

**II CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITO E INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL**

**TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS, DIREITO E
PROTEÇÃO DE DADOS I**

T255

Tecnologias Disruptivas, Direito e Proteção de Dados - I [Recurso eletrônico on-line]
organização Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial: Skema
Business School – Belo Horizonte;

Coordenadores: Lorena Muniz e Castro Lage; Yuri Nathan da Costa Lannes;
Marco Antônio Sousa Alves. – Belo Horizonte:Skema Business School, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-272-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br

Tema: Um olhar do Direito sobre a Tecnologia

1. Direito. 2. Inteligência Artificial. 3. Tecnologia. II. Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial (1:2021 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

skema
BUSINESS SCHOOL

II CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS, DIREITO E PROTEÇÃO DE DADOS I

Apresentação

Renovando o compromisso assumido com os pesquisadores de Direito e tecnologia do Brasil, é com grande satisfação que a SKEMA Business School e o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito apresentam à comunidade científica os 12 livros produzidos a partir dos Grupos de Trabalho do II Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial (II CIDIA). As discussões ocorreram em ambiente virtual ao longo dos dias 27 e 28 de maio de 2021, dentro da programação que contou com grandes nomes nacionais e internacionais da área em cinco painéis temáticos e o SKEMA Dialogue, além de 354 inscritos no total. Continuamos a promover aquele que é, pelo segundo ano, o maior evento científico de Direito e Tecnologia do Brasil.

Trata-se de coletânea composta pelos 255 trabalhos aprovados e que atingiram nota mínima de aprovação, sendo que também foram submetidos ao processo denominado double blind peer review (dupla avaliação cega por pares) dentro da plataforma PublicaDireito, que é mantida pelo CONPEDI. Os oito Grupos de Trabalho originais, diante da grande demanda, se transformaram em doze e contaram com a participação de pesquisadores de vinte e um Estados da federação brasileira e do Distrito Federal. São cerca de 1.700 páginas de produção científica relacionadas ao que há de mais novo e relevante em termos de discussão acadêmica sobre a relação da inteligência artificial e da tecnologia com os temas acesso à justiça, Direitos Humanos, proteção de dados, relações de trabalho, Administração Pública, meio ambiente, formas de solução de conflitos, Direito Penal e responsabilidade civil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de 36 proeminentes professoras e professores ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores. Cada livro desta coletânea foi organizado, preparado e assinado pelos professores que coordenaram cada grupo. Sem dúvida, houve uma troca intensa de saberes e a produção de conhecimento de alto nível foi, mais uma vez, o grande legado do evento.

Neste norte, a coletânea que ora torna-se pública é de inegável valor científico. Pretende-se, com esta publicação, contribuir com a ciência jurídica e fomentar o aprofundamento da relação entre a graduação e a pós-graduação, seguindo as diretrizes oficiais. Fomentou-se, ainda, a formação de novos pesquisadores na seara interdisciplinar entre o Direito e os vários

campos da tecnologia, notadamente o da ciência da informação, haja vista o expressivo número de graduandos que participaram efetivamente, com o devido protagonismo, das atividades.

A SKEMA Business School é entidade francesa sem fins lucrativos, com estrutura multicampi em cinco países de continentes diferentes (França, EUA, China, Brasil e África do Sul) e com três importantes creditações internacionais (AMBA, EQUIS e AACSB), que demonstram sua vocação para pesquisa de excelência no universo da economia do conhecimento. A SKEMA acredita, mais do que nunca, que um mundo digital necessita de uma abordagem transdisciplinar.

Agradecemos a participação de todos neste grandioso evento e convidamos a comunidade científica a conhecer nossos projetos no campo do Direito e da tecnologia. Já está em funcionamento o projeto Nanodegrees, um conjunto de cursos práticos e avançados, de curta duração, acessíveis aos estudantes tanto de graduação, quanto de pós-graduação. Em breve, será lançada a pioneira pós-graduação lato sensu de Direito e Inteligência Artificial, com destacados professores da área. A SKEMA estrutura, ainda, um grupo de pesquisa em Direito e Inteligência Artificial e planeja o lançamento de um periódico científico sobre o tema.

Agradecemos ainda a todas as pesquisadoras e pesquisadores pela inestimável contribuição e desejamos a todos uma ótima e proveitosa leitura!

Belo Horizonte-MG, 09 de junho de 2021.

Prof^a. Dr^a. Geneviève Daniele Lucienne Dutrait Poulingue

Reitora – SKEMA Business School - Campus Belo Horizonte

Prof. Dr. Edgar Gastón Jacobs Flores Filho

Coordenador dos Projetos de Direito da SKEMA Business School

AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO ESCLARECIDO DO CONSUMIDOR PARA TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS: ABORDAGEM À LUZ DA CLICKWRAP

ABSENCE OF INFORMED CONSUMER CONSENT FOR THE TREATMENT OF SENSITIVE PERSONAL DATA: APPROACH IN THE LIGHT OF CLICKWRAP

José Henrique de Oliveira Couto ¹

Resumo

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que há ausência de consentimento esclarecido do consumidor para empresários digitais tratar seus dados pessoais sensíveis, quando o contrato eletrônico é estabelecido através de click na clickwrap. Assim, utilizando o método hipotético-dedutivo, com investigações de leis e doutrinas, se alcança a conclusão de que os consumidores, ao estabelecerem contratos eletrônicos pela clickwrap, não prestam um verdadeiro consentimento para os empresários digitais coletarem, armazenarem e compartilharem suas informações personalíssimas.

Palavras-chave: Dados pessoais sensíveis, Consentimento esclarecido, Clickwrap, Contratos eletrônicos, Consumidor

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of the present work is to demonstrate that there is no informed consumer consent for digital entrepreneurs to treat their sensitive personal data, when the electronic contract is established through click on clickwrap. Thus, using the hypothetical-deductive method, with investigations of laws and doctrines, the conclusion is reached that consumers, when establishing electronic contracts through clickwrap, do not provide a true consent for digital entrepreneurs to collect, store and share their very personal information.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sensitive personal data, Informed consent, Clickwrap, Electronic contracts, Consumer

¹ Graduando em direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Editor de qualidade da Revista Dizer (UFC). Membro da Comunidade Internacional de Estudos em Direito Digital.

INTRODUÇÃO

Os dados pessoais sensíveis, enquanto informações dos consumidores que revelam aspectos íntimos e ínfimos, bem como os aspectos físicos, morais e psíquicos, são objetos dos seguintes tratamentos, por parte dos empresários que atuam na *internet*: coleta, armazenamento e compartilhamento (SILVA, 2016, p. 78).

Este fenômeno ocorre porque o consumidor, ao estabelecer um contrato eletrônico pela *clickwrap*, concede, para o empresário digital, uma equivocada permissão para que suas informações personalíssimas sensíveis sejam tratadas. Tal fato jurídico tem existência pelo *click* na *clickwrap*, por parte do sujeito vulnerável economicamente, representar um negócio jurídico com dois objetos, sendo um pessoal (dados) e outro econômico (contratação de produto ou serviço).

O consumidor, na maioria das vezes, almeja adquirir um produto ou serviço, não ter seus dados pessoais sensíveis sendo objetos de negócios jurídicos eletrônicos. Ao celebrar um contrato à distância pelo *click* no mouse, portanto, o consumidor está visando contratar um bem ou um serviço, porém, automaticamente, acaba concedendo, por força da dualidade dos objetos de tal negócio jurídico, não do consentimento inequívoco, a permissão ao empresário digital para tratar suas informações vulneráveis (COUTO; COELHO, 2021, n. p).

É neste contexto que surge a problemática do trabalho, que pode ser desdenhada a partir da seguinte indagação: Existe consentimento inequívoco e cristalino do consumidor para o empresário digital tratar suas informações pessoais frágeis, quando o negócio jurídico, com um objeto pessoal e outro econômico, for celebrado pelo *click* na *clickwrap*.

Este problema advém do objetivo geral do trabalho, que consiste em demonstrar que não há um consentimento inequívoco e esclarecido do consumidor para suas informações pessoais sensíveis serem tratadas, por parte dos empresários que atuam na *internet*, quando o contrato for estabelecido com o *click* na *clickwrap*. Enquanto objetivos específicos, este trabalho analisará o que são os dados pessoais sensíveis dos consumidores, principalmente sobre o ângulo da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD); e como tais dados são coletados, armazenados e partilhados pelos empresários digitais.

Para melhor compreensão da temática, o presente projeto se estruturará no método de abordagem hipotético-dedutivo, com intensas investigações de doutrinas, artigos científicos e legislações nacionais.

1 DEFINIÇÃO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS DE CONSUMIDORES: ANÁLISE À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD)

Os dados sensíveis de consumidores são informações 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”, conforme o artigo 5º, inciso II, da LGPD (BRASIL, 2018).

Justamente por isso, José Faleiros Júnior ensina que tais informações sensíveis de consumidores estão “relacionadas a características da personalidade do indivíduo e às suas escolhas pessoais” (2019, p. 214-215). Em outros termos, os dados pessoais sensíveis dos consumidores revelam características ínfimas e íntimas, no sentido de identificar seus gostos, preferências, orientações, desejos, vontades e ambições, ou seja, os aspectos ínfimos e íntimos são conteúdos com estruturas sociais; e também demonstram suas características morais, psicológicas e físicas.

Tais informações personalíssimas sensíveis dos consumidores relevam características extremamente privadas, as quais trazem consigo uma carga de subjetividade particular, isto é, são configuradas como “reflexos pessoais capazes de nos identificar em nossas particularidades e enquanto” agentes econômicos (COSTA; OLIVEIRA, 2019, p. 32).

Em uma análise à luz da LGPD, portanto, os dados sensíveis dos consumidores demonstram umbilicais relações informativas sociais e genéticas, de tal sorte que merecem serem protegidas contra indevidos tratamentos, por parte de empresários digitais, especialmente quando a *clickwrap*, no mais das vezes, não representa a cristalina vontade daquele em ter seus dados sensíveis enquanto objetos pessoais, afinal estabeleceu um pacto jurídico para aquisição de bens ou serviços.

2 FENÔMENO DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS DOS CONSUMIDORES PELOS EMPRESÁRIOS DIGITAIS: ANÁLISE À LUZ DA *CLICKWRAP*

Com elevada lucidez, Cíntia Rosa Lima sacramenta que os contratos eletrônicos são formados com toques no mouse, afinal a manifestação de vontade é externada pela *clickwrap* (LIMA, 2021, p. 134-36). A *clickwrap*, em precisos termos, não é apenas um *prompt* digital formado por *bytes*, cujo formato pode ser retangular, quadrado ou redondo, mas sim uma

verdadeira ferramenta para celebração de contratos eletrônicos (OBAR; OELDORF-HIRSCH 2018, p. 01).

A *prima facie*, ao estabelecer repetidos *cliques* no mouse, o consumidor acaba se vinculando em uma extensa cadeia de direitos e deveres econômicos. O vulnerável economicamente se vinculou ao pacto jurídico porque almejou adquirir um produto ou serviço, especialmente por ser mais fácil, ágil e barato - essa é a regra. *A posteriori*, tem-se que o consumidor também obrigou suas informações personalíssimas sensíveis, porquanto seu *click* concederá presunção de permissão para o empresário digital fazer tratativas, tais como coleta, guarda e partilha.

Portanto, o *click* do consumidor representa um negócio jurídico com dois objetos, sendo o primeiro de cunho econômico (contratação de bem ou serviço) e o segundo de cunho pessoal (dado pessoal sensível ser tratado). Quando o consumidor fornece repetitivos cliques para formação do negócio jurídico, seus dados pessoais, em um efeito dominó, ficam vinculados para o empresário digital tratá-los.

Além de a *clickwrap* ser uma ferramenta para celebração de contratos eletrônicos, como já descrito, também é um instrumento que coloca o consumidor em uma situação ainda mais delicada, porquanto suas informações pessoais sensíveis podem ser coletadas e compartilhadas, por parte dos empresários digitais, seja para criação de publicidades ou fomento de tendências no mercado (SILVEIRA, 2017, p. 19) - e isto ocorre porque o mesmo forneceu um *click*, *click* este que, infelizmente, gera a presunção de que aquele está concordando com o combo de termos e condições, incluindo aí os relativos aos tratamentos de dados frágeis.

Para específicos tratamentos de dados pessoais sensíveis de consumidores, a LGPD sacramenta que o empresário digital deve obter o consentimento, que é uma “manifestação livre, informada e inequívoca” (BRASIL, 2018). O consumidor estabelece um contrato eletrônico na intenção inequívoca de munir-se com um bem ou um serviço, não colocar seus dados pessoais para serem objetos pessoais, ou seja, o *click* na *clickwrap*, por parte do consumidor, representa a manifestação livre, informada e inequívoca para aquisição dum objeto ou serviço, não fornecimento de seus dados pessoais.

Assim, ao concordar, com combos de cliques, com os “termos e condições”, palavras estas que podem se revestir com as roupagens de “*i agree to the terms and conditions*” ou “*de acuerdo con los términos y condiciones*”, o consumidor tanto alcança o objeto econômico do pacto jurídico digital, quanto cria a presunção de consentir para que seus dados sensíveis

sejam tratados pelos empresários que atuam na *internet* (OBAR; OELDORF-HIRSCH, 2018, p. 01).

Por todo o exposto, percebe-se que o consumidor está prestando um consentimento livre, inequívoco e informado para adquirir um produto ou serviço, não deixar agentes econômicos tratarem seus dados pessoais sensíveis. Neste sentido, Gastón Quiñones e Agustín Figueroa sacramentam que o consumidor, ao celebrar um contrato eletrônico pelo *click*, fica com sua privacidade prejudicada negativamente, no sentido de seus dados pessoais sensíveis poderem ser tratados pelos empresários digitais; e isto ocorre mesmo com a falta do consentimento esclarecido, porquanto o vulnerável ambiciona adquirir um serviço ou produto, não ter seus conteúdos particulares sendo alvos de ações humanas (2018, p. 57-58).

Portanto, por ter fornecido um *click* na *clickwrap*, o consumidor gera a presunção de consentir, de modo inequívoco, informado e esclarecido, para que o empresário digital colete, armazene e partilhe seu rol de dados pessoais sensíveis, entretanto aquele, em realidade, está fornecendo o elemento volitivo para aquisição dum produto ou serviço.

3 AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO ESCLARECIDO DO CONSUMIDOR PARA TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS PELOS EMPRESÁRIOS DIGITAIS: COMENTÁRIOS À LUZ DA *CLICKWRAP*

Para os empresários digitais tratarem os dados pessoais sensíveis de consumidores, devem obter uma vontade “explicitada de forma livre, sem embaraços, não podendo estar impregnada de malícia ou vício” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 623). É que sendo o rol de dados pessoais sensíveis dos consumidores um objeto do contrato eletrônico, *ter-se-á* a necessidade do empresário digital obter um consentimento inequívoco e esclarecido, para tratar os dados frágeis daquele.

Ao fornecer um *click* na *clickwrap*, o consumidor ambiciona satisfazer alguma vontade ou desejo adquirindo um produto ou serviço, entretanto, por força das cláusulas afastadas do respeito à privacidade, acaba vinculando seus dados sensíveis, porque há a presunção de que está consentindo, com clareza, para o empresário digital fazer as devidas tratativas.

Em realidade, o destinatário final de produtos ou serviços está apenas ambicionando adquirir o objeto econômico (produto ou serviço). Neste sentido, Robert Lee pondera: “quer seja executado eletronicamente ou por meio de um documento físico, uma transação [...] requer uma manifestação de acordo entre as partes” (2007, p. 411-412). Há consentimento

esclarecido e sem embaraço do consumidor para munir-se com um bem ou um serviço, não para ter suas informações sensíveis como objetos secundários e pessoais para os empresários.

Nesta trilha, Charles MacLean sacramenta que o contrato à distância, que é formado por repetitivos cliques, deixa o consumidor ainda mais vulnerável, porque lhe alavanca uma exclusiva e única possibilidade, a de adquirir um serviço ou produto e, ao mesmo tempo, deixar, por força meramente duma presunção, não de uma inequívoca vontade, os empresários digitais tratarem seus dados pessoais sensíveis (2017, p. 46).

É neste contexto que está o impasse, porque o consumidor não fornece um consentimento esclarecido pela *clickwrap*, para empresários digitais tratarem seus conteúdos particulares, mas sim para se vincular em uma cadeia de direitos e deveres econômicos. Em termos precisos, com o *click* na *clickwrap*, o consumidor, na maioria das vezes, não consente para empresários digitais tratarem seus dados pessoais (objeto pessoal), mas sim para adquirir um serviço ou bem.

Por todo o exposto, percebe-se que existe ausência de consentimento esclarecido do consumidor para empresários digitais tratarem seus dados pessoais de naturezas sensíveis, tendo em vista que, ao concordar com os termos e condições do contrato eletrônico, através da *clickwrap*, há a presunção de que todas as cláusulas pessoais e econômicas estão sobre égide do elemento volitivo.

CONCLUSÕES

Os consumidores e empresários digitais estão deixando as canetas e os rios de tintas nas gavetas, e adotando repetitivos cliques para estabelecimento de negócios jurídicos eletrônicos. Enquanto efeito dominó, acabam se envolvendo em um contrato com peculiaridades específicas, principalmente a que diz respeito aos objetos pessoais e econômicos.

Isto porque, quando o consumidor dá um *click* na *clickwrap*, o contrato à distância, com seus objetos pessoais (dados sensíveis) e econômicos (contratação de produtos ou serviços), tem existência, produzindo efeitos no tecido social. E tal fato jurídico ocorre porque o *click* representa apenas a presunção de consentimento do consumidor com todos os termos e condições.

Ainda assim, se tem que consumidor estabelece um negócio jurídico eletrônico para adquirir um produto ou um serviço, de tal sorte que seu elemento volitivo esclarecido e cristalino está em consonância com tal objeto econômico; mas, por consequência do *click*

representar a presunção de consentimento da cadeia de direitos e deveres, o mesmo acaba vinculando seus dados pessoais sensíveis como objetos secundários e pessoais.

Partindo daí, o presente trabalho está com a conclusão de que existe ausência de consentimento esclarecido do consumidor para que seus dados pessoais sensíveis sejam tratados pelos empresários digitais, em virtude do *click* na *clickwrap* representar, geralmente, a intenção da aquisição dum bem ou serviço.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 29 mar. 2021.

COSTA, Ramon Silva; OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de. Os direitos da personalidade frente à sociedade de vigilância: privacidade, proteção de dados pessoais e consentimento nas redes sociais. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, v. 5, n. 2, p. 22-41, 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/5778/pdf>. Acesso em: 30 mar. 2021.

COUTO, José Henrique de Oliveira; COELHO, Luciana Zacharias Gomes Ferreira. A monitoração eletrônica e o silêncio do consumidor como manifestação de recusa na coleta de dados pessoais. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 10, n. 4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan./mar, 2021. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2021-3345>. Acesso em: 06 maio 2021.

DICKENS, Robert Lee. Finding Common Ground in the World of Electronic Contracts: The Consistency of Legal Reasoning in Clickwrap Cases. *Marquette Intellectual Property Law Review*, v. 11, n. 2, 2007. Disponível em: <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1098&context=iplr>. Acesso em: 01 fev. 2021

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A tutela jurídica dos dados pessoais sensíveis à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: João Victor Rozatti Longhi. *Estudos Essenciais de Direito Digital*. Uberlândia: Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

Lima, Cíntia Rosa Pereira de. Contratos de adesão eletrônicos (“shrink-wrap” e “click-wrap”) e termos e condições de uso (“browse-wrap”). *Revista de Direito do Consumidor*, v. 133, n. 30, p. 109-154, 2021.

MACLEAN, Charles E. It Depends: Recasting Internet Clickwrap, Browsewrap, I Agree, and Click-through Privacy Clauses as Waivers of Adhesion. *Cleveland State Law Review*, v. 65,

n. 1, 2017. Disponível em: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol65/iss1/7/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

OBAR, Jonathan A.; OELDORF-HIRSCH, Anne. *The Clickwrap: A Political Economic Mechanism for Manufacturing Consent on Social Media*. Social Media + Society, 2018. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2056305118784770>. Acesso em: 29 mar. 2021.

QUIÑONES, Gastón Behar; FIGUEROA, Agustín Yáñez. *Introducción a los contratos tecnológicos*. Guadalajara: IETSO, 2014.

SILVA, Rosane Leal da. Contratos eletrônicos e a proteção de dados pessoais do consumidor: diálogo de fontes entre o código de defesa do consumidor e o marco civil da internet. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/805>. Acesso em: 06 maio 2021.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Tudo sobre tod@s: Redes digitais, privacidade e venda de dados pessoais*. 1. ed. Edições Sesc, 2017.