

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

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 - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

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

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

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

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

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro; Márcio Ricardo Staffen; Mariana Ribeiro Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-409-9

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

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Globalização. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

O IV Encontro Virtual do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito) realizado entre os dias 09 e 11 de novembro de 2021, tendo como tema central o “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”, com apoio institucional de importantes centros de ensino, a saber, Widener University Delaware Law School, Estados Unidos, Universidad de Alicante, Espanha e Università degli Studi di Perugia, Itália, em conexão com a Escola de Ciências Jurídicas e Sociais e o Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UNIVALI, assim como do Mestrado Profissional em Direito da UFSC.

O IV Encontro Virtual do CONPEDI, realizado virtualmente, manteve a seriedade e qualidade da produtividade características das edições anteriores, e oportunizou a continuidade da integração com pesquisadores em tempos tão adversos e desafiadores.

As professoras Dr.^a Daniela Menengoti Ribeiro, da Universidade Cesumar (Unicesumar), Dr.^a Mariana Ribeiro Santiago, da Universidade de Marília (UNIMAR) e o professor Dr. Márcio Ricardo Staffen, da Faculdade Meridional (IMED) foram honrados com a coordenação das atividades do Grupo de Trabalho intitulado “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo I” e com a coordenação dessa obra.

Os trabalhos desse Grupo de Trabalho se deram na tarde do dia 13 de novembro de 2021, ocasião em que os autores expuseram suas pesquisas e debateram temas que estão no centro das especulações de um conjunto significativo dos estudiosos do direito.

Com o objetivo de dinamizar as apresentações, os artigos foram organizados em blocos temáticos, ficando assim dispostos:

**A DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE E-COMMERCE PELO FOMENTO
A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO**

**TUTELA DO CONSUMIDOR E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI 13.709
/18)**

O DIREITO À PRIVACIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: COMO AS EMPRESAS DEVEM PROTEGER OS DADOS PESSOAIS DOS CONSUMIDORES DE ACORDO COM A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

SOCIEDADE DO CONSUMO E A MONETIZAÇÃO DE DADOS: UM ESTUDO SOBRE O CONTROLE DE DADOS E SUA VALORIZAÇÃO NO BRASIL

O CONSUMO DE ALIMENTOS ULTRAPROCESSADOS E SUA DIVULGAÇÃO, INCLUINDO PUBLICIDADE DIRECIONADA À CRIANÇA: DIREITO BRASILEIRO E DIREITO INTERNACIONAL

A PUBLICIDADE DO SAMPAIO CORRÊA FUTEBOL CLUBE X ATUAÇÃO DO ESTADO: UM GOL CONTRA A LIBERDADE

A PROTEÇÃO DE CONSUMIDORES CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM JOGOS ELETRÔNICOS: ESTUDO COMPARADO ENTRE O REGULAMENTO EUROPEU E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A EXIGIBILIDADE DA TENTATIVA PRÉVIA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO E O ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA À LUZ DOS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, INSTRUMENTOS PARA EFETIVA TUTELA DOS DIREITOS DA PESSOA CONSUMIDORA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR DE ALIMENTOS COM CORPOS ESTRANHOS

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DO GÊNERO ALIMENTÍCIO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A AQUISIÇÃO DE ALIMENTOS IMPRÓPRIOS PARA O CONSUMO

COMPLIANCE MÉDICA: NOVA VISÃO DO TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO COM EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA

A SOCIEDADE DO CONSUMO DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL: REFLEXÕES SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, SUPERENDIVIDAMENTO E E-COMMERCE

ANÁLISE DAS PROPOSTAS LEGISLATIVAS SOBRE O SUPERENDIVIDAMENTO E O ENDIVIDAMENTO DE RISCO NO BRASIL

SUPERENDIVIDAMENTO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: LEI Nº 14.181/2021 E O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

O SOLIDARISMO COMO FORMA IDEOLÓGICA DE PROTEÇÃO DO SER HUMANO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

REFLEXÕES À LUZ DA HISTÓRIA SOBRE A DEFESA DO CONSUMIDOR: DA ANTIGUIDADE ATÉ JOHN KENNEDY

Os coordenadores agradecem as contribuições acadêmicas dos autores Andre Quintela Alves Rodrigues, Áurea Moscatini, Clayrtha Raissa Nascimento Goncalves, Cleber Sanfelici Otero, Cristina Anita Schumann Lereno Terzidis, Denise Ribeiro Gasparinho Duailibe Costa, Devanildo de Amorim Souza, Elida De Cássia Mamede da Costa, Enedino Januario De Miranda E Silva, Estéfani Luise Fernandes Teixeira, Fabricio Vasconcelos de Oliveira, Francine Cansi, Gabriela Kalif Lima, Jackeline Prestes Maier, João Gabriel Yaegashi, Karen Lopes Kczam, Letícia Gomes Kieski Klosovski, Lucas Henrique Lopes Dos Santos, Luís Fernando Schiebelbein, Luiz Fernando Afonso, Maria Claudia Ribeiro Quaresma Gomes, Marina Weiss Gonçalves, Maynara Cida Melo Diniz, Monica Teresa Costa Sousa, Nelson Gilmar Tavelin Filho, Oscar Ivan Prux, Osmar Fernando Gonçalves Barreto, Paulo Sergio Velten Pereira, Ronny Max Machado, Rosane Leal Da Silva e Salomão Akhnaton Zoroastro Spencer Elesbon.

Além de se revelar uma rica experiência acadêmica, com debates produtivos e bem-sucedidas trocas de conhecimentos, o Grupo de Trabalho “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo I” também proporcionou um entoadado passeio pelos sotaques brasileiros, experiência que já se tornou característica do CONPEDI pela participação abrangente de pesquisadores de diversas regiões em seus eventos.

Registramos também o importante apoio técnico e a impecável organização do CONPEDI na pessoa da Anelise Dandolini, que acompanhou os trabalhos deste Grupo de Trabalho e atendeu prontamente às demandas dos participantes.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da coordenação desta obra e do CONPEDI, e desejamos a todos uma excelente leitura.

Maringá, Paraná

Marília, São Paulo

Passo Fundo, Rio Grande do Sul

Novembro de 2021

Prof.^a Dr.^a Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro, da Universidade Cesumar (Unicesumar),

Prof.^a Dr.^a Mariana Ribeiro Santiago, da Universidade de Marília (UNIMAR),

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen, da Faculdade Meridional (IMED).

TUTELA DO CONSUMIDOR E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI 13.709/18)

CONSUMER PROTECTION AND THE GENERAL DATA PROTECTION LAW (LAW 13.709/18)

Andre Quintela Alves Rodrigues ¹

Resumo

A edição da LGPD (Lei 13.79/18) reforçou da tutela do consumidor no tratamento de dados pessoais. O artigo retoma o histórico da proteção de dados pessoais no Brasil. Relaciona a proteção de dados pessoais com os direitos da personalidade. Expõe o reconhecimento, pelo STF, do direito fundamental de tratamento de dados pessoais, bem como os princípios relacionados à proteção de dados. Ao final, trata do regime de responsabilidade civil estabelecido na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Palavras-chave: Lei geral de proteção de dados, Direito fundamental de tratamento de dados pessoais, Princípios, Responsabilidade civil

Abstract/Resumen/Résumé

The edition of the LGPD (Law 13.79/18) reinforced the protection of consumers in the treatment of personal data. The article reviews the history of personal data protection in Brazil. It relates the protection of personal data with personality rights. It exposes the recognition, by the STF, of the fundamental right to the treatment of personal data, as well as the principles related to data protection. At the end, it deals with the civil liability regime established in the General Law of Personal Data Protection.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: General law of data protection, Fundamental right of processing personal data, Principles, Civil liability

¹ Especialista, mestre e doutorando em Direito. Juiz do TJSP

1. INTRODUÇÃO

O tratamento de dados pessoais é um dos principais ativos da nova economia digital.

O direito do consumidor foi desenhado a partir da revolução industrial e tecnológica que, a partir do final da segunda guerra, alterou radicalmente a forma do processo produtivo no sentido da produção em massa. Produtos idênticos, padronizadas, alimentaram um amplo mercado anônimo, tornando obsoleta a fabricação artesanal. Nessa oferta do *produto massificado*, as qualidades e particularidades do adquirente perderam cada vez mais significado. Através de estratégias de marketing, publicidade e propaganda, o produto era exaltado para ir ao encontro do cliente anônimo, desindividualizado.

Mas a posse de uma grande conjunto de dados pessoais determinou a transição da a economia de *produção em massa* para uma economia da *especialização flexível*, que desloca a competição exclusivamente baseada em preços pela especialização do produto.

Esse novo modelo foi propiciado pelo forte progresso na área de cálculos, algoritmos, com o aumento da capacidade de processamento e armazenamento da dados (*bigdata*) e com a tecnologia avançada de rede. Isso permitiu às empresas coletar e interligar dados pessoais de maneira expandida para utilizá-los em diversos propósitos. Como exemplo, a segmentação dos consumidores para quem se dirige a oferta, a análise dos riscos de contratação (seleção de risco), a identificação de padrões de consumo conforme o comportamento de compra dos adquirentes, a fixação do preço de produtos ou serviços conforme o lugar em que esteja o consumidor através de técnicas de *geopricing*; a interação em redes sociais, ou a personalização da negociação com consumidores pelo uso de inteligência artificial (os *chatbots*).

Os fornecedores, nesse estágio econômico, não se ocupam mais do consumidor sob o ângulo generalizado. Passam a se ocupar não apenas de atrair consumidores pela publicidade, mas também sua fidelização, buscando identificá-los com determinado produto ou serviço a partir de sua customização para grupos de modo individualizado.

Fala-se agora em um paradigma moderno de *vigilância líquida*¹ e *distribuída*, em *uma sociedade de controle*² que acarreta uma erosão da esfera de controle de dados pessoais, e os respectivos titulares são submetidos a uma condição de hipervulnerabilidade através principalmente da manipulação e modulação das redes sociais.

Diante disso, mesmo práticas aparentemente inofensivas podem acarretar uma interferência prejudicial ao consumidor. Ao perfilar um consumidor como membros de determinado grupo social de esportes radicais, de um lado pode lhe acarretar brindes e promoções ao adquirir produtos relacionados a esses esportes, mas ao mesmo tempo elevar injustificadamente o valor do seguro de veículo de alguém que pode nunca sequer ter cometido uma infração de trânsito.³

O ambiente digital reforçou a posição do fornecedor, conferindo-lhe maior poder contratual. O tratamento de dados pessoais permite antecipar preferências e identificar o perfil do consumidor com quem pretenda contratar, inclusive com a possibilidade de predizer seu comportamento negocial.

Foi nesse contexto que a LGPD foi editada, visando definir marcos envolvendo a utilização econômica da informação decorrente dos dados pessoais e coibir eventuais abusos até então desprovidos de tutela.

2. Histórico da proteção dos bancos de dados no Brasil

Os bancos de dados foram inicialmente criados para análise de crédito.

Em 1955, a Câmara de Dirigentes Lojistas (CDL) de Porto Alegre fundou o primeiro Serviço de Proteção ao Crédito. São Paulo criou uma CDL logo em seguida.

Atualmente existem quase 2.000 Câmaras de Dirigentes Lojistas (CDLs) em todo o País interconectadas e que, juntas, formam o SPC-Brasil.

¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.p. 15.

² SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo. (org.) *A Sociedade de Controle*. São Paulo: Hedra, 2018.

³ EUBANKS, Virginia. *Automating inequality: How high-tech tools profile, police, and punish the poor*. St. Martin's Press, 2018, p. 6.

Ao lado das entidades privadas de proteção ao crédito, o Banco Central do Brasil também atua na área de tratamento de informações para análise de risco de concessão de crédito. Destacam-se três bancos de dados de proteção ao crédito: 1. Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF); 2. Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidades Federais não Quitados (Cadin); 3 Sistema de Informações de Crédito do Banco Central (SCR).

As principais fontes das entidades de proteção ao crédito são os próprios fornecedores, que alimentam os arquivos de consumo com a informação de que certa pessoa tem uma dívida vencida e não paga. Ao lado dessa fonte, tem também as informações extraídas dos Cartórios de Protesto e de Distribuição do Poder Judiciário (ações executivas, de busca e apreensão, falências etc.).

Em 1990 o Código de Defesa do Consumidor disciplinou, de maneira até então inovadora, a tutela de um feixe de dados pessoais do consumidor. Mas o fez de maneira restrita. Tutelou apenas os bancos de dados restritivos de crédito no art. 43.

Em 1997, a antiga Lei das Telecomunicações (Lei 9.472) resguardava os direitos de privacidade e intimidade envolvendo documentos de cobrança e dados manejados pelo prestador de serviço.

Em 2002 o atual Código Civil passou a tratar dos direitos à personalidade e inviolabilidade da vida privada.

A grande maioria das informações registradas é caráter negativo. A partir da Lei 12.414/2011, passou a incluir nos bancos de dados sobre pagamentos de dívidas do consumidor registros positivos relacionados ao histórico de crédito.

Em 2012, a Lei 12.737 (conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”), apesar de envolver matéria penal, ganhou relevância nessa temática, pelo escândalo de vazamento de fotos íntimas dessa atriz.

Em 2014 foi editada a Lei 12.965 para regulamentar o uso da Internet. Nela, a seção II do capítulo III (art.10 a 21) disciplinou a proteção de dados pessoais. Mas o foi de maneira restrita à sua utilização apenas em relação ao fluxo de informações no ambiente da internet e que, hoje, é a que envolve maiores riscos.

Em 12 de novembro de 2014 o STJ decidiu em sede de recurso repetitivo no Resp 1457199/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino⁴, o caso *credit scoring*, que resultou na Sumula 550⁵. Haviam milhares de processos de consumidores requerendo prestação de contas por baixo *scoring*, e pleiteando indenização por dano moral.

3. A PROTEÇÃO DE DADOS E O DIREITO DA PERSONALIDADE

No capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, o art. 5º, inciso X, a CR/88 elenca a garantia da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem da pessoa, reproduzida no art. 7º, I, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), acrescido do inciso XII, que dispõe acerca da inviolabilidade da correspondência, de dados e comunicações.

A implementação desse direito fundamental implica o esvaziamento do viés patrimonialista, considerando que o direito à proteção de dados se refere à proteção da personalidade e não da propriedade.

⁴ RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). TEMA 710/STJ. DIREITO DO CONSUMIDOR. ARQUIVOS DE CRÉDITO. SISTEMA "CREDIT SCORING". COMPATIBILIDADE COM O DIREITO BRASILEIRO. LIMITES. DANO MORAL. I - TESES: 1) O sistema "credit scoring" é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito) 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema "credit scoring", configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados. (...). (REsp 1457199/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014)

⁵ Súmula 550 - A utilização de score de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo. (SÚMULA 550, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 19/10/2015)

Os dados pessoais se destacam cada vez mais como um ativo na economia da informação, com a inteligência gerada pela ciência mercadológica, especialmente quanto à segmentação dos bens de consumo (*marketing*) e sua promoção.

O art. 3º do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) reconheceu como princípio quanto ao uso da Internet, ao lado da proteção da privacidade (inciso II), a proteção aos dados pessoais (inciso III).

O Marco Civil da Internet fazia menções à proteção de dados, mas somente a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18) conferiu proteção ampla a esses direitos.

Nela, o consentimento foi tomado como base para o processamento de dados pessoais. Estes ganharam autonomia em relação à privacidade, à honra, à identidade pessoal e à imagem. Considerando a esfera privada como um conjunto de ações, comportamentos, preferências, opiniões e comportamentos pessoais sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo, essa tutela pressupõe uma autodeterminação informativa.

Os dados e informações pessoais não consubstanciam propriedade do indivíduo, mas partes de sua representação no corpo social. Podem existir interesses gerais preponderantes, baseados na lei ou CR, que demandem seu processamento, fluxo e exposição. Mas a limitação desse direito exige uma base jurídica clara e segura, com providências mínimas de caráter preventivo voltados à segurança dos envolvidos e a diminuição dos riscos à sua personalidade.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS

Em maio de 2020, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6387, 6388, 6389, 6390 3 6393, o STF suspendeu a eficácia da MP 954/2020, através da declaração de inconstitucionalidade, em sede cautelar, do permissivo legal previsto no art. 2º., que autorizava as empresas de telecomunicações compartilharem com o IBGE o nome, número de telefone e endereço dos consumidores de telefonia fixa e móvel.⁶

⁶ MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA

Esse precedente reconheceu uma tutela mais abrangente do que a garantia constitucional até então consagrada do direito à privacidade. O âmbito de proteção desse direito é autônomo e apresenta fisionomia própria. Não se limita aos dados relacionados à intimidade ou privacidade, abrangendo qualquer dado que identifique ou possa identificar um indivíduo.

Nesse julgamento, fez-se referência ao histórico caso analisado pelo Tribunal Constitucional alemão em 1983, em que declarou a inconstitucionalidade da “Lei do Censo”. Nessa ocasião, ficou consagrado *direito de autodeterminação informativa* como projeção do direito geral de personalidade. Essa lei envolvia coleta de informações para efeito da realização de censo populacional, e se houvesse recusa em fornecê-las acarretavam sanções. O Tribunal reconheceu o direito do indivíduo de poder decidir ele próprio sobre o fornecimento e utilização de seus dados por terceiros, o que só poderia ser limitado por razões de interesse público.⁷

Posteriormente, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia fr 2000 reconheceu a proteção de dados como um direito autônomo. Essa norma colimou na autonomia definitiva, em âmbito europeu, do conceito de privacidade em relação à

INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais não de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. 3. O Regulamento Sanitário Internacional (RSI 2005) adotado no âmbito da Organização Mundial de Saúde exige, quando essencial o tratamento de dados pessoais para a avaliação e o manejo de um risco para a saúde pública, a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam “adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito” e “conservados apenas pelo tempo necessário.” (artigo 45, § 2º, alíneas “b” e “d”). 4. Consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, não emerge da Medida Provisória nº 954/2020, nos moldes em que editada, interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários dos serviços de telefonia. 5. Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP nº 954/2020 desatende a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), na dimensão substantiva, por não oferecer condições de avaliação quanto à sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao [...] (ADI 6387/STF, Rel. Rosa Weber, Pleno, 07/05/2020)

⁷ BVerfGE65, 1, “Recenseamento” (Volkzählung). In: MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

proteção de dados. Nela, a proteção de dados encontra-se ligada ao corpo eletrônico da pessoa humana, tratado no artigo 8º da Carta, em contraposição ao corpo físico, ligado à integridade da pessoa (artigo 3º).

Trilhando a mesma linha, o STF mencionou o conceito de *autodeterminação informativa*, já previsto na Lei 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados), o que privilegia o consentimento do cidadão no controle de seus dados, legitima o uso pela constatação de finalidades legítimas para o seu processamento, assim como a necessidade de implementação de medidas de segurança para esse fim.

O conceito normativo de *autodeterminação informativa* assume dupla dimensão: a) como *dimensão subjetiva*, relaciona-se à liberdade negativa do cidadão oponível ao Estado, ao demarcar o espaço individual de não intervenção estatal; b) como *dimensão objetiva*, estabelece um dever de atuação estatal protetiva no sentido de estabelecer condições e procedimentos aptos a garantir o exercício e a fruição desse direito fundamental. Diante disso, o Legislador passa a ter o ônus de apresentar uma justificativa constitucional para qualquer intervenção que de algum modo afete a autodeterminação informacional.

Esse status de direito fundamental conferiu à proteção de dados pessoais um papel destacado no tocante à articulação do direito privado diante dos interesses passíveis de tutela no contexto informacional. Nessa esteira, o acréscimo normativo ainda deixa mais clara a incidência dos dispositivos da lei aos afazeres e às atividades do Poder Público. Com isso, consagrou a obrigatoriedade de sua observância em todas as esferas.

5. PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PRESTAÇÃO DE CONTAS

O art. 6º. da Lei 13.709/18 (LGPD) elencou um rol de princípios pertinentes à proteção de dados. São eles:

a) Boa-fé.

Corresponde a deveres de conduta contratuais, de natureza secundária, lateral, anexa ou instrumental. No caso das relações de consumo, abrangem informação correta, esclarecimento, lealdade e assistência, em coerência ao que anteriormente previsto nos arts. 4º, III e 51, IV, da Lei 8.078/90, em diálogo de fontes com os art. 113,

187 e 422 do Código Civil. É prevista no art. 7º, § 3º⁸ e art. 52, § 1º, II, da LGPD, em que caracteriza critério para a aplicação de sanções administrativas.

b) Finalidade.

Todo procedimento ligado ao sistema de tratamento de dados, automatizado ou não, deve ser realizado exclusivamente no propósito de atingir os objetivos estabelecidos ao sistema. Para isso, utiliza-se dos critérios de proporcionalidade e de adequação entre os meios e os fins no que se refere à coleta, armazenamento, conservação, uso e comunicação dos dados.

Previsto no art. 6º, I, da LGPD e, em relação aos dados sensíveis, no art. 7º., esse princípio fundamenta a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além de estruturar um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados a uma certa finalidade. Isso justifica uma limitação da coleta e armazenamento de dados, de modo que tais procedimentos devem sempre se limitar às informações estritamente necessárias à finalidade da operação.

c) Princípio da adequação.

Definido no artigo 6º, II, da LGPD, relaciona-se ao procedimento empregado para chegar à finalidade pretendida. Visa preservar a vinculação necessária entre a finalidade de utilização dos dados informada ao titular e seu efetivo atendimento na realização concreta do tratamento dos dados. Vincula-se diretamente ao consentimento dado pelo titular para o tratamento dos dados ou às demais finalidades legais admitidas, que deverão ser informadas, lado a lado com a situação de confiança que se cria a partir do estrito atendimento nos termos da informação prévia ao consentimento ou ao uso informado.

d) Princípio da necessidade.

Previsto no artigo 6º, III, da LGPD: *limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados*. A partir dele, o uso dos dados pessoais deve se restringir ao mínimo necessário que atenda aos fins de consentimento do titular e finalidade legítima, observada a adequação entre meios e fins, de maneira pertinente, proporcional e não excessiva.

⁸ art. 7º, § 3º: O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização.

e) Princípio do livre acesso.

Pelo art. 6º, IV, da LGPD, consubstancia o livre acesso na *garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais.*

Visa resguardar a participação dos titulares dos dados no seu tratamento, expressa na exigência de consentimento e na possibilidade de conhecimento sobre a forma e a extensão em que se desenvolve tal atividade. Abrange a possibilidade de obter cópia dos registros existentes, bem como corrigir informações incorretas ou imprecisas, podendo acrescentar dados verdadeiros que possam favorecer seu interesse.⁹

O art. 9º da LGPD faz referência ao livre acesso às informações sobre o tratamento dos dados pelo titular. Devem ser disponibilizadas de maneira clara, adequada e ostensiva para que, entre outras características previstas em regulamento, sejam observadas: I – a finalidade específica do tratamento; II – a forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III – a identificação do controlador; IV- as informações de contato do controlador; V – informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VI – responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII – direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 da LGPD.

A violação do direito de acesso aos dados pode se caracterizar pela recusa e também pela imposição de obstáculos ao acesso, exigindo que o consumidor se reporte a diferentes pessoas ou setores distintos para obter a informação, o que lhe acarreta um ao exercício do direito, ao retardar injustificadamente seu acesso.¹⁰

f) Princípio da qualidade dos dados.

O art. 6º, V da LGPD prevê a *garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento.*

⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. *A LGPD e a sua principiologia*. In Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 1027. São Paulo: RT, 2021. P. 231.

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *A LGPD e o Direito do Consumidor*. in Revista de Direito do Consumidor. vol. 109. São Paulo: RT, 2019. p. 183.

g) Princípio da transparência.

O art. 6º, VI, da LGPD conceitua esse princípio como a *garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial.*

Nessa ideia, todo sistema de coleta, registro, tratamento, processamento, transmissão e de banco de dados deve ser do conhecimento público. Isso significa que todos, ou ao menos aqueles cujos dados tenham sido coletados, registrados, tratados, processados, transmitidos ou armazenados em bancos, devem e podem ter ciência do tipo de informação envolvida, bem como da finalidade da operação envolvida, seja através de publicações periódicas de relatórios pelas unidades de processamento, ou pela disponibilização dos dados, de forma on-line ou não, em escritórios especializados ou até mesmo em bibliotecas e livrarias.¹¹

O princípio da transparência é concretizado a partir de exigências relacionadas ao responsável pela coleta, registro, tratamento, processamento, transmissão e manutenção de bancos de dados, tais como: a) exigência de que peça autorização prévia para o funcionamento de qualquer sistema com essa finalidade; b) exigência do registro da instalação do sistema; c) exigência de relatórios periódicos das atividades, contendo a existência e a natureza de suas atividades, especificando o tipo de informação armazenada, os procedimentos adotados, as formas de recuperação, o acesso, a retenção e a disponibilização dos dados armazenados, a finalidade do armazenamento, as pessoas envolvidas, os estabelecimentos para os quais regularmente serão transmitidos ou comunicados os dados e o tipo de dado que será comunicado; d) exigência da ciência dos envolvidos; as pessoas cujos dados estejam sendo coletados ou tratados devem ser cientificadas do assunto. O órgão responsável pela coleta, registro, tratamento, processamento, transmissão e manutenção de bancos de dados deve prestar esclarecimentos à pessoa submetida à coleta de informações com relação ao caráter facultativo ou obrigatório das respostas, as consequências de uma ausência de resposta, os destinatários das informações e a existência do direito de acesso e de retificação.

¹¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. P. 509;

h) Princípio da segurança.

A segurança é definida pelo artigo 6º, VII, da LGPD como a *utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.*

Trata-se de um desdobramento da segurança exigida do fornecedor em face da pessoa e do patrimônio do consumidor, cuja violação ocasiona a responsabilidade objetiva pelos danos causados, inclusive na hipótese de os dados serem acessados sem autorização ou acidentalmente.

O artigo 44 dispõe que *o tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes.* Já o art. 46 e seguintes dispõem de regras sobre segurança e boas práticas.

i) Princípio da prevenção.

O princípio da prevenção foi delimitado no art. 6º, VIII, da LGPD como a *adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.*

j) Princípio da não discriminação.

É previsto no art. 6º, IX, da LGPD como a *impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.*

Essa norma veda condutas ilegítimas que violem a neutralidade da Internet (art. 9º do Marco Civil), tais como o *geopricing*, que precifica a oferta, ou o *geoblocking*, que impede o acesso dos consumidores a determinados bens e serviços conforme sua localização geográfica.

No ambiente virtual, contudo, em que as ofertas e o marketing utilizam-se de inteligência artificial, a discriminação determinada por preços ou geolocalização ao consumidor, lançado no ambiente virtual em condição de hipervulnerabilidade informacional, não é feita de forma clara e transparente, o que dificulta e pode até impossibilitar a identificação e indenização de eventuais danos decorrentes dessas práticas.

Vale lembrar que a vedação à discriminação, resultante de diferenciações injustificadas, encontra suporte direto na Constituição da República ao dispor, no art. 3º, inciso IV, a proibição de preconceitos relativos à origem, raça, sexo, cor e idade. Na mesma linha, dispõe o art. 5º, VIII da CR/88 que *ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política*.

É o caso ainda de discriminação em virtude de critérios que não estejam em acordo com a finalidade para a qual se realize determinada diferenciação, como aquela que envolva dados sensíveis. Como exemplo, a recusa de fornecimento de produto ou serviço a qualquer pessoa em razão de sua orientação sexual, credo ou raça, ou ainda cobrança de preços diferenciados para homens e mulheres em casas noturnas.

Entre os instrumentos previstos no artigo 20 da LGPD para impedir o tratamento de dados discriminatório está a previsão do direito do titular dos dados de revisão das decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

k) Princípio da responsabilização e prestação de contas.

Pelo art. 6º, X, da LGPD, exige-se a comprovação *pelo agente da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas*.

No âmbito coletivo, haverá a responsabilização e prestação de contas nos casos de interesse difuso, direito coletivo ou direito individual homogêneo, na forma do artigo 6º, VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor.

O artigo 42 da LGPD prevê a responsabilidade do controlador e do operador que, em razão do tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais.

Seguindo essa linha, a LGPD, o art. 50 dispôs acerca da obrigatoriedade de programas de *compliance* em relação aos agentes de tratamento de dados. Em especial os controladores e operadores, com a adoção de um programa de governança que atenda a requisitos como as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, inclusive reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as

ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.¹²

6. RESPONSABILIDADE CIVIL NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

A lei não definiu de maneira clara os riscos ou a ameaça relevante envolvendo dados pessoais. Se o vazamento é considerado relevante, terá de comunicar os órgãos de dados e apresentar um plano de mitigação de recorrência.

Mas se o agente considera que um incidente envolvendo vazamento de dado não é relevante para adotar maiores medidas, tem o dever de documentar e justificar o motivo de não considera-lo relevante.

A dificuldade é que os corretores de dados trabalham em ambientes pouco transparentes. Os consumidores não têm acesso ao modo como eles de coletam, analisam e vendem suas informações. Na prática esses dados são oferecidos a critério das empresas.

A *ratio* subjacente ao regime geral da responsabilidade civil de que quanto maior o risco e o proveito econômico envolvido, mais reforçado é o dever correlato, também se aplica no âmbito da proteção de dados. Isso serve de guia para orientar os agentes onde deve haver a priorização, principalmente quando envolvidos dados sensíveis como informações à saúde.

O art. 50 da LGPD estabelece a obrigação das empresas de adotarem boas práticas e um programa de governança.

Já no art. 52 foi estabelecida uma série de sanções administrativas no art. 52.

O art. 42 da LGPD fixa um regime de responsabilidade civil dos controladores ou operadores que no tratamento de dados pessoais venham a causar danos. Essa regra se sobrepõe à regra do art. 19 do Marco Civil da Internet.

Dada a ausência de previsão expressa, a natureza dessa responsabilidade, se subjetiva ou objetiva, ainda é controversa. Prevalece que a responsabilidade é objetiva, especialmente nas relações de consumo em que essa é a regra geral.

¹² MARTINS, Guilherme Magalhães. *A LGPD e a sua principiologia*. In Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 1027. São Paulo: RT, 2021. p. 224.

Parte da doutrina defende que a responsabilização pelo vazamento de dados não toma por base o fato do serviço e do produto do art. 12, mas o art. 6.º, inciso VI, que é direito básico do consumidor a “efetiva prevenção e reparação de danos morais e materiais”.¹³ E nem envolve lesão a consumidor por equiparação.

A partir de 2001 o STJ, ao tratar de registro irregular, por envolver ações do fornecedor e entidade de proteção ao crédito, fixou a solidariedade pelos danos causados ao consumidor, com base no art. 7.º, parágrafo único do CDC.

Mas em 2008 editou a sumula 359: estabeleceu limitações quando o fundamento da ação fosse a falta da comunicação prevista no art. 43, § 2.º, do CDC.

Nesse caso, se o registro indevido se baseia unicamente na ausência de comunicação ao consumidor, somente a entidade de proteção ao crédito é responsabilizada.

Após a Lei 12.414/2011 tem sido defendida nesse caso a solidariedade, mas a jurisprudência segue aplicando a sumula.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tratamento de dados pessoais é um dos principais ativos da nova economia digital. Passou a ser consagrado como um direito autônomo ao da privacidade, e como um direito da personalidade. Os dados pessoais tornam-se ativo ofertado pelo consumidor em troca de serviços com a aparência de gratuitos, mas que implicam uma onerosidade indireta decorrente da exigência de consentir em prestar dados como condição de acesso a serviços. O tratamento de dados pessoais permite antecipar preferências e identificar o perfil do consumidor com quem pretenda contratar, inclusive com a possibilidade de predizer seu comportamento negocial. Nas relações de consumo, a aplicação da LGPD deve ser combinada em diálogo de fontes com o Código de Defesa do Consumidor, diante da previsão contida no art. 64 dessa lei.

A Lei Geral de Proteção de Dados conferiu maior proteção ao direito da personalidade, considerando as transformações operadas pelas novas tecnologias da informação e da internet, que abrangem praticamente todas as dimensões da vida em

¹³ BESSA, Leonardo Roscoe. *Responsabilidade Civil dos Bancos dos dados de proteção ao crédito*. In Revista de Direito do Consumidor. vol. 92. São Paulo: RT, 2014. p. 55.

sociedade. No âmbito das relações de consumo, sua repercussão deve ser tomada sempre de modo a assegurar a efetividade dos direitos do consumidor.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Raphael. *Algumas reflexões da LGPD nas relações interempresariais e as possíveis formas de gerenciamento de riscos relacionados à responsabilização solidária*. In Revista de Direito e as Novas Tecnologias. Vol. 8. São Paulo: RT, 2020.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.p. 15.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Responsabilidade Civil dos Bancos dos dados de proteção ao crédito*. In Revista de Direito do Consumidor. vol. 92. São Paulo: RT, 2014. p. 49-73.
- CRESPO, Danilo Lemo. *A Evolução Legislativa Brasileira sobre Proteção de Dados Pessoais: a importância da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Revista de Direito Privado. Vol. 98, 2019. P. 161-186. Mar – abr/ 2019.
- DONEDA, Danilo. *Comentários à LGPD e o novo paradigma da proteção de dados*. Revista de Direito Privado. Vol. 98. São Paulo: RT, 2019. p. 161-186.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. *A LGPD e a sua principiologia*. In Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 1027. São Paulo: RT, 2021. P. 203-243.
- MENDES, Laura Scherte. *Comentário à nova LGPD: o novo paradigma da proteção de dados no Brasil*. In Revista de Direito do Consumidor. vol. 120. São Paulo: RT, 2018. p. 555-587.
- MIRAGEM, Bruno. *A LGPD e o Direito do Consumidor*. in Revista de Direito do Consumidor. vol. 1009. São Paulo: RT, 2019. p. 173-222.
- MIRAGEM, Bruno. *O contrato de seguro e a LGPD*. In Revista de Direito do Consumidor. vol. 1018. São Paulo: RT, 2020. p. 61-106.
- OLIVEIRA, Ricardo Alexandre. *LGPD e seus impactos no ordenamento jurídico*. Vol. 998. São Paulo: RT, 2018.p. 241-261.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo. (org.) *A Sociedade de Controle*. São Paulo: Hedra, 2018.