratamento.

Para Doneda, o consentimento do titular não pode ser interpretado apenas como um requisito formal para o tratamento, ele deve ser interpretado como parte integrante de todo o processo de tratamento.

Em um sistema de índole patrimonialista, por exemplo, o consentimento assumirá uma função predominantemente legitimadora, ao servir como instrumento para colocar os dados pessoais no mercado e proporcionar, no extremo, a chamada *commodification* dos dados pessoais – a sua transformação em uma *commodity*. Por outro lado, em um sistema que privilegie a visão da privacidade como uma liberdade negativa e que confie ao indivíduo a autodeterminação de sua esfera privada, o consentimento é o instrumento por excelência para o exercício desse poder. (DONEDA, 2019, p. 293)

Uma outra vedação presente na LGPD (parágrafo quinto do artigo 11) é a que proíbe as operadoras de planos privados de assistência à saúde de tratarem dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade de plano, assim como na contratação e exclusão de beneficiários. Nessa específica situação, sedimenta-se a ideia de que o tratamento de dados sensíveis não pode ser utilizado para prejuízo do próprio titular que consentiu para o seu uso.

Por fim, interessante pontuar que o disposto no parágrafo primeiro do art. 11 prevê que todo o regramento de tratamento diferenciado para dados sensíveis poderá ser aplicado para dados pessoais em geral que porventura possam revelar dados sensíveis ou que possam causar danos ao titular. Essa ressalva, demonstra que a proteção aos dados sensíveis não existe para proteger os dados somente, mas, sobretudo e em última análise visa a proteger a personalidade do indivíduo.

3 A proteção de dados pessoais sensíveis na perspectiva do direito estrangeiro.

A criação de um regime jurídico específico para a proteção de dados pessoais sensíveis não foi uma inovação brasileira. Nesta última parte deste artigo será feita uma breve análise de como a proteção de dados sensíveis foi regulada na Europa, a partir do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados – RGPD e nos Estados Unidos, a partir da normativa do Estado da Califórnia - CCPA. Para tanto se valerá da perspectiva da microcomparação apresentada por

Patrícia Jerônimo. Para a autora, um estudo comparativo pode ser levado a cabo através da macrocomparação e da microcomparação; a primeira volta-se a um estudo mais estrutural sobre as características de diferentes ordenamentos considerando sua globalidade, já a segunda permite uma comparação mais específica sobre as soluções jurídicas em diferentes ordenamentos para um determinado problema com foco no estudo de institutos jurídicos específico, sendo ainda, esta última, adequada para ordenamentos culturalmente mais próximos entre si (JERÓNIMO, 2015, p.13).

O Regulamento Geral sobre Proteção de Dados – RGPD ou GDPR, Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho é considerado, a nível internacional, a normativa pioneira mais elaborada e sistematizada sobre proteção de dados pessoais (DONEDA, 2019) e por este motivo o regulamento europeu funcionaria, para além de fonte para a criação de normas semelhantes em outros ordenamentos, também como modelo de referência para a interpretação de outras normativas de países fora da Europa tal qual a LGPD no Brasil.

Da mesma forma que a LGPD, o RGPD também possui uma regulação preferencial para dados sensíveis. O RGPD utilizou o termo “proteção específica” para definir que os dados pessoais sensíveis demandam um regime jurídico diferenciado.

(51) Merecem proteção específica os dados pessoais que sejam, pela sua natureza, especialmente sensíveis do ponto de vista dos direitos e liberdades fundamentais, dado que o contexto do tratamento desses dados poderá implicar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais. [...] Tais dados pessoais não deverão ser objeto de tratamento, salvo se essa operação for autorizada em casos específicos definidos no presente regulamento, tendo em conta que o direito dos Estados-Membros pode estabelecer disposições de proteção de dados específicas, a fim de adaptar a aplicação das regras do presente regulamento para dar cumprimento a uma obrigação legal, para o exercício de funções de interesse público ou para o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento. (UNIÃO EUROPEIA, 2016)

Da leitura da parte final da norma, observa-se que a LGPD bebeu da fonte europeia quando dispôs que o tratamento de dados sensíveis somente poderia ser realizado em casos específicos. Também cuidou o RGPD (item 24) de dispor sobre proteção específica sobre dados relativos à saúde para impedir práticas de utilização de dados em prejuízo do seu titular, semelhante à presente no parágrafo quinto do art. 11 da LGPD.

Para Alexandre Dias Pereira, o RGPD, ao impor mais restrições para o tratamento de dados pessoais sensíveis em relação a dados pessoais não-sensíveis estabeleceu, em verdade, uma “proibição geral de tratamento” daquela categoria de dados (DIAS PEIREIRA, 2018, p. 8) que comportaria algumas exceções que seriam o consentimento do titular ou autorização legal

específica, a situação específica do tratamento de dados de saúde (também regulado de forma específica no RGPD) e a cláusula geral do art. 7º/3, que dispõe que o tratamento realizado com consentimento do titular é válido ainda que este o revogue posteriormente.

De maneira geral, a análise do Regulamento Europeu criou um sistema específico de proteção de dados pessoais sensíveis com limitações, vedações e requisitos próprios para seu tratamento em relação aos dados pessoais em geral e por sua semelhança com o modelo brasileiro é possível afirmar que aquele foi sua principal fonte neste ponto. (DONEDA, 2019)

Nos Estados Unidos, diferente do que ocorre na Europa e no Brasil não há uma legislação geral de proteção de dados que abranja todo o território, o que ocorre é que cada Estado Membro está legitimado para produzir seus próprios regramentos com relação à proteção de tal bem jurídico a exemplo do California Consumer Privacy Act³ (CCPA) de 2018 que adquiriu importante relevância jurídica por ter sido a primeira legislação estadual a dispor de maneira abrangente sobre a proteção de dados (TRINDADE; CORDOURO, 2020).

Entretanto no que tange à proteção específica de dados sensíveis os Estados Unidos possui desde 1996 uma importante legislação federal que inclui a proteção de dados de saúde, trata-se da *Health Insurance Portability and Accountability Act - HIPAA*⁴ que possui disposições específicas para proteção da confidencialidade e do tratamento de informações pessoais relacionadas à saúde inclusive trazendo sanções para quem divulga indevidamente informações pessoais identificáveis sobre saúde⁵.

³Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CIV&title=1.81.5. Acesso em: 30 jun. 2021

⁴ Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-104publ191/pdf/PLAW-104publ191.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2021

⁵ “WRONGFUL DISCLOSURE OF INDIVIDUALLY IDENTIFIABLE HEALTH INFORMATION SEC. 1177. (a) OFFENSE.—A person who knowingly and in violation of this part— “(1) uses or causes to be used a unique health identifier; “(2) obtains individually identifiable health information relating to an individual; or “(3) discloses individually identifiable health information to another person, shall be punished as provided in subsection (b). “(b) PENALTIES.—A person described in subsection (a) shall— “(1) be fined not more than \$50,000, imprisoned not more than 1 year, or both; “(2) if the offense is committed under false pretenses, be fined not more than \$100,000, imprisoned not more than 5 years, or both; and “(3) if the offense is committed with intent to sell, transfer, or use individually identifiable health information for commercial advantage, personal gain, or malicious harm, be fined not more than \$250,000, imprisoned not more than 10 years, or both”. (UNITED STATES OF AMERICA, 1996). Em tradução livre: “DIVULGAÇÃO INDEVIDA DE INFORMAÇÕES DE SAÚDE INDIVIDUALMENTE IDENTIFICÁVEIS SEC. 1177. (a) OFENSA.— Aquele que conscientemente e em violação do disposto— “(1) usa ou faz com que seja usado um identificador de saúde exclusivo; “(2) obtém informações de saúde individualmente identificáveis relacionadas a um indivíduo; ou “(3) divulga informações de saúde individualmente identificáveis para outra pessoa, será punido conforme disposto na subseção (b). “(b) PENALIDADES.—Uma pessoa descrita na subseção (a) deve— “(1) ser multado em não mais de \$ 50.000, preso por não mais de 1 ano, ou ambos; “(2) se o crime for cometido sob falsos pretextos, multa não superior a \$ 100.000, prisão não superior a 5 anos, ou ambos; e “(3) se a ofensa for cometida com a intenção de vender, transferir ou usar informações de saúde individualmente identificáveis para vantagem comercial, ganho pessoal ou danos maliciosos, multa não superior a \$ 250.000, prisão não superior a 10 anos, ou ambos”

Em que pese tanto, de maneira geral, a proteção conferida pelo sistema jurídico estadunidense é menos abrangente que a conferida atualmente pelo sistema europeu e conseqüentemente o brasileiro. A tradição jurídica é muito mais no sentido de a proteção de dados ser um corolário da liberdade individual do que um mandamento para proteção de um bem jurídico específico, conforme acentuam Trindade e Cordouro:

O atual cenário jurídico que rege a proteção de dados nos Estados Unidos é complexo, e em regra o “direito à privacidade” desenvolvido na lei comum e na doutrina constitucional fornece poucas salvaguardas para o usuário comum da Internet. Propostas de criação de uma política federal unificada de proteção de dados por meio de uma lei geral inspirada no CCPA ganham força. (TRINDADE; CORDOURO, 2020, p. 348)

O *California Consumer Privacy Act* de 2018 (CCPA), norma que regulou a privacidade e a proteção de dados pessoais no estado da Califórnia, e considerada pioneira neste país, previu a obtenção do consentimento do titular e o dever de informação por parte dos controladores de dados em relação à finalidade do uso de dados pessoais sensíveis, inclusive se tais dados seriam vendidos ou compartilhados.

(a) A business that controls the collection of a consumer’s personal information shall, at or before the point of collection, inform consumers of the following: [...]

(2) If the business collects sensitive personal information, the categories of sensitive personal information to be collected and the purposes for which the categories of sensitive personal information are collected or used, and whether that information is sold or shared. A business shall not collect additional categories of sensitive personal information or use sensitive personal information collected for additional purposes that are incompatible with the disclosed purpose for which the sensitive personal information was collected without providing the consumer with notice consistent with this section. (UNITED STATES OF AMERICA, 2018)⁶

Entretanto, ao passo que o GDPR europeu traz expressamente um conceito de dados pessoais sensíveis com uma enumeração ampla do que estaria incluso nesta categoria⁷, Gregory W. Voss explica que o mesmo não ocorre na norma californiana e o âmbito de proteção do CCPA em comparação com o RGPD é bem mais reduzido (VOSS, 2015, p. 5), visto que,

⁶ Em tradução livre: -“(a) A empresa que controlar a coleta de informações pessoais do consumidor deve, antes ou no momento da coleta, informar os consumidores do seguinte: [...] (2) Se a empresa coleta informações pessoais confidenciais, as categorias de informações pessoais confidenciais a serem coletadas e as finalidades para as quais as categorias de informações pessoais confidenciais são coletadas ou usadas, e se essas informações são vendidas ou compartilhadas. Uma empresa não deve coletar categorias adicionais de informações pessoais confidenciais ou usar informações pessoais confidenciais coletadas para fins adicionais que sejam incompatíveis com a finalidade divulgada para a qual as informações pessoais confidenciais foram coletadas sem fornecer ao consumidor um aviso consistente com esta seção”.

⁷ RGPD, art 9º: “1. É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.” (UNIÃO EUROPEIA, 2022)

enquanto esta prevê uma ampla gama de ferramentas de compliance que devem ser obrigatoriamente utilizadas aquela possui poucas obrigações diretas e detalhadas para os agentes de tratamento :

In the GDPR, processors, who act under the instructions of controllers pursuant to a contract, and that are similar to “service providers” in the CCPA, are subject to various obligations, whereas under the CCPA service providers have fewer “direct and detailed obligations.” It should be noted that the GDPR provides and requires a whole set of compliance tools, in addition to the processing record-keeping requirement mentioned above, such as the appointment of a data protection officer by many corporations, and the use of data protection impact assessments in many cases, especially for processing of sensitive data or profiling. This forms part of the GDPR’s accountability focus, but no such requirements exist in the CCPA. (VOSS, 2015, p. 15)⁸

Relativamente à LGPD, a CCPA fornece menos proteção do que a LGPD. Como discutido anteriormente, a LGPD, além de prever o requisito do consentimento e o dever de informação por parte do controlador sobre as finalidades do uso dos dados pessoais sensíveis, também proibiu a venda e previu a regulamentação específica do compartilhamento de dados sensíveis com fins econômicos. Apesar disso, o CCPA contém normas mais específicas relacionadas aos dados pessoais sensíveis que a LGPD, enquanto esta se limitou a dispor de maneira mais geral sobre o tema, o CCPA contém uma seção específica (1798.135) disposta sobre as ferramentas que os controladores devem proporcionar ao usuário para obter consentimento específico para dados gerais e para dados sensíveis, incluindo como esta possibilidade deve estar disposta nos websites de forma fácil e clara com link específico⁹.

⁸ Em tradução livre “No RGPD, os processadores, que agem sob as instruções dos controladores de acordo com um contrato e que são equivalentes aos “prestadores de serviços” do CCPA, estão sujeitos a várias obrigações, enquanto no CCPA os provedores de serviços têm menos “obrigações diretas e detalhadas” Deve-se pontuar que o RGPD fornece e exige todo um conjunto de ferramentas de conformidade, além do requisito de manutenção de registros de processamento, como a nomeação de um oficial de proteção de dados por muitas corporações e o uso de avaliações de impacto de proteção de dados em muitos casos, especialmente para processamento de dados confidenciais ou criação de perfis. Isso faz parte do foco de responsabilidade do RGPD, mas esses requisitos não existem no CCPA.” (VOSS, 2015, p. 15)

⁹ CCPA, 1798.135 “(a) A business that sells or shares consumers’ personal information or uses or discloses consumers’ sensitive personal information for purposes other than those authorized by subdivision (a) of Section 1798.121 shall, in a form that is reasonably accessible to consumers: (1) Provide a clear and conspicuous link on the business’s internet homepages, titled “Do Not Sell or Share My Personal Information,” to an internet web page that enables a consumer, or a person authorized by the consumer, to opt-out of the sale or sharing of the consumer’s personal information. (2) Provide a clear and conspicuous link on the business’ internet homepages, titled “Limit the Use of My Sensitive Personal Information,” that enables a consumer, or a person authorized by the consumer, to limit the use or disclosure of the consumer’s sensitive personal information to those uses authorized by subdivision (a) of Section 1798.121. (3) At the business’ discretion, utilize a single, clearly labeled link on the business’ internet homepages, in lieu of complying with paragraphs (1) and (2), if that link easily allows a consumer to opt out of the sale or sharing of the consumer’s personal information and to limit the use or disclosure of the consumer’s sensitive personal information. (4) In the event that a business responds to opt-out requests received pursuant to paragraph (1), (2), or (3) by informing the consumer of a charge for the use of any product or service, present the terms of any financial incentive offered pursuant to subdivision (b) of Section 1798.125 for the retention, use, sale, or sharing of the consumer’s personal information. Em tradução livre: - ““(a) Uma empresa

O *Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA)*, norma federal publicada ainda em 1996 dentre outras disposições, cria um padrão nacional de proteção de dados pessoais sensíveis sobre saúde com objetivo de evitar o seu tratamento sem o consentimento ou conhecimento do paciente, mas também autoriza o compartilhamento de informações médicas, especificando a quem e como médicos, hospitais e seguradoras podem compartilhar estas informações. (UNITED STATES OF AMERICA, 1996)

Sobre a influência do HIPAA, e ainda na doutrina estadunidense, a professora Latanya Sweeney em artigo com nome bastante sugestivo “*Only You, Your Doctor and Many Others May Know*” (Em tradução livre: “Apenas você, seu médico e muitas outras pessoas devem saber”) (SWEENEY, 2015), faz uma análise bastante detalhada sobre como a proteção de dados pessoais sensíveis pode ser fraca nos Estados Unidos. A autora demonstra que ainda que exista um padrão nacional de proteção de dados pessoais sensíveis não há por parte da maioria dos estados norte-americanos um *compliance* com este padrão. Seu artigo apresenta que dados relacionados à pacientes hospitalizados fornecidos publicamente à venda pelo Estado de Washington (e, portanto, informações oficiais), ainda que anonimizados, podem ser facilmente reidentificados combinando estes com outras bases de dados em outras fontes também públicas como notícias de jornais. A proposta da autora é que a proteção de dados pessoais sensíveis, demanda, para além de uma postura ativa das entidades de saúde, uma posição de conscientização de todos os envolvidos no fluxo de dados, inclusive de profissionais de saúde e pacientes, sobre as falhas nos processos e os riscos envolvidos para os titulares, compreendendo que a engrenagem de proteção é um ciclo, devendo haver sempre uma retroalimentação de informações e tecnologias em situações que podem elevar a proteção.

que venda ou compartilhe informações pessoais de consumidores ou use ou divulgue informações pessoais confidenciais de consumidores para fins diferentes daqueles autorizados pela subdivisão (a) da Seção 1798.121 deve, de uma forma que seja razoavelmente acessível aos consumidores: (1) Fornecer um link claro e visível nas páginas iniciais da empresa na Internet, intitulado “Não venda ou compartilhe minhas informações pessoais”, direcionando a uma página da Web na Internet que permita que o consumidor ou uma pessoa autorizada pelo consumidor opte por não participar do venda ou compartilhamento de informações pessoais do consumidor. (2) Fornecer um link claro e visível nas páginas iniciais da empresa na Internet, intitulado "Limitar o uso de minhas informações pessoais confidenciais", que permite que um consumidor, ou uma pessoa autorizada pelo consumidor, limite o uso ou a divulgação de suas informações pessoais sensíveis aos usos autorizados pela subdivisão (a) da Seção 1798.121. (3) A critério da empresa, usar um link único e claramente identificado nas páginas iniciais da empresa na Internet, em vez de cumprir os parágrafos (1) e (2), se esse link permitir facilmente que um consumidor opte por não participar da venda ou compartilhamento de informações pessoais do consumidor e limitar o uso ou divulgação de informações pessoais confidenciais do consumidor. (4) Caso uma empresa responda a solicitações de exclusão recebidas pelos requerentes do parágrafo (1), (2) ou (3) informando o consumidor sobre uma cobrança pelo uso de qualquer produto ou serviço, apresente os termos de qualquer incentivo financeiro oferecido de acordo com a subdivisão (b) da Seção 1798.125 para retenção, uso, venda ou compartilhamento de informações pessoais do consumidor”.

Policy should adopt best practices, which improve over time as privacy technology and the science of data privacy advances. Society can learn from cycles of published re-identifications, because the knowledge of vulnerabilities will rapidly lead to improved techno-policy protections. It is an evolutionary cycle. First, a re-identification vulnerability becomes known, which leads to improved practices and technical solutions, which in turn leads to other re-identifications, and so on, until eventually we achieve robust technical, policy, or administrative solutions. (SWEENEY, 2015, *online*)

Para além das normativas internacionais analisadas, seria possível elencar outros diplomas com igual previsão de um regime jurídico diferenciado para a proteção de dados pessoais sensíveis, tal qual o da Argentina e do Uruguai (BIONI, 2021)¹⁰ o que confirma a hipótese de que este regramento é um movimento que garante uma melhor proteção da personalidade do indivíduo tendo em visto o maior potencial ofensivo que o tratamento deste tipo de dados pode provocar.

Conclusão

Cuidou-se este trabalho de uma pesquisa sobre o regime jurídico de proteção de dados pessoais sensíveis no Brasil. No primeiro tópico foi apresentada a gênese do direito à proteção de dados pessoais no Brasil com especial referência à sua relação com o direito à privacidade e através de análise descritiva sobre as inovações legislativas sobre o tema, Na segunda parte, esmiuçou-se a categoria dos dados pessoais sensíveis e como o Direito brasileiro abarcou esta diferenciação com a construção de um regime jurídico específico para esta categoria de dados, por sua natureza e especificidade. No terceiro e último tópico, compararam-se as soluções existentes em proteção de dados no ordenamento brasileiro, ordenamento europeu e ordenamento estadunidense, sob a perspectiva da microcomparação de institutos, para concluir que apesar de diferenças substanciais nas maneiras de regular o tema, os três ordenamentos também optaram por uma proteção específica, diferenciada e mais abrangente para a categoria dos dados sensíveis.

A partir da análise feita nos tópicos anteriores conclui-se que a proteção de dados pessoais se tornou um direito autônomo e sedimentado no ordenamento jurídico brasileiro e

¹⁰ A propósito, é possível dizer que o Brasil teve uma normatização tardia quanto ao tema, embora, por ter sido publicada posteriormente ao RGPD, teve a possibilidade de utilizá-lo como referência. O Chile foi o primeiro país da América Latina, ainda em 1999, a publicar uma lei com escopo de regramento geral de proteção de dados pessoais, trata-se da *Ley 19.628/1999* que, ainda que tenha sofrido alterações, encontra-se em vigor naquele país. A Argentina, por sua vez, publicou a sua *Ley de Protección de los Datos Personales (Ley 25.326)*, logo em seguida, em 2000 e o Uruguai, já em 2008, fez publicar a *Ley N° 18331* que é atual norma geral sobre o tema.

que no Brasil cuidou-se de estabelecer um regime diferenciado para a proteção de dados pessoais sensíveis. A existência de um regime jurídico específico para esta categoria de dados representa um avanço na proteção da personalidade do indivíduo e na consideração de que o tratamento de dados tem consequências diferenciadas de acordo com sua espécie. Conclui-se também que a opção brasileira de criação de regimes jurídicos diferenciadas se que adequa a um movimento semelhante em outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do europeu e do estadunidense.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. **Revista CEJ**, v. 3, n. 7, p. 143-150, 20 abr. 1999.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A função e os Limites do Consentimento**. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2018a.

CRETELLA JÚNIOR, José. O direito comparado no curso de pós-graduação. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 76, 87-95. São Paulo, 1981. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66915>. Acesso em: 01 dez. 2022

DIAS PEREIRA, Alexandre Libório. **Big data, e-health e «autodeterminação informativa»: a lei 67/98, a Jurisprudência e o Regulamento 2016/679 (GDPR)**. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 29. Lisboa, 2018

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **California Consumer Privacy Act of 2018**. California, 2018. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CIV&title=1.81.5 Acesso em: 6 dez 2022

JERÓNIMO, Patrícia. **Lições de Direito Comparado**. Braga: Elsa Uminho, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados**. In: DONEDA, Danilo et al. (coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 40-78.

SWEENEY L. Only You, Your Doctor, and Many Others May Know. **Technology Science**. Camnridge, 2015. Disponível em <https://techscience.org/a/2015092903/>. Acesso em: 04 mar 2023

TRINDADE, R. O.; CORDOURO, L. A proteção de dados pessoais do California Consumer Privacy Act (CCPA): direcionamento à iniciativas tecnológicas brasileiras nos EUA. In:

WACHOWICZ, Marcos (org.). **Proteção de Dados Pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do Direito Comparado**. Curitiba: GEDAI Publicações, 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de Dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)**. Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 04/05/2016. Disponível em: https://www.sg.pcm.gov.pt/media/38093/rgpd_regulamento.pdf Acesso em: 08 dez. 2022

VOSS, W. Gregory. **The CCPA and the GDPR Are Not the Same: Why You Should Understand Both (January 18, 2021)**. CPI Antitrust Chronicle, Jan. 2021, Vol. 1(1), pp. 7-12. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-ccpa-and-the-gdpr-are-not-the-same-why-you-should-understand-both/>. Acesso em: 31 jan. 2023