

Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro
Conselho Municipal de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade

Uso do consentimento como base legal para
tratamento de dados pessoais e dados pessoais
sensíveis pela Administração Pública Municipal

2024

Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro
Conselho Municipal de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade

Uso do consentimento como base legal para tratamento de dados pessoais e
dados pessoais sensíveis pela Administração Pública Municipal

Composição:

Ana Paula Vasconcellos
André Roberto
André Tostes
Erica Bakonyi
Fernanda Paes Leme
Pedro Gueiros

Relator:
Pedro Gueiros

Sumário

Introdução	4
Apresentação do problema	4
Benchmark / Boas Práticas.....	8
Recomendações	10
Conclusão	13
Assinaturas dos membros do GT	14

Introdução

O presente relatório tem como objetivo subsidiar os trabalhos desenvolvidos pelo Conselho Municipal de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade no âmbito da Cidade do Rio de Janeiro (CMPDPP), no âmbito do Grupo de Trabalho (GT) nº 1, que se ocupou em analisar o “uso do consentimento como base legal para tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis pela Administração Pública municipal”.

Sob relatoria de Pedro Gueiros, do Centro Universitário IBMEC-RJ, o GT contou com a colaboração de Fernanda Paes Leme Centro, igualmente do Universitário IBMEC-RJ, de Ana Paula Vasconcelos, da Secretaria Municipal de Integridade Transparência e Proteção de Dados da Prefeitura do Rio de Janeiro (SMIT-Rio), de André Roberto, da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Rio de Janeiro (OAB-RJ), de André Tostes, da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro (PGM-RJ) e de Erica Bakonyi, da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-Rio).

Apresentação do problema

Para fins legais, o consentimento pode ser interpretado como sendo a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”, conforme art. 7º, XII da Lei Geral de Proteção de Dados (“Lei nº 13.709/2018” ou “LGPD”). Esta manifestação de vontade pode ser uma, dentre outras hipóteses legais, apta a viabilizar o tratamento de dados pessoais em sentido amplo (art. 7º, I, LGPD), como para o tratamento de dados pessoais sensíveis (art. 11, I, LGPD).

Ab initio, é importante frisar, que a fundamentação desta hipótese legal suscita diversas controvérsias, que serão exploradas ulteriormente. Como apontado acima, sua caracterização importa em uma manifestação de vontade “livre”, “informada” e “inequívoca”. Desse modo, passa-se ao exame do alcance de cada um destas características.

De acordo com as Diretrizes nº 5 de 2020, do Conselho Europeu de Proteção de Dados¹, o elemento “livre” traduz-se em uma escolha e controle reais para o titular de dados. Significa dizer com isso, que caso o titular se sinta compelido a consentir ou venha a sofrer consequências negativas, caso não consinta, este consentimento não será válido.² Por sua vez, o adjetivo “informado” refere-se ao cumprimento do princípio da transparência, (art. 6º, VI, LGPD), em que o agente de tratamento deve fornecer informações ao titular antes de obter seu consentimento, com o intuito que tome uma decisão informada, compreendendo todas as questões para as quais está concordando com o tratamento.³ Noutro giro, a característica “inequívoca” diz respeito à obtenção do consentimento, enquanto uma declaração afirmativa e evidente de que o titular expressa-se com o intuito de concordar com determinado tratamento.⁴

Além disso, com relação a determinadas atividades de tratamento, a legislação exige qualificações adicionais relacionadas ao consentimento, enquanto uma hipótese legal aplicável. No caso de (i) tratamento de dados pessoais sensíveis (art. 11, I, LGPD), (ii) tratamento de dados pessoais de crianças (art. 14, §1º, LGPD) e (iii) para transferências internacionais de dados pessoais (art. 33, VIII, LGPD), o consentimento, quando empregado⁵, deve ser ainda “específico” e “destacado”. O aspecto “específico” diz respeito à concordância do tratamento dos dados para finalidades concretas e determinadas atreladas ao respectivo propósito, sendo um requisito importante a sua “granularidade”, ou seja, a capacidade do consentimento ser obtido de forma mais concisa e específica quanto ao uso dos dados. Já o “destacado”

¹ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679*. Disponível em: https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf. Acesso em: 14.10.2024.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Destaca-se entendimentos relevantes relativamente ao uso do consentimento enquanto base legal para estas hipóteses. Conforme Enunciado nº 689, da IX Jornada de Direito Civil, “não há hierarquia entre as bases legais estabelecidas nos arts. 7º e 11 da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018)”. Ainda, de acordo com o Enunciado nº 1/2023 da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), “O tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes poderá ser realizado com base nas hipóteses legais previstas no art. 7º ou no art. 11 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), desde que observado”. Por fim, aponta-se a Resolução nº 19/2024, sobre transferências internacionais de dados.

relaciona-se sobremaneira com a atenção conferida às cláusulas do aceite quanto ao tratamento, que deve ser apartado notadamente no bojo de instrumentos contratuais, a exemplo de Termos de Uso e Políticas de Privacidade.

Com base nessas considerações, torna-se possível compreender outras vicissitudes e direitos intimamente associados ao consentimento, previstos no art. 8º da LGPD. A primeira delas é que o consentimento, diferentemente do que prevê o Marco Civil da Internet (“Lei nº 12.965/2014” ou “MCI”)⁶, não exige *per se* uma manifestação expressa de vontade, apenas que deve ser fornecido “por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular”, conforme art. 8º, *caput*, LGPD. Independentemente, como observa Gustavo Tepedino e Chiara de Teffé, “embora não precise necessariamente estar consubstanciado em declaração escrita (podendo, portanto, ser dado de forma oral), o consentimento não poderá ser extraído da omissão do titular, mas tão somente de atos que revelem claramente sua real vontade”.⁷ Portanto, é importante que o consentimento fornecido por escrito conste de cláusula destacada das demais no âmbito de instrumentos contratuais, como exige o §1º do art. 8º, LGPD.

Demais disso, cumpre destacar que, assim como se observa em outros microssistemas afins que visam corrigir determinadas assimetrias de poder entre sujeitos em posição de reconhecida vulnerabilidade, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor (“Lei nº 8.078/1990” ou “CDC”), que autoriza a inversão do ônus da prova pelo juiz diante de alegação verossímil ou hipossuficiência do consumidor (art. 6º, VIII, CDC), a LGPD outorga, no §2º, art. 8º, LGPD ao agente controlador, o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com a própria Lei.

Outrossim, é importante observar que o consentimento obtido por meio que venha a ludibriar o titular de dados, levando ao seu vício é expressamente

⁶ Conforme art. 7º, IX do Marco Civil da Internet: “Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais”.

⁷ TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil* | Belo Horizonte, v. 25, p. 83-116, jul./set. 2020, p. 98.

vedado pela LGPD, na forma do §3º, art. 8º. De tal modo, eventual autorização, inclusive, genérica acarreta nulidade por inteiro do tratamento de dados pessoais, conforme §4º, art. 8º, LGPD.

Além disso, nota-se que o consentimento está diretamente associado a um direito elementar dos titulares de dados, o de revogar o consentimento anteriormente dado, a qualquer momento. Neste caso, tal mecanismo deve estar associado por meio de manifestação expressa em procedimento gratuito e facilitado ao titular, conforme determina o §5º, art. 8º c/c art. 18, IX, ambos da LGPD. Ainda assim, mesmo sendo possível revogar a qualquer momento, tornam-se automaticamente ratificados os tratamentos de dados anteriormente realizados sob o amparo do consentimento inicialmente dado, enquanto não houver pedido para a eliminação dos dados.⁸ A eliminação é um direito igualmente associado ao consentimento, previsto no art. 18, VI, LGPD, no sentido de que o titular tem a prerrogativa de exigir que os seus dados sejam inteiramente excluídos nos casos em que o consentimento é a base legal que legitima o referido uso daqueles dados.

Por fim, relativamente quanto ao acesso a dados para querer informações sobre a finalidade específica do tratamento, incluindo sua forma e duração, identificação do controlador e informações do uso compartilhado de dados e sua respectiva finalidade, o agente controlador deve ser capaz de informar com destaque de possíveis alterações, sendo possível o titular revogar o seu consentimento, caso esta seja a base legal utilizada, caso discorde com o teor das alterações, nos termos do §6º do art. 8º, LGPD.

⁸ Para Chiara de Teffé e Pedro Gueiros, “defende-se a possibilidade de revogação incondicional desse tipo de consentimento com base na autodeterminação do titular em relação à construção de sua esfera privada, bem como na própria caracterização dos direitos de personalidade, que têm entre seus atributos a indisponibilidade. Entende-se possível que, dentro de parâmetros constitucionais, o exercício de tais direitos possa ser moldado a partir da autonomia da vontade do indivíduo, que nas situações existenciais viabiliza a possibilidade de autodeterminação do sujeito nas situações relacionadas ao ser”. TEFFÉ, Chiara de; GUEIROS, Pedro. A revogação do consentimento pelo titular de dados na LGPD. In: FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz; TEIVE, Marcello Muller (Coords.). *LGPD: direitos dos titulares*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 167-168.

Benchmark / Boas Práticas

No que diz respeito às boas práticas relacionadas ao uso do consentimento, observa-se alguns aspectos relevantes. De acordo com o Guia Orientativo sobre Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público⁹, publicado pela ANPD, “em muitas ocasiões, o consentimento não será a base legal mais apropriada para o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, notadamente quando o tratamento for necessário para o cumprimento de obrigações e atribuições legais”.¹⁰ Nesse sentido, esclarece a Autoridade que nos casos em que as atividades de tratamento não estiverem baseadas no exercício de prerrogativas estatais típicas, decorrentes do cumprimento de obrigações e atribuições legais, o consentimento eventualmente pode ser uma hipótese legal utilizada.¹¹ Para tanto, cita-se a seguinte situação, ilustrativamente, como adequada para utilizar o consentimento:¹²

Estudante realiza inscrição para participar de um evento organizado por uma universidade pública. O procedimento é realizado online, ocasião em que são solicitadas informações básicas de cadastro, como nome e número de matrícula, este para o fim específico de concessão da gratuidade da inscrição, benefício exclusivo para estudantes. Adicionalmente, o estudante tem a opção de fornecer e-mail, caso queira “receber informações de outros eventos organizados pela universidade”. Uma mensagem esclarece que o fornecimento do e-mail é facultativo e a recusa não impede a participação no evento. Ademais, as informações sobre os outros eventos são rotineiramente divulgadas na página da universidade na Internet.

Ainda, sob a experiência europeia, de acordo com o Considerando nº 43 do Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia, “a fim de assegurar que o consentimento é dado de livre vontade, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, nomeadamente quando o

⁹ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. *Guia Orientativo sobre Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público*. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>>. Acesso em: 28.10.2024.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

responsável pelo tratamento é uma autoridade pública pelo que é improvável que o consentimento tenha sido dado de livre vontade em todas as circunstâncias associadas à situação específica em causa”. Nesse sentido, é possível inferir que, efetivamente, o consentimento está longe de ser uma hipótese legal comum ou habitual a ser utilizada para fundamentar o exercício de atividades de tratamento no âmbito da Administração Pública, de modo geral. De todo modo, válidas são as três situações ilustrativas que o Comitê Europeu para a Proteção de Dados¹³ considera como adequadas para utilização do consentimento:

“Situação 1”: Um município local está a planejar realizar obras de manutenção rodoviária. Uma vez que essas obras podem perturbar o trânsito durante muito tempo, o município oferece aos cidadãos a oportunidade de se registarem numa lista de correio eletrónico para receberem atualizações sobre a evolução das obras e os atrasos previstos. O município deixa bem claro que não existe obrigação de participar e solicita o consentimento para utilizar os endereços de correio eletrónico (exclusivamente) para este efeito. Os cidadãos que não derem o seu consentimento não deixarão de beneficiar de qualquer serviço essencial do município nem deixarão de exercer qualquer direito, pelo que poderão dar ou recusar livremente o seu consentimento para esta utilização dos seus dados. Todas as informações sobre as obras de manutenção rodoviária também estarão disponíveis no sítio web do município.

“Situação 2”: Uma pessoa que seja proprietária de terrenos necessita de licenças, tanto do município local como do governo provincial onde se insere o município. Estes dois organismos públicos exigem as mesmas informações para emitir as respectivas licenças, mas não têm acesso às bases de dados um do outro. Por conseguinte, ambos solicitam as mesmas informações e o proprietário dos terrenos envia aos dois organismos públicos as informações necessárias. O município e a autoridade provincial solicitam o consentimento da pessoa para juntar os processos a fim de evitar duplicação de procedimentos e de correspondência. Os dois organismos públicos asseguram que se trata de algo opcional e que os pedidos das licenças serão tratados separadamente caso a pessoa decida não dar o seu consentimento à junção dos seus dados. O proprietário dos terrenos pode dar o seu consentimento livremente às autoridades para efeitos da junção dos processos.

“Situação 3”: Uma escola pública solicita aos estudantes consentimento para utilizar as suas fotografias numa revista estudantil impressa. O consentimento nestas situações seria uma verdadeira escolha desde que não fosse negado aos estudantes o ensino ou os serviços a que têm direito e estes pudessem recusar a utilização das referidas fotografias sem ficarem prejudicados.

¹³ EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. Op. cit.

Por fim, menciona-se o entendimento firmado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados do Reino Unido, a ICO¹⁴, no sentido de que, se o agente de tratamento de dados for uma autoridade pública ou estiver em qualquer posição de poder sobre o indivíduo, é recomendável que seja procurada outra hipótese legal para fundamentar o tratamento.¹⁵ No entanto, é ponderado que autoridades públicas não estão proibidas de usar o consentimento enquanto base legal, no sentido de haver possibilidades de usar o consentimento, mesmo em uma situação de poder, desde que seja demonstrado que ele foi concedido livremente.¹⁶

Recomendações

No âmbito das recomendações relacionadas ao uso do consentimento, particularmente no âmbito da Administração Pública, é necessário traçar algumas considerações. De fato, a LGPD prevê o consentimento como uma dentre outras bases para o tratamento de dados, nos termos do art. 7º, I, para dados pessoais em sentido amplo e do art. 11, I, relativamente para dados pessoais sensíveis.

Contudo, para além do consentimento, a LGPD também estabelece hipóteses específicas para a Administração Pública, como as previstas nos arts. 7º, III, e 11, II, b. Essas disposições permitem que o tratamento de dados pessoais ocorra quando há execução de políticas públicas, previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos similares. Isso significa que, diferentemente do setor privado, onde o consentimento desempenha um papel de maiores contornos, particularmente

¹⁴ Nesse sentido: “If you are a public authority or are processing employee data, or are in any other position of power over an individual, you should look for another basis for processing, such as ‘public task’ or ‘legitimate interests’. However, public authorities and employers are not banned from using consent as their lawful basis. Even if you are in a position of power, there may be situations when you can still show that the consent is freely given”. INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE. *When is consent appropriate?* Disponível em: <<https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/lawful-basis/consent/when-is-consent-appropriate/#when5>>. Acesso em: 28.10.2024.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

por ser uma cláusula geral ampla, a Administração Pública tem a seu dispor uma base legal própria, voltada à efetivação de suas funções e atribuições.

Em razão dessa previsão específica, é importante ponderar que o consentimento pode não ser sempre a base legal mais adequada para o tratamento de dados pela Administração Pública. A utilização do consentimento, em tese, poderia impor barreiras à execução de políticas públicas essenciais ou criar expectativas inadequadas de reversibilidade ou controle por parte dos titulares dos dados. Isso porque o consentimento, por natureza, é revogável a qualquer momento, conforme o art. 8º, §5º, da LGPD. Tal característica pode ser incompatível com a continuidade e a regularidade da prestação de serviços públicos.

Portanto, o consentimento deve ser visto como uma hipótese legal viável, porém, excepcional no contexto da Administração Pública. Ele poderia ser utilizado em situações em que o tratamento de dados vai além das funções típicas da Administração, envolvendo, por exemplo, serviços facultativos ou benefícios que exigem a anuência do cidadão. No entanto, para a maioria das atividades relacionadas à implementação de políticas públicas, a base legal mais apropriada seria aquela contida nos arts. 7º, III, e 11, II, b, LGPD, garantindo que o tratamento de dados seja conduzido de maneira eficiente e segura, sem a necessidade de obtenção do consentimento prévio dos titulares.

Em síntese, embora o consentimento esteja previsto na LGPD como uma base legal aplicável ao tratamento de dados, seu uso pela Administração Pública deve ser cauteloso e considerado apenas em situações em que o titular dos dados tenha efetiva liberdade de escolha e onde a revogação desse consentimento não prejudique a execução de políticas públicas essenciais. Nesse sentido, pode-se vislumbrar as situações em que o consentimento pode ser uma opção apropriada para autorizar o uso de dados pessoais pelo Poder Público, particularmente na esfera Municipal, como no caso de autorizações específicas, por exemplo:

- Atividades extracurriculares: coleta de dados de alunos, pais e responsáveis legais para participação em atividades recreativas, como clubes de leitura ou oficinas de arte, onde a inscrição não é obrigatória e

não interfere nas obrigações educacionais. O consentimento pode ser solicitado para uso de imagens das crianças em materiais de divulgação do projeto.

- Pesquisas de satisfação: realização de pesquisas de satisfação ou feedback sobre a qualidade ou infraestrutura de serviços públicos municipais. O consentimento permite que o cidadão escolha participar, assegurando que os dados coletados sejam usados apenas para melhorias voluntárias e que os dados possam ser anonimizados.
- Programas de saúde preventiva voluntária: em campanhas de conscientização sobre a saúde, como *check-ups* voluntários ou oficinas sobre nutrição e bem-estar, o consentimento pode ser usado para coletar dados sobre saúde dos participantes. Essa coleta deve ser separada das atividades de saúde obrigatórias e com opções para retirada do consentimento.
- Programas de divulgação de eventos municipais: solicitação de consentimento para uso de imagens e depoimentos de participantes em eventos turísticos municipais, como festivais e feiras culturais. Os dados e imagens capturados podem ser utilizados para promover o turismo local, mas a participação é opcional.
- Programas de assistência habitacional opcional: programas de orientação e capacitação para reformas sustentáveis em moradias. Aqui, o consentimento pode ser solicitado para coletar dados voluntários de beneficiários interessados em receber consultoria ou subsídios para práticas sustentáveis, sem vínculo com outros programas obrigatórios.
- Projetos piloto de inovação tecnológica: Em projetos voluntários de teste de novas tecnologias (como aplicativos de serviços públicos, plataformas de acesso a informações e *sandboxes* regulatórios), o consentimento dos participantes é necessário para coleta de feedback e dados de uso, permitindo o desenvolvimento da ferramenta sem comprometer o uso de serviços regulares.

Conclusão

A partir do estudo apresentado, é possível concluir que o uso do consentimento no âmbito da Administração Pública municipal exige cautela. Em primeiro lugar, o consentimento não representa uma hipótese legal habitual e corriqueira, porquanto há evidente situação de poder entre o agente de tratamento, investido na função pública, e o titular de dados, cidadão, marcada por uma vulnerabilidade agravada. Portanto, as chances de o consentimento não exprimir uma manifestação de vontade livre, informada, inequívoca, ou ainda, de forma mais evidente, específica e destacada, em algumas hipóteses, demonstra as baixas possibilidades de isso ser objetivamente alcançado.

Mas, independentemente disso, o consentimento pode ser sim aplicado, dentre determinadas circunstâncias, mais objetivas e circunstâncias, que revelam a importância de se obter a concordância do titular, e que essa obtenção é caracterizada como uma manifestação desembaraçada de quaisquer ônus ou de se sentir compelido a concordar.

Destaca-se, por fim, que os contornos associados ao consentimento expressam, necessariamente, um evidente predomínio da vontade do titular, que não deve ser capaz de contrastar com a persecução da atividade pública municipal. “Por essas razões, essa hipótese legal é condizente com processamentos de dados associados a situações cujos interesses existenciais do titular são significativamente mais relevantes e necessários”.¹⁷

¹⁷ GUEIROS, Pedro Teixeira. *Internet e consentimento: autogestão de dados e exercício do controle informacional*. São Paulo: Tirant lo blanch, 2024, p. 154.

Assinaturas dos membros do GT

(Ana Paula Vasconcellos)

(André Roberto)

(André Tostes)

(Erica Bakonyi)

(Fernanda Paes Leme)

Pedro Teixeira Gueiros

(Pedro Gueiros)