

O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS NA RELAÇÃO CONSUMERISTA**THE RIGHT TO DATA PROTECTION IN THE CONSUMERIST RELATIONSHIP**

Michael Almeida di Giacomo¹

Resumo: O respeito e garantia à privacidade no tratamento de dados e informações guarda relação direta com a dignidade da pessoa humana, a consubstanciar o direito fundamental à tutela por parte do ordenamento Constitucional e infraconstitucional. Assim, o presente artigo tem por objeto de estudo a proteção de dados pessoais do consumidor na realização de contratos *on-line*. Denota-se que, o controle por parte do consumidor de seus dados tem relação não somente com a ideia de uma liberdade negativa, mas, também, de uma liberdade efetiva em poder decidir o destino e a forma de tratamento dos seus próprios dados pessoais. Nesse sentido, sob a ótica da legislação pátria e também no Direito comparado, será possível analisar mecanismos eficazes de proteção mínima ao usuário/consumidor, a fim de evitar abusos e lesões ao seu direito de personalidade e, assim, o necessário equilíbrio na relação consumerista no que se refere a coleta e tratamento de dados.

Palavras-chave: Consumidor. Dados Pessoais. Direitos Fundamentais. Proteção.

Abstract: The respect and guarantee of privacy in the processing of data and information is directly related to the dignity of the human person to substantiate fundamental right to guardianship by the constitutional and ordinary legislation. In this idea, the article has as its object of study the protection of personal data of the consumer in the realization of online contracts. As soon as consumer's control of your data is related not only to the idea of a negative freedom, but also of an effective freedom to be able to decide the fate and form of treatment of their own personal data. As soon, from the view point of country legislation and also in law compared, it will be possible to analyze effective mechanisms of minimum user/consumer protection in order to prevent abuse and injury to their right of personality and necessary balance in the consumerist relationship with regard to data collect and processing.

Keywords: Consumer. Personal Data. Constitutional Rights. Protection.

INTRODUÇÃO

O serviço à disposição do público consumidor, por meio do acesso à internet, revela um instrumento de aproximação e facilitação das relações interpessoais e econômicas. Com isso, a par da grande atividade no mundo *on-line*, no limiar do presente século, tem sido

¹Mestre em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Especialista em Direito Constitucional Aplicado na Faculdade de Direito Prof^o Damásio de Jesus/SP. <http://lattes.cnpq.br/4129529576917830>. OAB/RS 93889.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

intenso o debate acerca da proteção a dados pessoais do usuário/consumidor. Neste contexto, a coleta de dados e seu tratamento, por parte dos provedores de internet e empresas, bem como os procedimentos adotados para garantir a privacidade das pessoas, torna-se pedra basilar da chamada “sociedade informacional”, o qual pode ser qualificado como um direito autônomo e fundamental de cada cidadão.

Visando a compreensão deste momento na relação consumerista, chega-se ao seguinte problema: qual a intensidade da vulnerabilidade do consumidor frente ao tratamento de seus dados por parte das empresas no comércio *on-line*? A partir desta pergunta outro questionamento pode ser formulado e ao fim respondido: o ordenamento pátrio responde à proteção necessária ao consumidor quando lança mão do referido instrumento *on-line*? A fim de um melhor aproveitamento da matéria, o artigo inicia com uma reflexão sobre o fluxo de informações e suas implicações nas relações interpessoais, no que acabam por envolver também às relações consumeristas. Em seguida, tem-se o encontro da definição e conceitos de dados pessoais em suas espécies, bem como, os meios utilizados para coleta e uso das informações dos usuários/consumidores. Passo adiante, busca-se uma análise do sistema normativo a disciplinar a matéria sobre a proteção e o uso dos dados a partir da aplicação da teoria das fontes, a qual será estudada a fim de melhor consubstanciar o desenvolvimento da pesquisa. Este ponto é desenvolvido por meio do reagrupamento dos princípios a permear a legislação vigente, entre as quais, as normas de fundo Constitucional, o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet, a Lei do Cadastro Positivo, a Lei Geral de Proteção de Dados, normas em Direito comparado e demais correlatas a disciplinar a relação consumerista. Ao fim, uma breve conclusão sobre o estudo desenvolvido. No tocante à metodologia adota-se o estudo empírico, tendo por referencial a legislação especializada, a doutrina, e julgados de nossos *Tribunais* sobre a matéria. Na organização do texto foi adotado um caminho dedutivo – do geral para o particular.

1 RELAÇÕES INTERPESSOAIS E O FLUXO DE INFORMAÇÕES

O mundo contemporâneo é marcado pela comunicação e interação *on-line* de forma instantânea e, também, de uma liberdade jamais tida pelas pessoas para que possam expor suas ideias, pensamentos, vontades, relações familiares, comerciais, políticas e sociais. Esta interação realiza-se de forma livre de censura e num espaço que ora se apresenta democrático

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

e plural. É o pleno exercício de uma liberdade de expressão que surge por meio de um ambiente virtual sustentado por interações comerciais complexas, distantes dos olhos de quem acessa à um computador para realizar uma simples pesquisa, a compra de um produto ou a contratação de serviço.

Neste contexto, vê-se presente uma verdadeira revolução em termos de comunicação e liberdade do indivíduo, a qual pode ser analisada sob uma efetiva economia de mercado, contemporânea, globalizada, transnacional e neoliberal. No entanto, há uma vigilância constante dos dados de cada usuário/consumidor, é como se “estivéssemos percorrendo uma autoestrada e ela tivesse câmeras de vigilância e microfones por todo o trecho e somente a polícia pudesse acessar, ou alguém que conseguisse se passar por policial” (APPELBAUM, 2013, p.46). Nas redes sociais, por exemplo, os usuários são considerados os próprios produtos, ou alvos, pois, ficam à mercê da propaganda dos patrocinadores, ou – sem saber – repassam dados que serão utilizados e postos à disposição de empresas comerciais e até de governos. Este complexo arranjo da vida virtual denota um mundo de fornecimento e coleta de informações no qual o consumidor é levado a participar de forma involuntária de uma espécie de panóptico².

Como assinalado, nós somos os produtores de dados dispostos no mundo *on-line* e que restam à disposição de quem deseja coletar informações sobre nossos hábitos pessoais, nossa capacidade econômica, nossos amigos e tudo que gira em torno de nossa personalidade. Em alguns casos, o exemplo da estrada nem é necessário, pois, alguns nem chegam a construí-las. As redes sociais são um jeito de deixar as pessoas à vontade com o fato de estarem revelando seus dados pessoais. Elas fazem um quintal e “convidam todo mundo para ir lá tirar a roupa” (MAGUHN, 2013, p. 47). Assim, nossos dados pessoais são expostos e o fluxo de informações robustece a internet comercial em geral.

Desse modo, por meio do uso de informações e a partir das características e do comportamento das pessoas, torna-se fácil para os agentes do mercado de consumo planejarem suas ações comerciais. A disponibilidade de um ambiente sem fronteiras propicia o armazenamento de detalhes e sutilezas que fazem a diferença na hora de lançar um produto ao encontro de um público específico ou mesmo ampliar o já consolidado mercado de alguma

²Prisão concebida pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Betham, em 1787, e que permite uma vigilância e controle social de forma mais eficiente.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

empresa. Devido a essa exposição da nossa vida privada, a proteção de dados dos consumidores é matéria que implica cada vez mais a tutela do Estado. Assim, será possível resguardar, os direitos de personalidade de cada cidadão/consumidor e que as empresas, ao disporem seus produtos e serviços, não fiquem sem uma punição, quando ocorrerem na violação de direitos fundamentais da pessoa humana.

2 CONCEITO, ESPÉCIES E MEIOS DE COLETA DOS DADOS

No primeiro momento, a fim de uma melhor compreensão da amplitude e da necessidade de proteção dos dados pessoais, será desenvolvida a definição e os conceitos de dados pessoais e suas espécies, bem como, os meios utilizados para coleta e uso das informações dispostas pelos usuários/consumidores na internet.

2.1 Dados pessoais

Os dados pessoais dispostos pelo indivíduo têm por definição conceitual ser qualquer dado referente a uma pessoa singular identificada ou identificável. A assertiva é possível de ser encontrada no Regulamento da União Europeia 2016/679, de 14 de abril de 2016, artigo 4º, sendo:

[...] informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável [...] em especial por um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica, ou elementos de identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular. (UE, 2016).

Assim, o conceito de dado se dá sob uma conotação mais densa, no caso, antes de ser transmitida ou coletada, pois também é possível conceitua-lo como uma informação. Nessa cognição; a informação – ligada a uma pessoa - representa a fase inicial da depuração do conteúdo do dado obtido. Em consequência, sob esse aspecto, o dado aufere enorme valor de mercado, pois passa a ser monetizado e objeto de tratamento por parte de empresas comerciais na busca, cooptação e satisfação de seus clientes. De acordo com Danilo Doneda,

A monetarização dos dados pessoais foi uma tendência amplamente antecipada e que hoje é vital para uma parcela bastante representativa de novos serviços e produtos. Em uma declaração que se tornou bastante popular, a Comissária europeia do consumo, Meglena Kuneva, deixou claro que ‘os dados pessoais são o novo óleo da Internet e a nova moeda do mundo digital’ tornando claro o advento de um novo

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

terreno adentrado pelas relações de consumo, no qual o consumidor passava a ser, em si, a fonte de um ativo que são as suas informações pessoais, suscitando a necessidade de adequação das normas que regulam o consumo para que levem em conta esta nova inovação. (2010, p. 19).

Nesta ideia, tem-se um elo no qual o cidadão é produtor de informações, as recebe e também faz uso delas. Esse fluxo de informações constitui um dos grandes problemas na relação consumerista do nosso tempo. É necessário que o ordenamento jurídico pátrio, ao tempo que garanta o uso de novas tecnologias da informação, tenha como garantir ao usuário/consumidor a proteção de seus dados contra utilizações indesejáveis e que ponham em risco a sua privacidade e a proteção ao seu direito fundamental de personalidade. (DONEDA, 2010, p. 4).

2.2 Dados pessoais sensíveis

Estes são dados, face ao seu conteúdo, se processados e conhecidos fora do âmbito da privacidade do usuário/consumidor podem substancialmente - a depender de cada caso - ter uma potencial utilização discriminatória ou lesiva mais intensa. Em sede de ilustração, tem-se os dados biométricos, de saúde, os genéticos ou que revelem etnia, os que revelam a origem racial, de caráter religioso, político, orientação sexual e de identidade de gênero. A seleção de tipos de dados que podem ser disponibilizados provém da “avaliação de que a circulação de determinadas espécies de informação apresentaria um elevado potencial lesivo aos seus titulares” (DONEDA, 2010 p. 19).

2.3 Metadados

Os metadados são informações que crescem aos dados, significa “dados sobre os dados”. A fim de melhor compreensão é possível ilustrar como sendo dados além do conteúdo da comunicação eletrônica, tais como as informações na frente do envelope. Ao fazer o *login* em uma rede social, ou compras em um site, são recolhidas informações além daquelas que escrevemos, tais como o *IP* do computador, o nome e a versão do navegador, o horário de entrada e saída do usuário, entre outros. Em um contato via e-mail, a vigilância dos metadados não se direciona ao conteúdo, mas, a todas as informações relativas a ele. O risco ao usuário/consumidor consiste no fato de que se a alguém for dado o direito de vigiar os metadados, os equipamentos utilizados também podem acessar o conteúdo das informações. (ASSANJE, 2013, p. 69).

2.4 Cookies

É a coleta de dados por meio de pequenos programas inseridos no computador do usuário/consumidor, muitas vezes sem seu conhecimento, tendo o poder de permitir a identificação de quem está a navegar. O risco à privacidade consiste no fato de o programa associar a um determinado usuário/consumidor as relações contratuais *on-line* e, assim, poder rastrear o comportamento do indivíduo em diversos sites e aproveitar-se dessa condição para, a todo momento, promover ofertas de produtos relacionados a pesquisa realizada.

2.5 Big data

As ações e comunicações realizadas em plataformas digitais formam um conjunto de dados oriundos da onipresença de aparelhos e sensores em meio a vida cotidiana. Soma-se esse fato ao número de pessoas que tem acesso a tais tecnologias e que contribuem para alimentar o sistema denominado “big data”. A coleta é feita a partir do acesso a telefones celulares, computadores e, também a transações como o uso de cartão crédito e,

[...] mais recentemente, declarações de imposto de renda, ou ações que, em algum momento, são digitalizadas e assim transformadas em dados, como as câmeras de reconhecimento facial ou de padrões, são passíveis de serem armazenadas, processadas, copiadas, distribuídas quase que instantaneamente, possibilitando análises de dados que podem levar governos e empresas a tomar decisões ‘supostamente’ melhor fundamentadas. (INSTITUTO DE TECNOLOGIA & SOCIEDADE DO RIO, 2016, p. 9).

É de notar que, embora parte destes dados seja coletado sem a autorização expressa do usuário/consumidor – como no caso de registro de passageiros em um voo comercial – muitas das informações coletadas são fornecidas pelo próprio consumidor. Os procedimentos, prospecções, e a análise dos dados em grande escala, implica questões de cuidados com a privacidade e devem ser protegidos, pois são informações que se multiplicam e se espalham pelo mundo *on-line*.

2.6 Algoritmos

É um conjunto não ambíguo e ordenado de passos executáveis que define um processo finito. Na relação entre o usuário/consumidor e o mundo da internet, por meio dos algoritmos

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

é que foram desenvolvidas as linguagens de programação. No caso, é a realização de tarefas pela máquina comandadas por um ser humano. A sua aplicação é observada nas ações relacionadas à informática, à inteligência artificial, e à internet das coisas, entre outros. O usuário/consumidor, mesmo sem perceber, ao acessar o *site* de buscas *google* ou o canal de *streamingNetflix*, por exemplo, tem por trás de sua ação uma lógica composta por algoritmos que irão responder ao seu comando. A plataforma coleta dados sobre o usuário/consumidor e dá respostas diferentes a cada qual, sendo que não há mais um padrão e sim uma personalização, ou seja, um filtro. (PEREIRA, 2009).

2.7 Bots

Botsé a denominação usada de forma abreviada para o termo robôs. A função mais atual dos *bots* se dá no envio de *spams*, por *e-mail*, a fim de coletar dados pessoais do usuário/consumidor, principalmente, dados que possam ser usados para compras *on-line*, tais como o cartão de crédito. Aliado à evolução da inteligência artificial, os *bots* também tem a habilidade de mimetizar o comportamento humano. Nas redes sociais, os *botspodem* “seguir pessoas, postar, direcionar mensagens, inserir *links* ou *hashtags*. [...] algumas vezes servem para multiplicar informações distribuídas nas redes, passando-se por conta de pessoas reais” (ITAGIBA, 2017, p. 4).

2.8 Tratamento

É toda a operação realizada com os dados pessoais, tais como a coleta, a produção, a recepção, a classificação, a utilização, o acesso, a reprodução, a transmissão, a distribuição, o processamento, o arquivamento, o armazenamento, a eliminação, o controle de informação, difusão ou extração de dados pessoais. Em relação ao tratamento de dados e informações, há todo um arcabouço normativo a regular os direitos dos consumidores e, também, os deveres dos que acessam os referidos dados. É o ponto a ser estudado no próximo tópico.

3 NORMAS DE PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS

O estudo do sistema normativo, a disciplinar a matéria sobre a proteção de dados, é composto a partir da interpretação conjunta da Constituição Federal e de normas

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

infraconstitucionais a regulamentar os direitos fundamentais dos usuários/consumidores. No que se refere a legislação infraconstitucional. A análise da proteção de dados pessoais se dá por meio da interpretação conjunta do Marco Civil da Internet, Lei Federal nº 12.965/2014; do Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal nº 8.078/1990; da Lei de Acesso à Informações, Lei Federal nº 12.527/2001 – em especial da seção V, do Capítulo IV, intitulada “Das informações pessoais”- da lei do Cadastro Positivo, Lei Federal nº 12.414/2017; sendo possível também citar a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei Federal nº 13.709/2018, a qual entrará em vigor no ano de 2020. A interpretação da legislação descrita se dá por meio do diálogo das fontes; matéria que – pela característica do presente estudo – de forma breve, apresento seus fundamentos, a fim de melhor compreender a interpretação das normas em um contexto dialógico.

3.1 O diálogo das fontes

A narrativa dada à interpretação e aplicação da legislação supramencionada ocorre por meio da aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes. O conceito principal da referida teoria se dá a partir do conjunto de ordenamento à disposição dos juristas e estudiosos do Direito, no entendimento de que as fontes não mais se excluem, revogando-se mutuamente. No caso, as fontes se conectam umas com as outras, coordenando-se entre si, tendo por princípio que o ordenamento jurídico é uno. O diálogo consubstancia um modelo de interpretação normativa, tanto no âmbito nacional, quanto internacional, como é possível assimilar na lição de Claudia Lima Marques, ao asseverar,

[...] diálogo em virtude das influências recíprocas, [...] porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes pela fonte prevalente [...] ou mesmo a opção por ter uma solução flexível e aberta de interpretação, ou solução mais favorável ao mais fraco da relação. (2003, p. 71).

Na aplicação do referido diálogo, a visão normativa, mediante a coordenação de diversas fontes, fundamenta uma unidade lógica do sistema jurídico. Ainda no magistério de Claudia Lima Marques, “[...] a doutrina atualizada, porém, está à procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico do que da exclusão” (2005, p.13). No seu estudo consignou três tipos de diálogos trabalhados entre as normas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, sendo:

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

[...] um diálogo sistemático de coerência. Ou seja, a preservação do âmbito de aplicação de ambas as leis, evitando a sobreposição e utilizando como critério o fundamento teleológico das normas. O diálogo sistemático de complementariedade ou subsidiariedade, o qual resulta da conclusão de não revogação do Código de Defesa do Consumidor pelo Código Civil de 2002. Assim, torna-se ainda possível a aplicação das normas do Código Civil às relações de consumo, tendo por fundo o artigo 7^a, caput, do próprio Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*, “Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrente de tratados, convenções internacionais que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem princípios gerais do direito. E por fim, o diálogo de coordenação e adaptação sistemática que pressupõe o Código Civil e suas normas com base conceitual para interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor. (2010, p. 35-34).

O sistema normativo, a tutelar à proteção a dados pessoais dos consumidores, tem na Constituição Federal a força a irradiar sobre o ordenamento consumerista o *status* de direito humano fundamental, conforme disposto no artigo 5^o, inciso XXXII, o qual é taxativo ao prever que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, “a existência de norma em antinomia com aquelas que tenha implementado a mencionada defesa, naturalmente, não poderá prevalecer levando em conta a força normativa [...] da Constituição” (VIANNA, 2011). É nesta construção que a aplicação conjunta de normas de institutos distintos, porém, com eficácia a partir de uma interpretação teleológica de ambas, deve ser capitaneada a fim de que ao consumidor lhe seja garantido a defesa de seus direitos.

3.2 O direito de personalidade e a tutela de dados pessoais

O direito de personalidade e respeito à dignidade do consumidor, tem nascedouro a partir do ordenamento Constitucional, no artigo 1^o, inciso III, que trata da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988). Consagrada no título dos princípios fundamentais, tem por ideia ser a República uma organização política que serve o homem, e não o homem que serve os aparelhos político-organizacionais. (CANOTILHO, 2003, p. 225).

A tutela das informações disponibilizadas tem relação com a tutela da personalidade do usuário/consumidor, pois os dados pessoais são a exteriorização da própria personalidade do indivíduo, no que se refere a ter uma ligação concreta com a pessoa. A relação se dá diretamente a dados em conformidade com a lei, tais como nome civil, identidade de gênero,

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

orientação sexual, religiosa, política, domicílio, hábitos de consumo, entre outros já citados anteriormente.

Desse modo, o desenvolvimento dos meios de tutela específicos, em relação à personalidade, ocorre quando uma conduta se revela lesiva à dignidade do consumidor e de alguma maneira mancha aspectos de sua personalidade como, “um produto ou serviço defeituoso; praticas contratuais ou comerciais abusivas, negativação indevida, facilitação da aquisição de dados da vida pessoal do consumidor e posterior repasse para bancos de dados especializados” (TRAJANO, 2010, p.71). O referido direito tem proteção taxativa no artigo 4º do Código do Consumidor, (BRASIL, 1990), ao prever que, a Política Nacional das Relações de Consumo, tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus direitos econômicos.

3.3 A proteção de dados enquanto direito fundamental da pessoa humana

O *status* de direito fundamental da proteção de dados e informações - no ordenamento brasileiro - ainda não surge de forma taxativa. Contudo, entendo que por meio da interpretação Constitucional - tratada no item anterior - é possível aplicar o referido *status* no ordenamento pátrio, justamente com a aplicação do artigo 5º, inciso X, que nos diz ser inviolável “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” (BRASIL, 1988). A importância reside na garantia e na defesa da dignidade pessoa humana, em simetria ao direito de personalidade, frente à imensidão e à força cogente dos provedores de internet e das empresas que se valem do pouco conhecimento do consumidor sobre os comandos e aplicações que lhe são apresentadas nos *sites* de comércio *on-line*, o *e-commerce*.

Alguns países do continente europeu - os quais sofreram mudanças em seu regime político e que puderam reelaborar as suas cartas políticas - dispuseram normas a fim de garantir direitos em relação à matéria em comento. É o caso da Espanha, que tem na redação de sua *Carta Magna* de 1978, o artigo 18, nos seguintes termos: “[...] 4. A lei limitará o uso da informática para garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos” (ESPAÑA, 1978). Em Portugal, na Constituição de 1976, o artigo 35 trata da informática na seguinte forma: “1. [...] os cidadãos têm o direito de acesso a dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização,

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

e direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei” (PORTUGAL, 1976). Também a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia conferiu à proteção de dados e informações o referido *status* de direito humano fundamental logo no artigo 8^a, *in verbis*,

Proteção de dados pessoais. 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente. (UE, 2000).

Com efeito, é de se considerar o caráter de proteção de dados pessoais como matéria diretamente ligada à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, pois, a consolidação do referido direito na Carta de Direitos Fundamentais da Europa (2016)- e a refletir na doutrina e no próprio ordenamento de muitos países membros - corrobora para a assertiva e nos conduz a um patamar ainda mais elevado na proteção de dados e informações pessoais.

3.4 O ordenamento infraconstitucional à proteção de dados

Como disposto no decorrer do presente estudo, o diálogo das fontes é fundo para a compreensão, sistematização, interpretação e aplicação da legislação pátria na matéria em comento. O recurso instrumental jurídico coaduna-se ao fato de que os dados pessoais são as próprias pessoas. Por consequência, a tutela ao consumidor na relação contratual, tem por objeto afastar a livre disposição dos referidos dados aos que não levem em consideração o caráter personalíssimo do consumidor. Nesse contexto, é de gizar que a relação entre consumidor e fornecedor/produzidor deve sempre ser pautada pela boa-fé objetiva, no caso, deve ser mantida a lealdade contratual entre as partes. Tal princípio robustece o direito do consumidor de que seus dados não devem ser usados para fins os quais não sejam os dispostos no contrato firmado. Por esse caminho, é possível reagrupar a linha de atuação entre as partes em princípios comuns a permear a legislação, no que se refere à relação consumerista.

3.5 Princípio da transparência e finalidade da coleta

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

O consentimento do titular dos dados a serem tratados guarda relação direta com a transparência que deve ser respeitada quando da realização do ato jurídico. O tratamento dos dados não deve acontecer sem o conhecimento do consumidor, pois, o referido deve ser informado sobre todos os procedimentos inerentes ao ato. Desse modo, o consumidor passa a ter o necessário controle sobre o fluxo de seus dados e informações. Inicialmente, confere-se que o consentimento do consumidor deve ser expresso, livre e informado. É o modelo *opt in*, que exige uma postura ativa da parte que produz tais dados. O referido direito surge no Marco Civil da Internet no artigo 7º, incisos VII e IX. O primeiro compõe o direito de o consumidor em: “não ter o fornecimento de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão e acesso a aplicações de internet, salvo mediante autorização ou nas hipóteses previstas em lei” (BRASIL, 2014). O consentimento deve constar de forma destacada das demais cláusulas contratuais. Nesta relação há também o modelo *opt out*, que tratar-se-á com mais propriedade no item a seguir. Por ora registra-se que o tratamento sem o consentimento do consumidor somente poderá ocorrer em situações que não acarretem prejuízo ou riscos à sua personalidade. Desse modo, a transparência nas relações contratuais encontra abrigo direto no Código de Defesa do Consumidor, no inciso III, do artigo 6º, ao dispor como garantia: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características [...] bem como os riscos que apresentem” (BRASIL, 1990). O artigo 46, do mesmo Código, é taxativo ao firmar que os contratos que regulam as relações de consumo: “não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade prévia tomar conhecimento de seu conteúdo, ou forem criadas dificuldades para que o contratante possa compreender o conteúdo” (BRASIL, 1990).

Retomando o Marco Civil da Internet, no mesmo artigo supramencionado, os incisos III, VIII também referem a necessidade de transparência na relação com o usuário/consumidor. A transparência primeiro se dá na inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas. Sendo, ainda, possível de afirmar-se que apresenta em seu âmago o respeito ao princípio da finalidade, resguardado que as informações prestadas devem ser: “claras e completas sobre a coleta, o uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que só poderão ser usados atendendo a finalidade a qual foram coletados” (BRASIL, 2014). O princípio da finalidade da coleta, que pode ser visto também no artigo 16, inciso II, do Marco Civil da Internet, tem razão no sentido de que os dados

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

fornecidos somente devem ter uso para o que foi comunicado ao consumidor no ato da coleta. Neste caso, fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros.

Um exemplo de lesão à legislação, ora analisada, é a instauração de processo por parte do Ministério da Segurança e Justiça, por meio do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, em que a rede social *Facebook* foi denunciada por compartilhamento indevido de dados dos seus usuários, a fim de beneficiar a empresa *Cambridge Analytica*. O *site* de relacionamentos também responde à justiça dos EUA por ter promovido acordos com empresas fabricantes de *smartphones*, no qual dava acesso a informações pessoais de milhões de seus usuários. Atualmente, ambas as empresas, respondem por violação de dados para o uso político eleitoral na campanha à presidência da República de Donald Trump. (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JORNAIS, 2019).

3.6 Princípio do livre acesso, retificação e exclusão de dados

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 43, é peça normativa eficaz a tratar sobre informações pessoais em bancos de dados e cadastros. O consumidor tem o direito a ter acesso às informações armazenadas e poderá obter cópias e, se for o caso, promover a devida retificação de dados. As informações registradas indevidamente poderão ser canceladas e as obsoletas ou impertinentes poderão ser suprimidas. (BRASIL, 1990). A esse respeito o Marco Civil da Internet, em seu artigo 7º e inciso X, prevê:

A exclusão definitiva dos dados pessoais que o consumidor tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória. (BRASIL, 2014).

A relação contratual *on-line* não obriga que os dados informados permaneçam por tempo indeterminado na plataforma da empresa. O referido artigo foi fundamento para o entendimento da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, a qual garantiu a determinado usuário do serviço *PagSeguro* que o usuário/consumidor tivesse a exclusão definitiva de seus dados após realizada a transação comercial. A relatora do recurso, que reformou a sentença, foi assertiva ao firmar que: “Nota-se que a lei apenas ressalva as hipóteses de guarda obrigatória. Não exige o uso indevido para, então, surgir o direito do usuário. Trata-se de verdadeiro direito potestativo, sem qualquer condição para ser exercício” (SÃO PAULO, 2017).

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Ainda neste ponto, tem-se a Lei do Cadastro Positivo, que foi alterada no ano de 2019 e sancionada pelo presidente da República. Em vigor na referida Lei surge a inclusão dos nomes dos consumidores de forma obrigatória, sendo necessário que o próprio faça solicitação para exclusão de seus dados do cadastro. É o que pode ser chamado de modelo de consentimento *opt out*, em que se considera legítimo o tratamento de dados se o titular não se manifestar de forma contrária. O contexto apresentado antecipa o disposto na Lei Geral de Tratamento de Dados— que entrará em vigor em 2020 - no seu artigo 7º incisos VI, IX e X. No caso, a nova lei garante que as limitações ao tratamento de dados não impedem o controlador do seu exercício regular de direito sempre que houver interesse, inclusive para a proteção de crédito. (BRASIL, 2018). É uma questão ainda a ser muito debatida pelos doutrinadores pátrios e a refletir nas decisões dos *Tribunais*, pois, o histórico da relação contratual com o consumidor será permanente no cadastro do produtor/fornecedor.

Dessa maneira, mesmo que em determinado momento de sua vida, o consumidor tenha tido dificuldades em adimplir seus compromissos e no restante não, a sua pontuação poderá não refletir exatamente a sua condição e capacidade de adimplemento no tempo presente, quando da celebração de um novo contrato. Com isso, certamente, restará prejudicado o consumidor, no momento de solicitar um crédito ou realizar a compra de determinado produto, se a sua pontuação não for adequada ao padrão do produtor/fornecedor ou se seu nome não constar no cadastro.

3.7 Princípio da segurança a dados sensíveis

Os dados pessoais devem ser protegidos por meios técnicos e administrativos adequado, e a sua manutenção deve prever os cuidados para o não extravio, destruição, modificação, transmissão ou acesso não autorizado. É o que prevê o inciso I, do artigo 7ª, do Marco Civil da Internet, o qual assegura: “o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2014). Nesta condição, ao ocorrer um dano, há a responsabilidade objetiva do fornecedor prevista no artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, (BRASIL, 1990), a fim de consubstanciar o dever do fornecedor em manter sistemas seguros, os quais não tragam lesão aos dados fornecidos pelo consumidor. Dessa forma, não cabe a avaliação sobre a

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

ocorrência de culpa, mas a leitura e aplicação da norma cogente sobre a matéria prevista no mesmo Código em seu artigo 12 ao prever: “a responsabilidade do fabricante, produtor ou construtor, independentemente da existência de culpa, pela reparação de danos causados ao consumidor” (BRASIL, 1990). Também em seu artigo 10 a responsabilizar o produtor/fornecedor quando prevê que não poderá ser posto no mercado consumerista produto ou serviço que apresentar alto grau de periculosidade ou segurança.

Portanto, ao haver uma situação a ferir a segurança dos dados e informações prestadas pelo consumidor, faz *jus* o referido ao ressarcimento pelos danos sofridos, face ao fato de confiar na prestação do serviço ofertado e que, por parte do produtor/fornecedor, não teve a devida cautela em promover instrumentos de segurança eficazes no que diz respeito a sua privacidade. Um exemplo de dados sensíveis, que não tiveram a devida segurança por parte do controlador, foi o vazamento de quase 10 GB de dados pessoais de usuários do site *Ashely Madison*, no ano de 2015. O site - que é especializado em relacionamentos de pessoas casadas que procuram outras pessoas na mesma situação - sofreu um ataque de *hackers*. O grupo autodenominado *Impact Team*, denunciou que a plataforma de relacionamentos mantinha os dados dos usuários, mesmo após o cancelamento dos serviços prestados. O controlador do *site* negou as acusações, mas, o grupo *hacker* ameaçou que, caso a página não fosse retirada do ar, iria divulgar os dados pessoais de todas as contas. Os dados que, pela natureza do serviço prestado, eram considerados sensíveis, foram vazados no mundo *on-line* e apresentavam, além de nomes, contas de *e-mail*, os números de cartão de crédito dos usuários. (ROHR, 2015).

3.8 A reparação dos danos sofridos pelo usuário/consumidor

O ordenamento pátrio também prevê sanções e reparação ao consumidor lesado por ter tido violado seus dados e informações, pois tal acontecimento resta por ferir seu direito de personalidade ou patrimonial, protegidos constitucionalmente. Desse modo, se o consumidor tiver seus dados inscritos de forma incorreta, por exemplo, no Serviço de Proteção ao Crédito, e isso lhe acarretar um crédito mais caro, ou obstruir o acesso a um crédito novo, tal situação poderá ser enquadrada no que pode ser entendido da leitura dos artigos 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor, conforme,

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

[...] as infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas [...], sendo que a sanção pode se dar em forma de multa; apreensão do produto; cassação do registro do produto junto ao órgão competente; suspensão temporária da atividade, entre outros. (BRASIL, 1990).

Os artigos 72 e 73, do mesmo Código, apresentam as medidas penais aos que impedirem ou dificultarem às informações que constem sobre o consumidor nos cadastros; banco de dados; fichas ou registros; com pena de detenção de seis a dois anos. Também se o produtor/fornecedor deixar de corrigir imediatamente informação sobre o consumidor que saiba ou deveria saber ser inexata, está sujeito à pena de detenção de seis meses ou multa. Além das penas de detenção ou multa, também poderão ser aplicadas penas de prestação de serviços à comunidade, e a interdição temporária de direitos. (BRASIL, 1990). O Marco Civil da Internet, por sua vez, no artigo 12, incisos I a V, traz um rol de sanções como advertência, multa, suspensão temporária das atividades e proibição do exercício das atividades. (BRASIL, 2014).

A questão que se impõe tem lastro no fato de que a vulnerabilidade do consumidor é peça capital na relação *on-line*. A cada dia as empresas encontram novos meios de colher dados e, assim, promover ações que ferem direitos de privacidade e formas de tratamento dos dados. Com efeito, a legislação deve ser adequada e atualizada a cada novo período a fim de proteger de forma permanente o direito de personalidade dos consumidores.

BREVES CONSIDERAÇÕES FINAIS

O universo *on-line* tem um enorme espaço na vida das pessoas e com isso as relações contratuais na área consumerista encontram novos meios de efetivação e, por consequência, novos direitos e deveres entre as partes. No modelo de produção capitalista - onde a sociedade é educada para consumir mais e mais - compreender o comportamento e as necessidades das pessoas é, desde sempre, um objetivo a ser perseguido entre produtores e fornecedores.

Com a consolidação da Sociedade da Informação, as empresas encontraram meios ainda mais eficazes para medir o comportamento e interagir com os consumidores. Contudo, os instrumentos usados para analisar essa nova sociedade e suas demandas, muitas vezes

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

ferem a própria dignidade das pessoas na tutela de seu direito de personalidade, pois, torna o usuário/consumidor vulnerável e, por vezes, não respeitam a sua privacidade e fazem um mau uso das informações prestadas. A monetarização dos dados pessoais firma-se como a mais valia do capitalista, sob um mercado que fragiliza a posição do consumidor, o qual não tem pleno conhecimento dos instrumentos usados para coletar seus dados e, tampouco, o destino que lhes é conferido. Esse fato ocorre deliberadamente, pois, foge à consciência de que nós mesmos produzimos os dados que servem para alimentar o próprio sistema. Nesta ideia, a proteção à privacidade e ao direito de personalidade dos consumidores, deve ser uma ação constante do poder público por meio de uma legislação atualizada e eficaz.

Em meio a essa discussão, o diálogo das fontes normativas é um modelo a promover a referida proteção, pois se não é possível que haja uma única norma a disciplinar tal matéria, a evolução do direito, em relação a evolução da própria sociedade, deve permitir que os juristas e estudiosos da matéria componham a sua cognição a partir do diálogo de mais de um instituto normativo e, assim, promover a garantia Constitucional de respeito aos direitos humanos fundamentais dos consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPELBAUM, Jacob. Maior comunicação *versus* maior vigilância. In: ASSANJE, Julio [et al.]. **Cyberpunks: liberdade e o fenômeno da internet**. Tradução: Cristina Yamagami – São Paulo: Boitempo, 2013.

ASSANJE, Julio [et al.]. **Cyberpunks: liberdade e o fenômeno da internet**. Tradução: Cristina Yamagami – São Paulo: Boitempo, 2013.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JORNAIS. **Facebook é investigado criminalmente por compartilhamento de dados com empresas**. ANJ. Brasília, DF, 14 de mar. de 2019, Jornal ANJ Online. Disponível em: <https://www.anj.org.br/site/component/k2/73-jornal-anj-online/17504-facebook-e-investigado-criminalmente-por-compartilhamento-de-dados-com-empresas.html> Acesso em: 26 mai. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011. **Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas**

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília: D.O.U. 10/06/2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm Acesso em: 28 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º [...] e dá outras providências.** Brasília: D.O.U. 18/11/2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012. **Institui a política nacional de proteção e defesa civil, dispõe sobre o sistema nacional de proteção e defesa civil [...].** Brasília: D.O.U. 11/04/2012 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm Acesso em : 28 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias e deveres para o uso da internet no Brasil.** Brasília: D.O.U. 24/04/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm Acesso em: 27 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados.** Brasília: D.O.U. 15/08/2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Acesso em: 28 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Brasília: D.O.U. 12/09/1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm Acesso em: 27 mai. 2020.

CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7 ed. Lisboa: Livraria Almedina, 13ª reimpressão, 2003.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia.** Brasília: SDE/DPDC, 2010.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España. **Constitución Española.** Promulgada em 29 de dezembro de 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf> Acesso em : 29 mai. 2020.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA & SOCIEDADE DO RIO (BRASIL). **Big data no projeto sul global. Relatório sobre estudos de caso.** Rio de Janeiro, 2016, p. 9. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2016/03/ITS_Relatorio_Big-Data_PT-BR_v2.pdf Acesso em: 26 mai. 2020.

ITAGIBA, Gabriel. **Fakenews e internet: esquemas e a disputa por atenção.** Disponível em: https://beta.itsrio.org/wp-content/uploads/2017/04/v2_fake-news-e-internet-bots.pdf Acesso em 26 mai. 2020.

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. Do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas.** Revista Direito do Consumidor, v. 45, jan.-mar. 2003.

MARQUES, Claudia Lima. **Três tipos de diálogos entre o código civil de 2002: superação das antinomias pelo diálogo das fontes. Código do Consumidor e Código Civil de 2002: Convergências e assimetrias.** Roberto A.C. Pfeiffer, Adalberto Pasqualotto (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.** 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Ana Paula. **O que é algoritmo?** Tecmundo. 12/05/2009. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/programacao/2082-o-que-e-algoritmo-.htm> Acesso em: 16 mai. 2020.

PORTUGAL. **Constituição de República Portuguesa. (1976).** Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em: 28 mai. 2020.

ROHR, Altieres. **Hackers vazam quase 10 GB de dados do site de traição Ashley Madison.** Globo.com. São Paulo, 18 de agosto de 2015. Segurança Digital. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/hackers-vazam-quase-10-gb-de-dados-do-site-de-traicao-ashley-madison.html> Acesso em: 29 mai. 2020.

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Colégio Recursal. São José dos Campos – SP. **Recurso Inominado.** Anthony dos Santos Cimino. **Interposição contra sentença que julgou improcedente o pedido inicial para condenar à ré a excluir dados do autor. Acórdão nº 2017.0000139272.** Recorrente: Anthony dos Santos Cimino. Recorrido: PAGSEGURO INTERNET LTDA. Relatora: Ana PauloaTheodosio de Carvalho. São Paulo, 31 de outubro de 2017.

TRAJANO, Fabio de Souza. **Princípios constitucionais aplicáveis ao Direito do Consumidor e sua efetividade.** Dissertação. (Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí. UNIVALE, Itajaí, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais. (2000/C 364/01). **O Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão proclamam solenemente, enquanto Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Artigo 8º, p. C 364/10.** Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf Acesso em: 28 mai. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (EU 2016/679) do Parlamento Europeu e do Conselho, 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), 27 de abril de 2016.** Disponível em

Volume 7 – Número 1 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679> Acesso em: 29 mai. 2020.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **A teoria do diálogo das fontes**. Publicado em: 01/2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18279/a-teoria-do-dialogo-das-fontes> Acesso em: 29 mai. 2020.