

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR E DIREITOS FUNDAMENTAIS

William Ilton de Souza

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO CONSUMIDOR *ONLINE*

Porto Alegre
2017

WILLIAM ILTON DE SOUZA

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO CONSUMIDOR *ONLINE*

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Miragem

Porto Alegre
2017

Dedico este trabalho aos meus pais, que me ensinaram a lutar por uma sociedade mais justa e igualitária, à Fernanda pela compreensão, apoio e companheirismo incondicionais, e a todos que também contribuíram com a minha formação, pois cada uma dessas pessoas tem um lugar especial no meu coração.

Agradeço aqueles que acompanharam essa jornada, aos colegas do curso pelos momentos agradáveis, aos professores e demais funcionários da instituição pelo auxílio e dedicação, e, em especial, ao estimado e exemplar professor orientador: por compartilhar seu conhecimento, por todas as brilhantes aulas ministradas desde os tempos de graduação, por fornecer uma base sólida para este estudo, pelos pensamentos cultivados e pelo incentivo à pesquisa acadêmica.

“Não existe o que panoramicamente vemos no céu. Continuamos a admirar o que desapareceu e poderíamos não ver ainda o que lá está. A diferença, não da velocidade, mas das distâncias, concorre para esta admirável ilusão, que é o firmamento. Ver o que passou e não ver ainda o que já existe!”

(PONTES DE MIRANDA, 1922, p. 159)

RESUMO

A sociedade, desde sempre, sofre impactos decorrentes do surgimento de novas técnicas, invenções e conhecimentos, do que decorrem transformações sociais das mais diversas. Atualmente nos encontramos num momento de recente transição, quando tudo é muito novo ainda e os efeitos um tanto desconhecidos. Vivemos um estágio que podemos chamar de pós-modernidade, que se forma a partir das características de uma sociedade da informação desenvolvida tecnologicamente de forma intensa, acelerada, quase inimaginável. A ciência da informática revolucionou o mundo, ao passo que a sociedade passou a viver em rede, conectada, o que impactou nas relações sociais e no próprio significado da expressão comunicação. Tudo se tornou mais virtual, e a dependência da tecnologia uma realidade desde as mais singelas atividades humanas. A velocidade concedida pelos atuais meios de comunicação e a facilidade de acesso à informação forjaram a sociedade fundada em um elemento principal: a informação, que mais do que nunca se tornou uma das mais importantes riquezas perseguidas (sinônimo de poder e impregnada de valor econômico). A partir disso, acompanhando as facilidades advindas com a Internet, surgiram novas formas de lesão aos direitos da personalidade, tais como o uso ilegítimo de dados pessoais dos usuários conectados, principalmente através de rastreadores de comportamento *online* (como os *cookies*, por exemplo). Todo esse cenário também refletiu nas relações de consumo, quando a Internet assumiu um protagonismo, escancarando as portas para um maior consumismo, e aumentando as preocupações com abusos relacionados ao uso de dados pessoais do agora usuário-consumidor, ou consumidor *online*. Nos dias atuais, os fornecedores, por várias razões mercadológicas e de objetivação de maior lucratividade, voltam seus olhos curiosos para os dados pessoais dos consumidores, e a Internet se mostra um ambiente propício para a ocorrência de lesões veladas, num verdadeiro estado de vigilância contínuo, agravante da já reconhecida vulnerabilidade do agente consumidor. Diante disso, cumpre ao direito encontrar formas de resposta às preocupações pós-modernas, através de mecanismos capazes de garantir o reconhecimento desse novo direito fundamental de proteção de dados pessoais, fundado numa série de garantias que merecem ainda mais observância nas relações de consumo *online*: a proteção à esfera privada; a efetividade do acesso às informações sobre a atividade de tratamento de dados pessoais realizada pelo fornecedor; o exercício da autodeterminação informativa pelo consumidor e a possibilidade deste externar seu consentimento prévio, livre e esclarecido. Hoje, a dogmática jurídica já garante boa parte destes direitos *online*, mas a efetividade de uma garantia de proteção aos dados pessoais do consumidor depende, ainda, de um bom agir das partes, de um olhar para os direitos humanos, de uma maior transparência e da proteção da confiança legítima existente. Enfim, o direito à proteção de dados pessoais somente será alcançado mediante o respeito à boa-fé objetiva (*bona fides*) nas relações de consumo *online* pelo fornecedor.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais. Consumidor *online*. Sociedade da informação. Marco Civil da Internet. *Cookies*. Regulamento Geral de Proteção de Dados. Autodeterminação informativa.

ABSTRACT

Society has always been impacted by the emergence of new techniques, inventions and knowledge, resulting in the most diverse social transformations. Today we are in a moment of recent transition, when everything is still new and the effects are somewhat unknown. We live in a stage that we can call postmodernity, which is formed from the characteristics of an information society technologically developed in an intense, accelerated and almost unimaginable way. The science of information technology revolutionized the world as society began to live in a network, connected, which affected social relations and the very meaning of the term communication. Everything has become more virtual and dependence on technology is a reality from the simplest human activities. The speed granted with today's media and the ease of access to information has forged a society founded on one major element: information, element that more than ever, has become one of the most important riches pursued (synonymous with power and imbued with value economic). As a result, following the facilities provided by the Internet, new forms of harm to personality rights have arisen, such as the illegitimate use of personal data of connected users, mainly through online behavior crawlers (such as cookies). This whole scenario was also reflected in consumer relationships, when the Internet took a protagonist role, opening the door to increased consumerism and raising concerns about the abusive use of personal data of the then consumer-user or online consumer. Nowadays, suppliers, for various market reasons and aiming for greater profitability, make their eyes curious for the personal data of the consumers, and the Internet can be an environment conducive to the occurrence of veiled injuries, in a true state of continuous surveillance, aggravating the already recognized vulnerability of this agent, the consumer. It is therefore a matter for the law to find ways to responding to postmodern concerns through mechanisms capable of ensuring the recognition of this new fundamental right to the protection of personal data on the basis of a series of guarantees which deserve even more respect in consumer relations online: the private sphere protection; the effectiveness of access to information on the personal data processing activity performed by the supplier; the exercise of informational self-determination by the consumer and the possibility of expressing their free and prior informed consent. Today, the juridical dogmatic already guarantee a good part of these rights online, but the effectiveness of a guarantee of protection of the personal data of the consumer also depends on a good action of the parties, a look at human rights, greater transparency and protection of legitimate expectations. Finally, the right to protection of personal data will only be achieved respecting the objective good faith (*bona fides*) in the online consumer relations by the supplier.

Keywords: Protection of personal data. Consumer online. Information society. Civil Landmark of the Internet. Cookies. General Regulation of Data Protection. Informative self-determination.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	DADOS, INFORMAÇÕES E O CONSUMIDOR NA ERA DIGITAL.....	11
2.1	ERA DIGITAL: A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	12
2.2	O VALOR DA INFORMAÇÃO: TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS.....	18
2.2.1	A informação como um bem econômico.....	20
2.2.2	Coleta e uso de dados pessoais.....	22
2.2.3	Instrumentos de captura de dados.....	26
2.3	VIGILÂNCIA <i>ONLINE</i> : O AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR.....	31
2.3.1	Vulnerabilidade do consumidor.....	33
2.3.2	Agravamento da vulnerabilidade na Internet.....	36
3	DOGMÁTICA JURÍDICA E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO CONSUMIDOR <i>ONLINE</i>.....	41
3.1	A BASE DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	42
3.1.1	Privacidade.....	45
3.1.2	Informação.....	47
3.1.3	Autodeterminação informativa.....	49
3.2	ANÁLISE LEGISLATIVA.....	51
3.2.1	Direito europeu.....	52
3.2.2	Direito brasileiro.....	56
3.3	BOA-FÉ: A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NA RELAÇÃO DE CONSUMO <i>ONLINE</i>	61
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
	REFERÊNCIAS.....	75

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se volta para uma questão que gera intensa preocupação nos últimos anos: a proteção de dados pessoais do consumidor *online*. Busca-se traçar uma linha capaz de identificar se existe uma vulnerabilidade agravada na relação entre o consumidor-usuário da Internet e os fornecedores, considerando uma série de ferramentas colocadas à disposição da parte mais forte da relação e que servem ao propósito de rastreamento de comportamento *online* do consumidor, com a consequente coleta de dados pessoais.

Importa destacar que todo esse contexto se dá perante a Internet, e numa sociedade que principalmente por ela foi transformada. As relações sociais sofreram grande impacto com o advento das novas tecnologias de comunicação, passando pela criação e popularização do computador e a ligação destas máquinas a uma rede mundial de comunicação.

A sociedade deixa, então, de ser industrial e passa a ser informacional, adquirindo novas características que se prestam às mais diversas nomenclaturas que lhe são atribuídas: é uma sociedade em rede, digital e informacional.

Como defendido por importantes doutrinadores, como será visto ao longo do trabalho, estamos diante de um momento de ruptura com o passado, de novas tecnologias, novas formas de relacionamentos sociais, de uma grande e rápida circulação de informações. Trata-se de algo de difícil explicação nos tempos atuais, mais conhecido como pós-modernidade, e que desperta recentes questionamentos a serem desdobrados pelo Direito.

Essa obra não pretende exaurir o objeto de estudo, mas sim trazer importantes questões sobre a matéria de proteção de dados pessoais e desenvolver possíveis saídas, capazes de preservar os direitos fundamentais da pessoa humana e viabilizar um mercado de consumo adequado para seus agentes. Observando-se que será tratado o seguinte universo: dados pessoais, assim considerados aqueles que tornam seus titulares identificados ou identificáveis; e nas relações de consumo vinculadas à Internet.

Ocorre que o formato atual de relações de consumo *online* não se mostra efetivo quanto à proteção de dados. Diuturnamente podem ser verificados abusos por parte dos fornecedores, questão motivada principalmente pela falta de um elemento essencial na relação entre eles: a informação.

Nesse viés, o trabalho segue a linha de estudar os contornos dessa nova sociedade da informação, em meios às novas tecnologias da era digital, demonstrando as transformações sociais consequentes. Para, na sequência, abordar a importância da informação nessa sociedade, uma breve distinção entre os conceitos de dado, informação, e dados pessoais, passando-se, então, ao estudo do valor econômico desses dados: de posse desse tipo de informação dos consumidores que os fornecedores tomam uma série de decisões de mercado e tentam cada vez mais seduzir clientes com técnicas, tanto ostensivas quanto persuasivas, por *marketing* direto, na busca pela maior lucratividade possível.

Diante dessa premissa, voltam-se os olhos para a figura do consumidor-usuário da Internet, que desconhecedor das técnicas de coleta, armazenamento e uso de seus dados pessoais muitas vezes nada ou pouco pode fazer para evitar abusos. O consumidor *online* se torna uma presa fugindo de caçadores numa selva, num ambiente digital cheio de armadilhas, como rastreadores de conduta (*cookies*), o que denota uma concreta ameaça de vigilância digital, com contornos *orwellianos*, a que está sujeito este indivíduo.

A divisão do trabalho segue delimitada, assim, com um primeiro capítulo, que se subdivide em tópicos destinados ao tratamento das questões supra, tendo como elemento central de estudo a informação: a sociedade da informação, o seu poder e valor econômico, a atividade de tratamento (da coleta ao uso). Encerra-se essa primeira parte com um estudo sobre a vulnerabilidade, principalmente informacional, do consumidor *online* – conforme princípio do direito do consumidor reconhecido desde a ordem constitucional para criação do Código de Defesa do Consumidor, quando veio a ser expressamente positivado como aspecto intrínseco ao sujeito, um reconhecimento presumido.

Já o segundo e último capítulo se destinará ao estudo das soluções pós-modernas aos problemas envolvidos nessa dinâmica de tratamento de dados pessoais, dividindo-se em títulos que abordarão a base do direito à proteção de dados pessoais, com princípios e direitos fundamentais a serem observados na relação de consumo, seguindo-se de um estudo da legislação aplicável à matéria, e finalizando com uma abordagem sobre a importância da proteção da confiança na relação de consumo *online*.

Nestes termos, a segunda parte do trabalho irá destacar os direitos fundamentais de privacidade, informação e liberdade informática, que atuarão como base da dinâmica de proteção de dados pessoais. Num segundo momento serão estudados os principais diplomas normativos sobre a matéria, na Europa e no Brasil, amarrando-se essas pontas com os desdobramentos decorrentes da necessidade de proteção da confiança e preservação da boa-fé.

Busca-se, nesse contexto, identificar os deveres mais básicos a que está adstrito o fornecedor e que poderão ser reclamados pelos consumidores, na condição de titulares do direito fundamental objeto do presente estudo: a proteção de dados pessoais.

Diante disso, se faz necessário estudo do tema para verificação de quais mecanismos serão imprescindíveis para apresentar uma solução ao problema e se a legislação existente em nosso ordenamento jurídico se mostra suficiente para o enfrentamento entre a dinâmica de coleta de dados pessoais atual e os direitos ora ameaçados.

2 DADOS, INFORMAÇÕES E O CONSUMIDOR NA ERA DIGITAL

O estudo da matéria de proteção de dados pessoais do consumidor *online* passa por uma análise prévia das questões que conduziram a nossa sociedade rumo a um novo tempo.

Adentramos num momento que muito mudou em relação a um passado não muito distante: basta olhar para as novas formas de se relacionar, de contratar, de comunicar. Na relação de consumo não seria diferente, e a alteração da dinâmica entre esses atores também se modificou. A chegada da era digital trouxe uma série de fundadas preocupações, na mesma proporção que impactou na vida de todos.

Agora, existe um novo espaço, que não é mais físico, mas cibernético, também chamado de ciberespaço, conforme termo cunhado em inglês por William Gibson, em sua obra *Neuromancer*.¹ Trata-se de um ambiente autônomo, pós-orgânico, um espaço não atingido por limites territoriais ou por uma autoridade central, um modelo virtual que por suas características destoa do mundo real.²

E nesse novo ambiente, onde tudo se transforma em um dado digital, ou mais precisamente *bits*, a informação toma grande relevo no contexto social. Exemplo disso são os reiterados ataques que vivenciamos recentemente, com vírus que rapidamente se difundiram *online* (*WannaCry* e *Petya*)³, objetivando o bloqueio dos aparelhos infectados e o sequestro das informações lá contidas. Também, não devemos esquecer que outras assustadoras notícias sobre espionagem digital, e inclusive de falhas de sistema que tornavam os usuários vulneráveis a ataques, foram veiculadas pela imprensa nos últimos tempos. E diante desse valor intrínseco, e da ampla e incontrolável circulação de dados no ciberespaço, que a preocupação sobre a proteção de dados pessoais ganha importância, ainda mais na relação de consumo – o que merece atenção especial pelo Direito.

Vejamos, então, essas transformações sociais que culminaram num momento de ruptura com as tradições do passado, de um novo tempo: a era digital. Torna-se

¹ BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade, o mercado de dados pessoais: protecção da vida privada na idade da Internet*. Lisboa: Editora Piaget, 2001. p.160.

² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.29.

³ ROHR, Altieres. *Segurança Digital: Petya x WannaCry: veja diferenças do novo ataque cibernético*. Portal de notícias Globo.com (G1). Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/petya-x-wannacry-veja-diferencas-do-novo-ataque-cibernetico.html>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

importante, agora, inferir o que seria essa nova era, e analisar o contexto social que culminou numa sociedade da informação, para, então, adentrarmos no estudo dos conceitos relacionado ao tema de proteção de dados pessoais.

2.1 ERA DIGITAL: A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A sociedade está em constante estágio de metamorfose, ao passo que se reinventa e altera a forma de relação entre os indivíduos, o que notadamente pode se justificar devido aos avanços tecnológicos e de conhecimento que presenciamos no decorrer da história. A partir da Revolução Industrial já podemos identificar, inclusive, invenções que ganharam importância na dinâmica social⁴, servindo como um impulso desenvolvimentista.

O surgimento do automóvel é um grande exemplo de impacto na vida cotidiana que não se poderia imaginar naquela época, sendo principal elemento responsável pela criação dos subúrbios, pela maior fragmentação das famílias, pelo desenvolvimento de estradas e construção de shoppings e supermercados. Trata-se de evolução representativa de descontinuidade em nossa sociedade, um rompimento com tradições do passado.⁵

Hoje, com o advento do computador, da Internet⁶ e dos *smartphones*, dentre outros dispositivos “inteligentes”, vivenciamos o constante desenvolvimento da tecnologia e dos meios de comunicação, com incontáveis reflexos sociais. Temos como marco dessa nova sociedade, segundo Manuel Castells, o surgimento das novas tecnologias de informação, o que teve início nos Estados Unidos, a partir de estudos que vieram a dar resultados expressivos na década de 90, quando essa

⁴ Assim destacam os autores MACEDO, Humberto Paim; MARTINS, Flávio Alves. *Internet e Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.8; e DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.34-35.

⁵ PEPPERS, Don. *Marketing um a um: marketing individualizado na era do cliente*. Rio de Janeiro: Campus, 1994. p.1-2.

⁶ Conforme MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.32 : “A Internet pode ser definida como uma rede de computadores ligados entre si, perfazendo a conexão por meio de um conjunto de protocolos, denominados TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*), de maneira que a identificação das suas fronteiras físicas se torna impossível em virtude da sua difusão pelo planeta, atravessando várias nações como se fora um rio, tendo englobado milhares de outras redes ao redor do mundo, que passaram a adotar tais protocolos. [...] Não se pode falar em uma rede única, mas na conexão de várias redes entre si, dentro das quais é possível a comunicação a partir de qualquer ponto, ou na confederação formada por um conjunto de redes que empresta cobertura à quase totalidade do globo terrestre, verdadeira rede das redes”.

tecnologia da Internet começou a ser acessível aos consumidores.⁷ Inicia-se, aqui, o que podemos chamar de era digital.

Assim, a partir dos anos 90 a Internet começou a ganhar outros contornos, deixando de ser uma rede destinada meramente para fins militares ou acadêmicos, tornando-se um verdadeiro mercado de consumo. Tudo isso impulsionado, principalmente, pela tecnologia *World Wide Web*, desenvolvida pelo cientista Tim Berners-Lee, que objetivava encontrar um método de divisão de informações. Já com o padrão HTML restou possibilitado esse armazenamento de dados em várias formas, desde textos a imagens, que poderiam ser carregados em um único arquivo.⁸ A Internet deixa, então, de ser um mero meio de comunicação e troca de informações, para ser suporte a atividades econômicas.⁹

Em decorrência dessa revolução da tecnologia de informação surgiu uma nova economia,¹⁰ que passou a ser globalizada¹¹, informacional¹² e, também, em

⁷ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p.13 et seq., nos ensina que a história da Internet começou a se desenhar no final da década de 50, em meio a uma corrida pela supremacia tecnológica entre Estados Unidos e União Soviética, quando o governo americano, por intermédio de seu Departamento de Defesa e da *Advanced Research Projects Agency* (ARPA), buscou a criação de uma rede para compartilhamento de informações entre computadores de seus centros universitários de pesquisa (Arpanet). A tecnologia inicialmente utilizada era oriunda de sistemas militares de telecomunicações, que após constantes aperfeiçoamentos se voltou para dois tipos de uso distintos: militar (rede Milnet) e de pesquisa científica e acadêmica (rede Arpa-Internet). Posteriormente, houve uma difusão da tecnologia, com o surgimento de outras redes paralelas (como Fidonet, Bitnet e Unix), o que viabilizou o surgimento de inovações ao redor do mundo (HTML, URL, TCP/IP e Java) – tecnologias que foram sendo conjugadas para melhor desenvolvimento da rede, principalmente com a possibilidade de contribuição pelos usuários (Linux) – o que culminou com a comercialização da tecnologia, que antes era restrita. Este processo de popularização ganhou força diante da produção de computadores já contendo tecnologia capaz de viabilizar a conexão à rede, no início da década de 90, e com o maior alcance do público a partir da implementação do navegador Internet Explorer no sistema operacional Windows 95 da Microsoft.

⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.34.

⁹ BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade, o mercado de dados pessoais: proteção da vida privada na idade da Internet*. Lisboa: Editora Piaget, 2001. p.15.

¹⁰ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p.119.

¹¹ Sobre globalização BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p.66-67, leciona que: “Esta nova e desconfortável percepção das ‘coisas fugindo ao controle’ é que foi articulada (com pouco benefício para a clareza intelectual) num conceito atualmente na moda: o de globalização. O significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. A globalização é a ‘nova desordem mundial’ de Jowitt com um novo nome”.

¹² De acordo com ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da sociedade da informação: estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.67-68: Trata-se de uma sociedade que se caracteriza principalmente pelo uso de computadores e pelas bases de dados eletrônicos, onde os bens são agora imateriais - inclusive pela possibilidade de digitalização -, com ampla circulação de informações pela rede. A Internet funciona numa infraestrutura global, como rede aberta, com a participação interativa e integradora, de todos para todos.

rede¹³. Além disso, tais avanços refletiram de forma complexa na cultura e na política.¹⁴ A tecnologia passou a ser parte da sociedade, não podendo ser dela dissociada, funcionando como importante ferramenta que molda uma nova realidade.¹⁵

A Internet é hoje a base da comunicação, fundada na conexão de computadores¹⁶ ou outros dispositivos eletrônicos, numa rede aberta para transmissão e armazenamento de dados¹⁷. Conforme destaca Ricardo Lorenzetti, o mundo empírico dá lugar a um mundo virtual, de troca de conhecimentos, como se as pessoas se conectassem com outras de forma intelectual, por ligações cerebrais.¹⁸

São outros tempos, uma era da informação, da informática, que se desdobra através de equipamentos e procedimentos de processamento de dados, facilitando a disponibilidade, o acesso e o tratamento contínuo de informações. Diante disso, e com os dispositivos eletrônicos de conexão à Internet, nossa sociedade chega à era digital.¹⁹ Uma era que cada vez mais nos desafia perante problemas²⁰ que tomam nova roupagem no espaço cibernético,²¹ ensejando regulação pelo direito,²² razão pela qual questões como a privacidade e a proteção de dados tem ganhado cada vez mais enfoque nos dias atuais, e em especial nas relações de consumo.

¹³ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p.565-566, nos ensina que: "Redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura. Embora a forma de organização social em redes tenha existido em outros tempos e espaços, o novo paradigma da tecnologia da informação fornece a base material para sua expansão penetrante em toda a estrutura social.[...] A rede desempenha um papel fundamental na caracterização da sociedade na era da informação, e pode ser definida como: um conjunto de nós interconectados. Nó é o ponto no qual uma curva se entrecorta. Concretamente, o que um nó é depende do tipo de redes concretas de que falamos".

¹⁴ MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. *Revista de Direito Privado*, v.70, out.2016, p.3.

¹⁵ Assim estabelecem CASTELLS, *op. cit.*, p.43; e DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.32.

¹⁶ CASTELLS, *op. cit.*, p.431-432.

¹⁷ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A regulamentação do uso da Internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Revista Direito & Justiça*. v.41, n.2, jul./dez. 2015. p.127.

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.32.

¹⁹ MACEDO, Humberto Paim; MARTINS, Flávio Alves. *Internet e Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.9 et seq.

²⁰ DONEDA, *op. cit.*, p.57, defende que os problemas atuais estavam de certa forma já incubados em tecnologias anteriores, que provocaram fenômenos semelhantes na sua época.

²¹ MORATO, Antonio Carlos. Mensagens eletrônicas não solicitadas como prática abusiva no mercado de consumo. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 3, abr. 2011. p.3.

²² DONEDA, *op. cit.*, p.39

Importa aqui destacar a figura do usuário da Internet, que atua ao mesmo tempo como usuário e consumidor enquanto conectado - o próprio acesso à Internet se dá por uma relação de consumo, e a partir do ingresso no ciberespaço muitas outras relações de consumo vão se perfectibilizando. Trata-se do consumidor *online*, consumidor conectado, ou usuário-consumidor²³, sujeito este que desempenha importante papel na rede mundial de computadores, devido a grande quantidade de aplicações comerciais de que participa, numa dinâmica que supera a tradicional relação de consumo até poucos anos delineada.

E dessa interação cada vez maior do consumidor com a tecnologia, e do respectivo acesso a novos produtos e serviços através da Internet, que verificam-se os reflexos no âmbito do direito do consumidor das transformações enfrentadas por nossa sociedade nos últimos anos: estamos inseridos em um novo mundo.²⁴

Claudia Lima Marques nos ensina que vivenciamos uma crise na atual sociedade de consumo, tempos de desafio para o direito quanto à concessão de respostas adequadas e gerais aos problemas da sociedade, diante de seu constante desenvolvimento.²⁵

Numa velocidade acentuada a comunicação vai se transformando, caracterizando um novo contexto social, que torna possível as seguintes percepções sobre a atual sociedade e sobre sua organização: em rede²⁶ por estar conectada pelas novas formas de comunicação informatizadas; de vigilância²⁷ tendo em vista a diversidade de meios pelos quais os sujeitos podem ter suas atividades monitoradas; e da informação²⁸ em razão do elemento fundante dessa nova sociedade, quando o conhecimento se torna valoroso e se traduz em poder.

²³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.114.

²⁴ BARRICHELLO, Eugenia Maria Mariano da Rocha; MOREIRA, Elizabeth Huber. A análise da vigilância de Foucault e sua aplicação na sociedade contemporânea: estudo de aspectos da vigilância e sua relação com as novas tecnologias de comunicação. *Intexto*, Porto Alegre, UFRGS, n.33, mai./ago. 2015. p.64.

²⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.168-169.

²⁶ Conforme CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

²⁷ Conforme RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²⁸ Conforme ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da sociedade da informação: estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Diante disso, podemos verificar que a denominação que se pretende atribuir à sociedade contemporânea²⁹ pode variar, mas o espírito da nomenclatura prevalece. O centro das atenções e o objeto de estudo é a informação, daí as vastas denominações nesse sentido: sociedade da informação ou sociedade do conhecimento, economia da informação ou sociedade em rede.³⁰ É uma sociedade com desenvolvimento “baseado em dados, informação e conhecimento, ou seja, calcada em bens imateriais, marcada pelo avanço tecnológico, passando a fornecer as bases da economia em geral”³¹.

Na visão de Sophia Martini Vial a sociedade da informação pode ser caracterizada “pelo surgimento de blocos econômicos e pela globalização, pela acessibilidade, rapidez e fluidez do acesso à informação. Essa transformação consiste em uma quebra de paradigma, onde passamos da modernidade para a pós-modernidade”.³²

Como destaca Claudia Lima Marques:

A sociedade de consumo atual e, em especial, o consumidor são sujeitos ativos deste fenômeno. Basta observar a sociedade brasileira deste início de século XXI, onde convivem a "idade média" das favelas, a "modernidade" dos parques industriais fordistas e a "pós-modernidade" das relações virtuais, desmaterializadas, cada vez mais fluidas e instáveis, a sociedade de informação, a globalização niveladora das culturas, a riqueza especulativa pós-fordista, o renascimento das identidades, tudo na mesma sociedade, convivendo e interagindo entre tolerância e radicalismo, exclusão e setores de excelência - basta receber esta nova imagem para concluir: algo mudou. [...] Vivemos efetivamente um momento de mudanças, não só legislativas, mas políticas e sociais. Os europeus estão a denominar este momento de queda, rompimento ou ruptura (*Umbrunch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado, de pós-modernidade.³³

²⁹ Conforme CANTO, Rodrigo Eidelvein. Direito do consumidor e vulnerabilidade no meio digital. *Revista de Direito do Consumidor*, v.87, mai./jun. 2013. p.2: “sociedade da informação, pós-industrial, de risco ou pós-moderna são algumas das denominações comumente empregadas pelos pensadores quando se referem à contemporaneidade”.

³⁰ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.19.

³¹ SOARES, Roger da Silva Moreira; BARBOSA, Marco Antônio. A informação como produto e a proteção do consumidor na sociedade da informação: estudo de caso. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v.11, n.3, 2016, p.872-873.

³² VIAL, Sophia Martini. A sociedade da (des)informação e os contratos de comércio eletrônico do Código Civil às atualizações do Código de Defesa do Consumidor, um necessário diálogo entre fontes. *Revista de Direito do Consumidor*, vol.88, jul./ago. 2013, p.4.

³³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.170-172.

Podemos, assim, considerar que a atual sociedade de consumo se encontra num estágio pós-moderno,³⁴ que representa uma nova etapa, com mudanças e incertezas que decorrem desse momento. Mas, no seio dessa pós-modernidade podemos colocar dois elementos: o conhecimento e a tecnologia da informação, que motivam as respectivas denominações de *sociedade da informação* e de *era digital*.

A origem da expressão sociedade da informação, que será mais comumente adotada no decorrer do trabalho, é atribuída a Jacques Delors, que, em 1993, na condição de Presidente da Comissão Europeia, teria assim chamado a sociedade, definindo-a pela característica da difusão do uso da tecnologia da informação em vastas áreas, desde a economia até a vida cotidiana do cidadão comum.³⁵

A sociedade, que após a revolução tecnológica iniciou uma transição da sociedade industrial para a informacional,³⁶ faz uso da tecnologia da informação, por meio da Internet e de equipamentos de informática, para atividades que vão desde a gravação até a manipulação de dados,³⁷ passando pela coleta, seleção e triagem,³⁸ ou como define Manuel Castells: gerar, armazenar, recuperar, processar e transmitir.³⁹ Trata-se de um modelo global de massificação da informação que se difunde pelas mais variadas formas de conexão,⁴⁰ em redes que integram o mundo,⁴¹ e permitem todo o tipo de exploração de informação, sem limite de espaço, tempo e volume.⁴²

Como refere Peter Burke, “uma das razões para se afirmar que vivemos numa sociedade da informação é que a produção e venda de informações contribui de

³⁴ Conforme CANTO, Rodrigo Eidelvein. Direito do consumidor e vulnerabilidade no meio digital. *Revista de Direito do Consumidor*, v.87, p.179-210, mai./jun. 2013. p.7: “A Internet acabou atuando como instrumento potencializador dessa sociedade pós-moderna, reorganizando toda a estrutura sobre a qual estava embasado o paradigma industrial - trabalho e capital -, e que será substituída pelas variáveis centrais da sociedade pós-industrial - a informação e o conhecimento.”

³⁵ MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. *Revista de Direito Privado*, v.70, out. 2016. p.3.

³⁶ VIAL, Sophia Martini. A sociedade da (des)informação e os contratos de comércio eletrônico do Código Civil às atualizações do Código de Defesa do Consumidor, um necessário diálogo entre fontes. *Revista de Direito do Consumidor*, vol.88, jul./ago. 2013, p.4.

³⁷ CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol.8, ago. 2015, p.2.

³⁸ MOREIRA, *op. cit.*, p.3.

³⁹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p.68.

⁴⁰ MOREIRA, *op. cit.*, p.2.

⁴¹ CASTELLS, *op. cit.*, p.68.

⁴² KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A regulamentação do uso da Internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Revista Direito & Justiça*. v.41, n.2, jul./dez. 2015. p.129.

maneira considerável para as economias mais desenvolvidas”⁴³. Entretanto, ainda que os avanços tecnológicos possam representar significativas melhorias para a sociedade, tanto para a comunicação quanto para o conforto, não se deve desviar a atenção sobre possíveis práticas lesivas.

Diante disso, uma legítima preocupação toma forma:⁴⁴ a coleta e o uso indevido de dados pessoais, o que se vislumbra muito comumente nas relações de consumo, considerando-se a flagrante vulnerabilidade do consumidor *online* perante o fornecedor, e os interesses comerciais que surgem a partir do tratamento de dados pessoais, o que passamos agora a estudar.

2.2 O VALOR DA INFORMAÇÃO: TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Neste tópico iremos debater como a informação passou a ter um grande valor dentro dessa nova sociedade, que, com o auxílio das novas tecnologias da informação, fundou-se justamente nesse elemento. O que motiva uma verdadeira caça aos dados pessoais dos consumidores para os mais diversos fins mercadológicos, através do que podemos chamar de “tratamento” desses dados.

Conforme definição extraída do novo Regulamento Europeu de Proteção de Dados⁴⁵ (art. 4º)⁴⁶, diploma que será estudado no segundo capítulo desta obra, tratamento de dados corresponde à realização de uma ou mais operações efetuadas sobre dados pessoais, da coleta ao uso desses dados. Logo, o objetivo deste tópico é estudar o valor da informação e percorrer esse caminho da informação *online*, do consumidor até o fornecedor.

⁴³ BURKE, Peter. *Uma história do conhecimento: de Gutenberg a Diderot*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p.136.

⁴⁴ Conforme AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p.201: “da descoberta do fogo à bomba atômica, da roda à engenharia genética, o homem enfrenta um duelo com a sua própria inteligência. Assim sendo, toda e qualquer inovação carrega consigo a curiosidade e o temor”.

⁴⁵ PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016*, sobre proteção da pessoa quanto ao tratamento de dados pessoais e circulação desses dados, em revogação à Diretiva 95/46/CE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁴⁶ Conforme art. 4º do Regulamento: “Para efeitos do presente regulamento, entende-se por [...] Tratamento, uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição”.

Mas, antes precisamos refletir sobre a existência de diferenciação entre os termos dado, informação e dados pessoais.

Apesar de serem muito utilizados como se sinônimos fossem, parte da doutrina os diferencia da seguinte maneira: *dado* seria uma forma primitiva e fragmentada, o que denota um estado anterior ao da informação; enquanto que a informação permite uma interpretação completa pelo receptor.⁴⁷ Para alguns, o termo dado estaria mais associado ao formato digital, ou seja, a informação desmaterializada.⁴⁸ Já a informação poderia ser conceituada como “o conjunto de dados elaborados de maneira a permitir o conhecimento e o seu uso”⁴⁹.

Antonia Klee considera que usualmente uma expressão corresponde à outra, mas tecnicamente possuem distinções, destacando que os *dados pessoais* são informações tratadas, com caráter nominativo, possibilitando a identificação de seu titular.⁵⁰ No mesmo sentido, sobre dados pessoais, Laura Mendes preceitua que são “os fatos, comunicações e ações que se referem a circunstâncias pessoais ou materiais de um indivíduo identificado ou identificável”⁵¹.

Logo, pode-se considerar que um dado pode ser elemento que compõe uma informação, sendo no mundo digital representado por uma sequência de *bits* que quando agregados de um modo poderão formar uma informação que será inteligível pela mente humana que a recebe. Enquanto isso, dado pessoal é aquele que se refere a um indivíduo, titular deste dado, e que o torne capaz a identificação pela análise dessa informação, seja em estado bruto (na forma de dado) ou completo (como informação).

Exemplificando, a imagem que vemos na tela do computador é composta por uma série de *pixels*, que nada mais são do que “pontos de cor” a serem “iluminados” no monitor, e esse conjunto gera uma imagem sobre a qual praticamente não percebemos a existência destes pequenos pontos - que isolados não fariam sentido

⁴⁷ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.152.

⁴⁸ ACIOLI, Caterine Gonçalves. A proteção dos dados dos consumidores: reflexão sobre caminhos para sua efetividade no Brasil. *Revista Direito & Justiça*, Porto Alegre, v.38, n.2, jul./dez. 2012. p.133.

⁴⁹ DOTTE, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.304.

⁵⁰ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A regulamentação do uso da Internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Revista Direito & Justiça*. v.41, n.2, jul./dez. 2015. p.127.

⁵¹ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.55-56.

algum. Quando falamos em dados e informações essa mesma premissa se aplica, por analogia, pois a informação que recebemos e podemos compreender pelo meio digital é composta por uma série de dados, e esses dados quando relacionados a uma determinada pessoa, e agrupados, podem ser capazes de formar uma verdadeira imagem deste indivíduo.

Superada essa diferenciação preliminar, podemos, agora, tentar compreender a importância destes dados ao fornecedor no mercado de consumo. Verifica-se, nos dias atuais, uma espécie de busca constante pelo aumento da lucratividade, que deve, porém, ser freada a partir do momento que desafia os direitos mais básicos do cidadão, acarretando em lesões à personalidade daquele que tem seus dados indevidamente tratados: coletados, arquivados, transferidos, usados - caminho este, de possíveis lesões ao consumidor *online*, que será estudado logo após essa primeira análise sobre a importância da informação nessa nova era digital.

2.2.1 A informação como um bem econômico

As empresas manipulam cada vez maior quantidade e as mais variadas informações para os fins de preparar suas estratégias de mercado. Diante disso, a informação surge como um poder, e o dado se torna um recurso a ser usado dentro de uma tecnologia de informação cada vez mais invasiva.⁵²

Determinadas informações podem ser muito valiosas para os fornecedores, haja vista a possibilidade de determinar o sucesso destes no mercado, como, por exemplo, as características buscadas em um grupo de consumidores: interesses, endereço, renda, costumes e hábitos. Hoje, o fornecedor quer identificar onde e por quem seu produto ou serviço poderá ser consumido, a fim de visualizar o melhor mercado de consumo para ele.⁵³

Podemos, inclusive, afirmar que a informação é hoje um dos ativos mais importantes para os fornecedores, ao passo que “a informação produzida pelos consumidores rende dinheiro às empresas”⁵⁴. Geoffrey Miller destaca que a

⁵² BARBIERI, Carlos. *Modelagem de dados*. Rio de Janeiro: Infobook, 1994. p.2.

⁵³ SOARES, Roger da Silva Moreira. BARBOSA, Marco Antônio. A informação como produto e a proteção do consumidor na sociedade da informação: estudo de caso. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v.11, n.3, 2016. passim.

⁵⁴ BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade, o mercado de dados pessoais: protecção da vida privada na idade da Internet*. Lisboa: Editora Piaget, 2001. p.39.

produção deixou de ser guiada pelo histórico de lucros dos últimos meses, passando para uma pesquisa empírica de preferências e da personalidade dos consumidores: “a ‘mão invisível’ de Adam Smith gerou o olho invisível”.⁵⁵

Estamos, assim, diante de uma sociedade que preza pela informação e que a trata como se fosse um produto,⁵⁶ ou uma mercadoria:⁵⁷ deixa a informação de ser um instrumento, e passa a ser um bem em si mesmo, comercializável.⁵⁸

Stefano Rodotà compartilha essa ideia de que a organização social de nossa sociedade se funda no acúmulo e circulação de informação, o que se firma cada vez mais como um recurso associado ao poder, que somente o terá quem detém a informação.⁵⁹ Trata-se de elemento essencial na sociedade para definição de poder, construindo uma dinâmica entre: poder, informação, pessoa e controle.⁶⁰ Pode-se dizer que “quem domina a informação domina o mundo”⁶¹, e como destaca Danilo Doneda, “não é por outro motivo que um forte controle da informação é característica comum aos regimes totalitários”⁶².

Assim, a informação deixou de ser um mero recurso, razão pela qual o seu entendimento como mercadoria passa pela necessária análise do problema da disponibilidade de tais informações, da forma como elas são coletadas e colocadas em circulação.⁶³

Nesse cenário, as empresas tendem a armazenar registros com amplas informações dos consumidores, ainda mais considerando as possibilidades de manutenção destes dados com um baixo custo, devido às tecnologias de informação atualmente existentes. Há que se constatar que “a importância da informação

⁵⁵ MILLER, Geoffrey. *Darwin vai às compras: sexo, evolução e consumo*. Rio de Janeiro: BestSeller, 2012. p.57.

⁵⁶ SOARES, Roger da Silva Moreira; BARBOSA, Marco Antônio. A informação como produto e a proteção do consumidor na sociedade da informação: estudo de caso. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v.11, n.3, 2016. p.871.

⁵⁷ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.46.

⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.55.

⁵⁹ RODOTÀ, *op. cit.*, p.35.

⁶⁰ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.15-16.

⁶¹ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A regulamentação do uso da Internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Revista Direito & Justiça*. v.41, n.2, p. jul./dez. 2015. p.129-130.

⁶² DONEDA, *op. cit.*, p.14.

⁶³ RODOTÀ, *op. cit.*, p.46.

aumenta na medida em que a tecnologia passa a fornecer meios para torná-la útil a um custo razoável”⁶⁴.

Hoje a informatização proporcionou novos métodos e técnicas para captura de dados pessoais e seu tratamento, sendo possível processar mais dados em menos tempo, bem como se obter a partir destes dados informações de grande valor e utilidades diversas.⁶⁵

Diante disso, a perseguição desse objetivo pelas empresas pode se tornar tão lucrativa quanto lesiva ao direito do consumidor, pois quando objetivada somente a maximização dos lucros se abre espaço para a violação dos direitos fundamentais.⁶⁶

Cumpra agora traçar um verdadeiro caminho desde a coleta até o uso da informação pelos fornecedores, no âmbito da Internet, procedendo algumas conceituações e identificando os principais mecanismos utilizados neste processo de tratamento de dados pessoais do consumidor.

2.2.2 Coleta e uso de dados pessoais

Reitera-se, aqui, a percepção de que as informações digitais coletadas sobre a vida humana possuem a cada dia um maior valor, seja sob o ponto de vista econômico, social, científico ou político. Notadamente, após uma venda ou prestação de serviços as empresas identificam um rastro deixado pelo consumidor, que se analisado de certa forma poderá, com poucas informações, formar um panorama e um perfil daquele que teve seus dados coletados.

Agora, imagine-se entrando em um shopping e sendo seguido por um funcionário que anota todas as suas ações lá dentro (por onde andou, que lojas frequentou, pelo que se interessou, o que efetivamente comprou). Isso seria bastante desconfortável, aparentemente para todos, mas não se diferencia muito do que ocorre no ambiente virtual. Exatamente por essa razão muitos fornecedores sabem qual produto determinado consumidor gosta, qual nunca compraria, e como seduzi-lo a realizar impulsivamente uma compra.

⁶⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.15.

⁶⁵ *Ibidem*. p.172.

⁶⁶ SOARES, Roger da Silva Moreira; BARBOSA, Marco Antônio. A informação como produto e a proteção do consumidor na sociedade da informação: estudo de caso. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v.11, n.3, 2016. p.871.

Diante disso, a mesma tecnologia que traz vantagens, como a rapidez na troca de informações e a aproximação entre sujeitos, deve ser objeto de preocupação pela possibilidade de abusos, em contrariedade ao interesse dos seus titulares,⁶⁷ como a vigilância, que acaba por viabilizar o conhecimento sobre quem ela paira e o conseqüente exercício de poder sobre seus alvos.⁶⁸

Danilo Doneda nos traz dois tipos de técnicas utilizadas pelos fornecedores quanto à coleta e tratamento de dados pessoais dos consumidores: *profiling* e *data mining*.⁶⁹ Insta salientar que existem outras tecnologias, como destacado por Laura Mendes, mas que não são tão conhecidas quanto às demais e também não divergem muito de sua forma e finalidade, razão pela qual trataremos das duas principais destacadas por Doneda.

Profiling consiste na elaboração de um perfil completo de um indivíduo, com base em dados e informações coletadas e tratadas, por métodos capazes de identificar, dentre outras coisas, preferências e hábitos (a partir desse perfil se cunhou e expressão identidade digital, ou identidade informática)⁷⁰. Com essa construção de perfis o fornecedor pode chegar a uma imagem confiável e detalhada do consumidor, com uma previsibilidade comportamental.⁷¹ Conforme Anderson Schreiber, um conjunto de informações sobre uma pessoa são organizadas para o fim de gerar uma determinada classificação, reduzindo a pessoa humana a um perfil categorizado.⁷²

Data mining, ou mineração de dados, por sua vez, consiste na busca de tendências e padrões a partir da análise de um conjunto de dados, gerando a possibilidade de se encontrar informações de grande potencial a partir de informações em estado bruto, e sem grande importância quando analisadas de forma isolada.⁷³ Nas palavras de Jim Sterne, *data mining* seria a análise de dados indutiva, quando a partir do estudo de dados complexos e em grande quantidade se

⁶⁷ SOARES, Roger da Silva Moreira; BARBOSA, Marco Antônio. A informação como produto e a proteção do consumidor na sociedade da informação: estudo de caso. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. v.11, n.3, 2016. p.871.

⁶⁸ BARRICHELLO, Eugenia Maria Mariano da Rocha; MOREIRA, Elizabeth Huber. A análise da vigilância de Foucault e sua aplicação na sociedade contemporânea: estudo de aspectos da vigilância e sua relação com as novas tecnologias de comunicação. *Intexto*, Porto Alegre, UFRGS, n.33, mai./ago. 2015. p.65-67.

⁶⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.173-180.

⁷⁰ DONEDA, loc. cit.

⁷¹ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.111.

⁷² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.139-140.

⁷³ DONEDA, *op. cit.*, p.173-180.

chega a um padrão capaz de revelar as condições que levam o consumidor a comprar ou clicar em um dado anúncio,⁷⁴ ou, então, combinadas para a classificação de pessoas ou coisas.⁷⁵

Tudo isso nos remete ao fenômeno que podemos chamar de *Big Data*, que se funda no tratamento pelas empresas de um grande número de informações (com uma máxima guarda de dados), que por vezes são destinadas para alcançar uma determinada informação perseguida, como o fluxo de trânsito em uma via, por exemplo. Assim, esse acúmulo de grande quantidade de dados reflete na “habilidade de dominar a informação mediante métodos inovadores, com o objetivo de produzir bens ou percepções úteis e serviços de valor significativo”⁷⁶. Mas, ainda que não mire individualmente os consumidores, a partir do momento que houver um cruzamento ou mineração de dados para criação de seu perfil ou identidade informática, poderemos identificar lesões decorrentes desse tipo de prática⁷⁷. Ocorre que “os dados, antes coletados para uma finalidade específica e posteriormente esquecidos, passaram a ser encarados como uma matéria bruta para negócios alternativos, mostrando-se como insumos vitais para criação de novas formas de valor econômico”⁷⁸.

O fornecedor, então, realiza a guarda do maior número de dados a ele acessíveis, diante do que podemos notar a existência de imensos bancos de dados pessoais de consumidores que são geridos pelas empresas. Trata-se da consequência lógica da coleta organizada, visando à otimização e eficácia de tratamento de dados e viabilizando o acesso às informações por diversas fontes.⁷⁹

Convém destacar que os bancos de dados não representam uma novidade decorrente dessa nova era e das novas tecnologias, pois desde longa data informações são guardadas e catalogadas. Uma das mais conhecidas formas de bancos de dados se refere aos chamados cadastros de proteção ao crédito, criados para atender à necessidade de confiança entre partes que não se conheciam e

⁷⁴ STERNE, Jim. *Serviço ao cliente na Internet*. São Paulo: Makron Books, 2001. p.248-250.

⁷⁵ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.109.

⁷⁶ CRAVO, Victor. O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária? *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v.8, n.1, mai. 2016. p.178-180.

⁷⁷ Conforme SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.158: “Dessa constante prospecção resulta risco significativo à dignidade humana, na medida em que a complexidade do ser humano acaba reduzida a certo perfil comportamental, construído, no mais das vezes, sem qualquer participação ativa do próprio indivíduo”.

⁷⁸ CRAVO, *op. cit.*, p.180.

⁷⁹ DOTTI, Renê Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.304.

pretendiam formar uma relação de crédito – considerando que aquele que concede deve ter uma mínima percepção da outra parte, para auferir se o beneficiário terá condições de adimplir a obrigação assumida.⁸⁰

Tais bancos de dados funcionavam com a coleta e o armazenamento de informações que seriam disponibilizadas para mensurar o grau de confiança que poderia ser depositado na outra parte, se ela seria merecedora do crédito. Desde então, o tema ganhou atenção do universo jurídico sendo objeto de discussões, principalmente pela falta de consentimento do titular quanto à guarda e uso de seus dados pessoais. Como resultado, convencionou-se que a prática seria tolerável em vista de sua importância para o mercado de consumo e proteção da confiança entre as partes, haja vista principalmente o risco da atividade de concessão de crédito. Tal prática foi regulada, em nosso ordenamento jurídico, no art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, impondo-se limitações a abusos.⁸¹

Ocorre que nesse momento o processo de guarda de informações toma proporções inimagináveis, ao passo que indiscriminadamente dados pessoais são armazenados por um grande número de fornecedores, inviabilizando o controle pelo titular. Ademais, nos dias atuais os bancos de dados não se restringem mais a um tipo específico de informação⁸², como as creditícias, pois cada dado coletado tem o seu valor e serventia ao fornecedor, uma vez que se objetiva o interesse comercial na formação de um perfil de consumidor ou grupo deles, formado com base num mosaico de dados coletados⁸³.

⁸⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.25 et. seq.

⁸¹ PINCINATO, Marcelo Frossard. Histórico, natureza jurídica e responsabilidade civil dos bancos de dados e cadastros de consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, n.60, out./dez. 2006, p.103 et. seq.

⁸² SOARES, Roger da Silva Moreira; BARBOSA, Marco Antônio. A informação como produto e a proteção do consumidor na sociedade da informação: estudo de caso. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v.11, n.3, 2016. p.871, nos ensinam que um exemplo de modelagem de dados pode ser verificado na Lei n. 11.903, de 14 de janeiro de 2009, que dispõe sobre o rastreamento da produção e do consumo de medicamentos por meio de tecnologia de captura, armazenamento e transmissão eletrônica de dados. No caso, a previsão normativa possibilita um rastreamento preciso do medicamento prescrito, desde sua fabricação, passando pela identificação do profissional que receitou, até a entrega ao consumidor, o qual tem suas informações de identificação armazenadas em um banco de dados.

⁸³ GOULART, Guilherme Damasio. Por uma visão renovada dos arquivos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v.107, set./out. 2016. p.458-459, nos apresenta a figura dos *databrokers*, assim os conceituando: “são instituições que coletam e mantêm dados de milhões de pessoas para a realização de análise e empacotamento dos dados, podendo ou não processar informações pessoais. [...] É comum que os *databrokers* coloquem as pessoas nos chamados *buckets* (ou

Hoje, grande receita de lucros de *sites* vem da publicidade e *marketing*, e decorre diretamente da atividade de coleta de dados, capaz de delimitar faixas de consumidores a serem atingidos.⁸⁴ Exemplificando, a *Amazon* pode lucrar vendendo dados sobre o interesse de seus clientes para a produção de novas obras literárias.⁸⁵

O fornecedor, então, tem em suas mãos grande quantidade de informação, sobre as quais possui métodos para captura e tratamento, objetivando um determinado uso comercial, conforme estudado. Mas, esses métodos precisam de uma porta de entrada de dados, a fim de viabilizar a sua guarda, mineração ou formação de perfil, o que somente será viabilizado com o uso de alguns instrumentos que estão à disposição dos fornecedores e muitas vezes são desconhecidos, ou ignorados, por partes dos consumidores – o que passamos, agora, a estudar.

2.2.3 Instrumentos de captura de dados pessoais

Como ferramentas para o desenvolvimento das técnicas de coleta estudadas o fornecedor poderá se fazer valer de um vasto número de aplicações virtuais com a finalidade de identificação do usuário e de suas ações.⁸⁶ Como destaca Laura Mendes, as principais fontes para obtenção de dados dos consumidores “são as seguintes: (i) transações comerciais, (ii) censos e registros públicos; (iii) pesquisas de mercado e de estilo de vida; (iv) sorteios e concursos; (v) comercialização e cessão de dados; e (vi) tecnologias de controle na Internet”⁸⁷.

Como o presente trabalho se volta para a proteção dos consumidores *online* vamos nos ater à fonte de coleta de dados relacionada à Internet, em especial referente às tecnologias de controle, mas sem descuidar que, por vezes, o próprio consumidor insere suas informações para acesso a algum cadastro (para compra, recebimento de benefício ou participação em sorteios ou concursos, por exemplo), porém não o faz totalmente ciente das repercussões disso e das possibilidades de

baldes), que nada mais são do que categorias. O problema é que, dependendo da classificação, há um grande potencial de discriminação”.

⁸⁴ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p.144.

⁸⁵ BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade, o mercado de dados pessoais: proteção da vida privada na idade da Internet*. Lisboa: Editora Piaget, 2001. p.18.

⁸⁶ *Ibidem*. p.65-67.

⁸⁷ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.96.

uso de suas informações pessoais - exemplo disso são os chamados cartões fidelidade⁸⁸, que além dos benefícios concedidos ao consumidor entregam um verdadeiro perfil comportamental deste agente ao fornecedor (endereço, frequência de compras, tipo de produtos, composição familiar, etc.).⁸⁹

No âmbito digital, como afirmado por Fernanda Bruno, em pesquisa realizada em 2010, foram identificados 362 rastreadores de dados numa análise de apenas cinco *sites* de conteúdos brasileiros, que estariam na lista de mais acessados, e mais 295 rastreadores em duas redes sociais, calculando-se que aproximadamente 68% destes rastreadores serviriam para propósitos de *marketing* digital.⁹⁰

Dentre as mais conhecidas formas de coletas de dados *online*, enquadrada como tecnologia de controle na Internet - tema que vamos nos ater no presente trabalho - podemos destacar os *cookies*, uma espécie de rastreador de dados, de uso muito frequente no ambiente virtual, presente nos mais variados *sites*.

Podemos conceituar *cookies* como arquivos que ficam no disco rígido do dispositivo eletrônico do usuário e armazenam um número identificador deste, de forma conjunta com as demais informações que vão sendo gravadas por um servidor *web*, da seguinte forma: se não reconhecer um *cookie* pré-existente por ele criado, será atribuído um novo ao usuário, e se identificar um já existente irá reconhecê-lo, sabendo que seria o mesmo usuário que visitou o *site* tempos atrás, bem como outros dados informados em visitas passadas, conseguindo inclusive saudá-lo pelo nome se tiver tal informação arquivada no *cookie*. Esta e outras ferramentas são capazes, inclusive, de ler arquivos de acesso, podendo observar o que as pessoas fazem no *site*, de qual outro endereço elas vieram e para qual foram após a visita.⁹¹ O armazenamento de dados pelos *cookies* ocorre automaticamente, desde o momento que o dispositivo eletrônico se conecta com aquele *site*,

⁸⁸ Conforme destaca GOULART, Guilherme Damasio. Por uma visão renovada dos arquivos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v.107, set./out. 2016. p.466: "Apenas como exemplo do poder de tais inferências, a rede Walmart conseguiu descobrir que quem compra bonecas Barbie tem 60% de chance de comprar três tipos específicos de barras de chocolate".

⁸⁹ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.96-97.

⁹⁰ BRUNO, Fernanda. Rastros digitais sob a perspectiva da teoria ator-rede. *Revista FAMECOS*. Porto Alegre, v.19, n.3, set./dez. 2012. p.684.

⁹¹ STERNE, Jim. *Serviço ao cliente na Internet*. São Paulo: Makron Books, 2001. p.194

passando, então, a registrar os movimentos do usuário-consumidor, o qual passará a receber comerciais específicos.⁹²

Conforme Arnaud Belleil, *cookies* são arquivos de dados provenientes de *sites* que foram acessados e que por eles são armazenados no computador do consumidor, normalmente sem o seu consentimento. Trata-se de ferramenta que até pode ser proveitosa, pois permite a memorização de senhas e personalização de serviços, mas também é propensa a abusos, pois o fornecedor pode conseguir associar o computador onde se encontram os *cookies* ao usuário-consumidor, a partir de seus dados pessoais coletados, o que representa hipótese de lesão à personalidade. Como afirma o autor, os *cookies* “permitem transpor o âmbito habitual do *marketing*, que se limita tradicionalmente ao estudo das compras, para abordarem um novo universo: a memorização e análise dos movimentos efetuados”.⁹³

São os *cookies* verdadeiros “desvendadores dos visitantes de determinado *site* ou portal”⁹⁴, pois são capazes de identificar o “percurso histórico de acessos do usuário”⁹⁵, ficando, muitas vezes, armazenados por longos períodos no dispositivo eletrônico do consumidor, sem que este perceba, mas possibilitando a vários fornecedores o rastreamento de seu comportamento *online*.⁹⁶

Nas palavras de Anderson Schreiber:

O nome simpático, que lembra doces saborosos, esconde um perigo amargo. *Cookies* são, em linguagem simples, dados trocados entre servidor de certa página da internet e o computador do internauta. Os cookies permitem que o site reconheça o computador de determinado usuário, dispensando-o, por exemplo, de digitar novamente sua senha de acesso. Sem embargo do conforto que oferecem, os *cookies* representam risco velado à privacidade do usuário, na medida em que podem ser usados para identificar supostas preferências do internauta, oferecendo-lhe produtos ou serviços que o fornecedor unilateralmente considera mais compatíveis com o seu “perfil”.⁹⁷

Como defende Ricardo Lorenzetti, os *cookies* sornateiramente permitem a obtenção de dados sobre costumes e desejos do consumidor, o que motivou

⁹² CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p.141-144.

⁹³ BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade, o mercado de dados pessoais: protecção da vida privada na idade da Internet*. Lisboa: Piaget, 2001. p.65-67.

⁹⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.299.

⁹⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.114.

⁹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.396.

⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.170.

questionamentos históricos sobre a licitude desse mecanismo, muito utilizado pelos fornecedores para fins de *marketing*.⁹⁸

Conforme exemplo construído por Jim Sterne, uma página solicita informações a fim de criar um perfil do usuário com informações pessoais (nome, sexo, ocupação, endereço e interesses) ou mesmo um registro com usuário e senha, e a partir daí, em novas visitas a este *site*, o usuário poderá ser identificado com amplos reflexos nos anúncios que receberá. Complementa o autor afirmando que o custo para anúncio em uma página se eleva quando o uso de informações pessoais permite identificar o destinatário da propaganda e, assim, que seja atingido o público buscado por cada fornecedor.⁹⁹

Ainda que de pouco conhecimento do usuário, o qual somente percebe que a cada interesse que demonstra na Internet acaba bombardeado por *banners* de propaganda relacionados ao mesmo produto ou serviço¹⁰⁰ (sem perceber o que está por trás dessa prática e as possíveis lesões aos seus direitos). Esse monitoramento dos rastros *online* do consumidor vem se tornando uma rotina, viabilizando aos fornecedores a construção de imensas bases de dados e de verdadeiros perfis comportamentais que serão utilizados para os mais diversos fins, como *marketing* e publicidade direcionada, por exemplo.¹⁰¹

Surge daí o conceito de *marketing one-to-one*, que consiste na identificação de clientes, a partir de tecnologias de informação, para tratamento mais individualizado e estratégico. Como refere Reginaldo Carlini Junior: as empresas buscam “identificar os seus clientes, procurando conhecê-los individualmente; diferenciar os seus clientes, procurando categorizá-los pela sua frequência, lucratividade e diferentes necessidades”¹⁰², do que decorre a transformação do *marketing* de massa para um diferenciado, segmentado, direcionado.¹⁰³

⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.396.

⁹⁹ STERNE, Jim. *Serviço ao cliente na Internet*. São Paulo: Makron Books, 2001. p.194-198

¹⁰⁰ SOARES, Roger da Silva Moreira; BARBOSA, Marco Antônio. A informação como produto e a proteção do consumidor na sociedade da informação: estudo de caso. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v.11, n.3, 2016. p.880, nos ensinam que reiteradamente “informações sobre consumidores, seus gostos, costumes e práticas são compiladas, estudadas, transformadas em estatísticas e posteriormente o marketing agressivo é a estes direcionados, de forma matemática, científica, disparando bombardeios de propagandas dirigidas, direcionadas”.

¹⁰¹ BRUNO, Fernanda. Rastros digitais sob a perspectiva da teoria ator-rede. *Revista FAMECOS*. Porto Alegre, v.19, n.3, set./dez. 2012. p.690-691.

¹⁰² CARLINI JUNIOR, Reginaldo José. Marketing one-to-one: a importância da comunicação individualizada para retenção e satisfação dos clientes nos estabelecimentos gastronômicos

Nesse sentido, as novas mídias que emprestam facilidades ao consumidor são as mesmas que coletam suas informações, o que permite um olhar mais crítico, vislumbrando-se possíveis perigos de uma fé cega no aludido progresso tecnológico quando somente se vê um destino magnífico.¹⁰⁴ Devemos ter em mente que a tecnologia nem sempre muda o mundo para o melhor proveito de todos, pois para isso há necessidade de observância às liberdades e direitos conquistados no passado.¹⁰⁵

Como afirma Laura Mendes, nos últimos tempos muitos são os instrumentos de conexão do indivíduo à rede que podem exemplificar uma ideia de ubiquidade da tecnologia da informação: as redes sociais, *sites* colaborativos de conhecimento, chips de identificação por radiofrequência, publicidade comportamental e a utilização de objetos cotidianos com acesso à Internet, tais como *smartphones* e aparelhos domésticos.¹⁰⁶

Estamos adentrando numa nova etapa da rede, a Internet das coisas já é uma realidade, e objetos do cotidiano agora estão também conectados, entre eles e com a Internet, tornando por vezes desnecessária a interferência humana para comandos, a exemplo dos carros que dispensam a figura do motorista, e os eletrodomésticos que memorizam preferências, armazenam prazos de vencimento de alimentos e até mesmo podem fazer pedido de compra conforme seu controle de estoque de produtos.¹⁰⁷

Nesse cenário, cada vez mais nos encontramos diante de situações capazes de potencializar os riscos envolvendo a coleta de dados pessoais dos consumidores. Cada vez mais o fornecedor utiliza a tecnologia a seu favor, sem se importar com o interesse da parte mais fraca na relação de consumo, simplesmente almejando uma mitigação dos riscos de erro na colocação de um produto ou serviço no mercado, ou para obter uma fidelização de consumidores.

associados à ABRASEL-PE. *Análise*: Revista da Faculdade de Ciências Políticas Econômicas da PUCRS, v.13, n.2, Porto Alegre, 2002. p.345.

¹⁰³ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.87.

¹⁰⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.41 et seq.

¹⁰⁵ CRAVO, Victor. O Big Data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária? *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v.8, n.1, mai. 2016. p.186-187.

¹⁰⁶ MENDES, *op. cit.*, p.79.

¹⁰⁷ MIRAGEM, Bruno. *Garantias do consumo: a Internet das coisas e os riscos do admirável mundo novo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/garantias-consumo-Internet-coisas-riscos-admiravel-mundo>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

Convém, assim, questionar até que ponto será possível a atuação do fornecedor na busca por informações dos consumidores, pois um agir desregrado e em descompasso com os direitos fundamentais do homem não poderá ser considerado legítimo, mas sim um estado constante de vigilância *online*.

2.3 VIGILÂNCIA ONLINE: O AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Com o desenvolvimento da sociedade novas formas de controle se moldam pelos interesses do Estado e de empresas privadas, através de tecnologias de identificação e de vigilância¹⁰⁸, o que se deve principalmente pelo conhecimento assimétrico da tecnologia de informação.¹⁰⁹

Essa vigilância digital¹¹⁰ consiste na coleta e armazenamento de informações de usuários, por meio de dispositivos eletrônicos de forma contínua e automática, para, com base no conhecimento obtido quanto às atitudes e preferências dos vigiados, proceder alguma utilização futura, inclusive com possibilidade de controle ou sugestionamento junto a aquele que teve as informações coletadas.¹¹¹

Como destaca Fernanda Bruno, os últimos anos foram de um amplo número de notícias versando sobre questões relacionadas à vigilância de dados e violações de privacidade relacionada a serviços na Internet. Exemplo disso ocorreu em 2007, quando o *Facebook* trouxe à tona aspectos da vigilância digital, despercebida pelo consumidor, ao implementar um novo sistema de publicidade denominado *Beacon Ads*, que consistia numa espécie de monitoramento de atividades que seriam divulgadas à rede de amigos do usuário. Essa dinâmica funcionava como uma propaganda interpessoal, pois caso o consumidor adquirisse um produto ou serviço

¹⁰⁸ BARRICHELLO, Eugenia Maria Mariano da Rocha; MOREIRA, Elizabeth Huber. A análise da vigilância de Foucault e sua aplicação na sociedade contemporânea: estudo de aspectos da vigilância e sua relação com as novas tecnologias de comunicação. Intexto, Porto Alegre, UFRGS, n.33, mai./ago. 2015, p.65-67, nos ensina que: “para melhor conhecer é preciso bem vigiar, e a efetividade da vigilância depende do entrecruzamento de formas de vigilância e de informações. Assim, forma-se um saber sobre o outro”.

¹⁰⁹ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p.141.

¹¹⁰ BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade, o mercado de dados pessoais: protecção da vida privada na idade da Internet*. Lisboa: Editora Piaget, 2001. p.52, nos incita a imaginar viver num mundo em que alguém sempre toma nota de nossas ações quando vamos às compras, como detetives, ou, então, que tivéssemos que confiar o diário a alguém, no que poderia ser uma ficção científica “reposição de 1984, numa versão em que a tirania comercial tivesse ocupado o lugar do sistema totalitário”.

¹¹¹ BARRICHELLO, *op. cit.*, p. 70.

de uma empresa associada ao *Facebook* a informação sobre tal contratação (*link*, preço, produto) poderia ser publicizada aos amigos do usuário.¹¹²

Outros casos também podem ser destacados, como da *DoubleClick*, gigante da publicidade na Internet que comprou a empresa *Abacus Direct*, mirando justamente os dados que esta possuía, de aproximadamente 90 milhões de famílias americanas, com o intuito de analisar esses dados nominativos conjuntamente com os seus *cookies* para criar um rastro eletrônico, o que gerou intensos debates e a fez mudar de ideia. Também, a *Toysmart*, empresa de brinquedos, ao encerrar suas atividades buscou vender o banco de dados que possui de seus clientes, gerando ainda maior discórdia, pois seus perfis de consumidores eram basicamente formados por crianças. E o *Google*, um dos gigantes do Vale do Silício, também já foi acusado de implementar um sistema de *toolbar* capaz de rastrear todos os *sites* visitados pelo usuário.¹¹³ Hoje, o mesmo *Google* praticamente domina os sistemas operacionais de *smartphones* pelo mundo, com a tecnologia *Android*, e caso não respeite as mais básicas regras de proteção de dados funcionará como um verdadeiro “olho de Sauron” que a todos vê e monitora.

Ainda, recentemente, causaram preocupação as falhas de segurança em softwares de brinquedos (*CloudPets* e boneca *Cayla*)¹¹⁴ que permitiam a interceptação de dados pessoais por terceiros (conversas), inclusive a preocupante possibilidade de comunicação direta destes interceptadores com as crianças, resultando na proibição de comercialização em determinados países.¹¹⁵ Outro caso emblemático foi relacionado à empresa *VIZIO*, que nos Estados Unidos foi acionada judicialmente em decorrência da captura e venda de dados pessoais dos usuários-consumidores dos televisores inteligentes por ela fabricados.¹¹⁶

¹¹² BRUNO, Fernanda. Monitoramento, classificação e controle nos dispositivos de vigilância digital. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n.36, ago. 2008. p.10.

¹¹³ BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade, o mercado de dados pessoais: proteção da vida privada na idade da Internet*. Lisboa: Editora Piaget, 2001. p.54 et seq.

¹¹⁴ BBC NEWS. *Children's messages in CloudPets data breach*. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/technology-39115001>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

¹¹⁵ MIRAGEM, Bruno. *Garantias do consumo: a Internet das coisas e os riscos do admirável mundo novo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/garantias-consumo-Internet-coisas-riscos-admiravel-mundo>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

¹¹⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA). *VIZIO to pay \$2.2 million to FTC, state of New Jersey to settle charges it collected viewing histories on 11 million smart televisions without users' consent*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/02/vizio-pay-22-million-ftc-state-new-jersey-settle-charges-it>>. Acesso: 03 jul. 2017.

Toda essa vigilância digital tem por principal objetivo a montagem de bancos de dados e a elaboração de perfis, o que, apesar de não almejar o interesse de dominação perseguido pelo *Big Brother* de Orwell, busca outras formas de governar a conduta humana, num processo de capitalização de liberdades. Segundo Fernanda Bruno, pode-se conceituar vigilância digital como o monitoramento “sistemático, automatizado e à distância de ações e informações de indivíduos no ciberespaço, com o fim de conhecer e intervir nas suas condutas ou escolhas possíveis”.¹¹⁷

Atualmente, a discussão sobre essa vigilância não se restringe mais ao poder estatal, conforme a figura do *Big Brother*, pois agora o perigo maior está no olhar curioso do setor privado, a quem podemos chamar de pequeno irmão¹¹⁸: aquele que volta seus olhos para os dados pessoais do consumidor, a fim de alcançar seus objetivos econômicos.¹¹⁹

Podemos considerar, assim, que a vigilância digital está presente na atividade de tratamento de dados dos consumidores *online*, processo este que, conforme visto, consiste em coleta de informações, armazenamento e uso, podendo culminar na geração de um perfil do usuário, sua identidade informática.

Tudo isso pode ocorrer sem que o consumidor tome conhecimento da realização da coleta de seus dados, o que demonstra que a vulnerabilidade deste sujeito, presumida por força da lei, no ambiente virtual da Internet poderá ser considerada como agravada, face à ampla possibilidade de comportamento abusivo pelo fornecedor, gerando lesões aos direitos da personalidade dos consumidores.

2.3.1 Vulnerabilidade do consumidor

Claudia Lima Marques nos ensina que a relação de consumo envolve sujeitos em situações diferentes, de um lado um civil ou leigo, o consumidor, e de outro um *expert* ou profissional, o fornecedor; e em razão disso se justifica o tratamento diferenciado preconizado na Constituição Federal de 1988, sendo este princípio,

¹¹⁷ BRUNO, Fernanda. Monitoramento, classificação e controle nos dispositivos de vigilância digital. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n.36, ago. 2008. p.11.

¹¹⁸ Conforme BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade, o mercado de dados pessoais: proteção da vida privada na idade da Internet*. Lisboa: Editora Piaget, 2001. p.8: “O problema prioritário já não é provavelmente o espectro do *Big Brother* estatal, mas sim a proliferação de *little brothers* privados”.

¹¹⁹ MENDES, Laura Schertel. *O direito fundamental à proteção de dados*. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79, jul./set. 2011, p.2.

constitucionalmente garantido, a pedra de toque do sistema de proteção do consumidor.¹²⁰ Assim preconiza a autora:

No art. 170, V, da CF/1988, a defesa deste novo sujeito de direitos, o consumidor, foi consagrada como princípio da ordem econômica, princípio limitador da iniciativa privada ou da autonomia da vontade. A presunção aqui é de desigualdade (material, formal, econômica e informativa) entre os sujeitos da relação de consumo, consumidor e fornecedor (art. 4º, I, do CDC), daí a necessidade de proteção especial deste sujeito, individual ou coletivamente considerado no mercado brasileiro, como um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988).¹²¹

Bruno Miragem leciona no mesmo sentido, indicando que a vulnerabilidade é razão de ser do direito do consumidor:

O princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor. O artigo 4º, I, do CDC estabelece entre os princípios informadores da Política Nacional das Relações de Consumo o "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo". A existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. É esta vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor.¹²²

Podemos considerar, então, que vulnerabilidade diz respeito à identificação da fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação por questão a ele inerente ou devido à discrepância de forças entre esses dois agentes, sendo que a opção do legislador foi de estabelecer uma presunção de vulnerabilidade do consumidor.¹²³

Dentro da rica base principiológica do direito do consumidor podemos destacar com relevo o princípio da vulnerabilidade do consumidor.¹²⁴ Trata-se de princípio reconhecedor da qualidade de fraqueza de uma das partes na relação de consumo: o consumidor,¹²⁵ ideia que deriva do princípio da igualdade e da conseqüente necessidade de tratamento diferenciado aos desiguais, na forma

¹²⁰ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.152.

¹²¹ *Ibidem*, p.151.

¹²² MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.121-122.

¹²³ MARQUES, *op. cit.*, 2014. p.164.

¹²⁴ MIRAGEM, *op. cit.*, p.111.

¹²⁵ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.96-97.

delimitada pela Resolução nº 39/248 da Organização das Nações Unidas (ONU)¹²⁶, datada de 16 de abril de 1985.

A vulnerabilidade do consumidor pode ser classificada em tipos, como: *técnica*, daquele que não dispõe do conhecimento específico sobre aquilo que está sendo adquirido, tornando possível a sua enganação quanto ao produto ou serviço; *jurídica* ou *científica*, que seria referente à falta de conhecimento jurídico específico ou de outra área, como contabilidade e economia, o que por vezes é notado no contrato que é imposto ao consumidor; *fática* ou *socioeconômica*, que decorre de uma posição de monopólio devido ao poder do fornecedor, com disparidade devido a possibilidades técnicas que só este detém, ou da essencialidade do serviço, podendo representar o aceite de uma desvantagem excessiva pelo consumidor; e *informacional*, que se caracteriza no dever de prestar informações claras e acessíveis ao consumidor, de repassar para outrem a informação que detém, como reflexo da confiança depositada pela outra parte e boa-fé necessária à relação.¹²⁷

Paulo Valério Dal Pai Moraes ainda acrescenta a esta lista a vulnerabilidade *psíquica*, que seria referente às possíveis ações por parte dos fornecedores para confundir ou estimular os consumidores, como por estímulos capazes de interferir no seu interior psíquico e fisiológico e na consequente indução a uma tomada de decisão equivocada pelo consumidor.¹²⁸

Neste cenário, em meio à discussão sobre a atividade de coleta de informações por parte de fornecedores, dois tipos de vulnerabilidade chamam mais a atenção: a vulnerabilidade informacional e a vulnerabilidade psíquica. O que decorre da necessidade do recebimento de informações adequadas pelo consumidor (num duplo viés, a fim de este possa ser informado e informar o fornecedor com aqueles dados que julgar pertinentes), e na vedação à conduta de direcionar as ações do consumidor pelo uso de meio ardilosos.

No que tange à vulnerabilidade psíquica temos que ponderar que por vezes as práticas comerciais de publicidade e *marketing*, ainda que lícitas, podem ser

¹²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução n. 39/248, de 16 de abril de 1985*. Assembleia Geral da ONU sobre proteção do consumidor. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

¹²⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.156-162.

¹²⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.96-97.

abusivas, por buscar exercer tal poder sobre o consumidor que irá alterar o seu discernimento, como se formasse uma espécie de cativoiro.¹²⁹

Sobre a vulnerabilidade informacional, assim destaca Claudia Lima Marques:

O consumidor/usuário experimenta neste mundo livre, veloz e global (relembre-se aqui o consumo pela Internet, pela televisão, pelo celular, pelos novos tipos de computadores, cartões e *chips*), sim, uma nova vulnerabilidade. Também Antonio Herman Benjamin menciona o aparecimento de uma “hipervulnerabilidade” em nossos dias. E se, na sociedade atual, é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro. Daí porque a vulnerabilidade informativa não deixa de representar hoje, o maior fator de desequilíbrio da relação *vis-à-vis* dos fornecedores, os quais, mais do que *experts*, são os únicos verdadeiramente detentores da informação. Presumir a vulnerabilidade informacional (art. 4º, I, do CDC) significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade. Aqui, mais do que técnica, jurídica ou fática, esta vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor, principalmente como pessoa física.¹³⁰

Nestes termos, verificamos que o dever informacional é um dos mais importantes na relação de consumo, pois ele será capaz de conduzir o agir do consumidor no sentido de anuir ou não com o processo de coleta de dados pessoais. Por essa razão que se reconhece uma vulnerabilidade tão acentuada na relação de consumo quanto ao quesito informativo, e justamente diante disso que não devemos descuidar que no ciberespaço essa discrepância de forças e de conhecimento pode ser ainda maior, originando um agravamento da vulnerabilidade do consumidor.

2.3.2 Agravamento da vulnerabilidade na Internet

No panorama apresentado, percebe-se que o consumidor vive uma realidade de vigilância no ciberespaço, quando seus passos são seguidos pelos fornecedores e seus rastros analisados com propósitos comerciais.

Torna-se notável que a Internet facilita a aquisição de produtos e serviços pelo consumidor, representando uma desterritorialização, desmaterialização e

¹²⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.389.

¹³⁰ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.160-161.

despersonalização, mas essa mesma tecnologia também reforça a vulnerabilidade do consumidor.¹³¹

Nesse novo contexto em que estamos inseridos, de desenvolvimento tecnológico e de virtualização das relações, a vulnerabilidade ganha uma nova dimensão. Situação essa que advém de uma sociedade “pós-moderna e de informação interligada pela rede mundial de computadores, a qual abalará a estrutura protetiva do consumidor e, conseqüentemente, agravará o seu estado de vulnerabilidade”¹³². Esse agravamento da vulnerabilidade do consumidor é o que podemos chamar de vulnerabilidade de situação, uma vez que decorrente desse novo contexto tecnológico.¹³³

Conforme preceitua Nelson Nery Junior:

A rede é instrumento capaz de interferir sensivelmente na privacidade e intimidade das pessoas. Os riscos que se apresentam neste caso são de duas ordens. Primeiro: a informação protegida, uma vez obtida, pode circular livre e amplamente, em dimensões ilimitadas. Segundo: o indivíduo, em razão da clandestinidade e tecnologia, não tem condições para precisar quando e onde ocorreu a coleta dos dados, o que potencializa o número de informações colhidas e os prejuízos perpetrados à sua intimidade.¹³⁴

Muitas vezes ações cotidianas já são facilmente objeto de coleta, registro e distribuição de informação. Exemplo disso é o caso da pessoa que ao adquirir um produto é alertada sobre a possibilidade do recebimento de desconto caso realize um cadastro *online* junto a algum dos fornecedores da cadeia de consumo. Neste caso, a pessoa concede uma série de informações pessoais para recebimento de um benefício, e seu comportamento poderá ser objeto de constante análise por interessados nas preferências e hábitos do consumidor.¹³⁵

O grande problema é que normalmente o consumidor não sabe que está contribuindo para a formação de um banco de dados a seu respeito, nem ao menos que informações são coletadas, para qual propósito e a quem serão destinadas.

¹³¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.111.

¹³² CANTO, Rodrigo Eidelwein. Direito do consumidor e vulnerabilidade no meio digital. *Revista de Direito do Consumidor*, v.87, mai./jun. 2013. p.1-2.

¹³³ *Ibidem*, p.7.

¹³⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). *Responsabilidade civil, v.8: direito à informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.936.

¹³⁵ BRUNO, Fernanda. Máquinas de ver, modos de ser: visibilidade e subjetividade nas novas tecnologias de informação e de comunicação. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n.24, jul. 2004. p.120-121.

Ocorre uma exposição não deliberada do consumidor alvo de vigilância, pelo simples fato de que suas ações são transformadas reiteradamente em dados e informações, sem que o titular tenha qualquer controle sobre isso.¹³⁶ Justamente essa intensidade na coleta de dados pessoais, desprovida de regulamentação específica em nosso ordenamento jurídico, tem provocado preocupação com o crescimento de violações a direitos fundamentais do consumidor, sujeito vulnerável.¹³⁷

Exemplo disso são os chamados serviços gratuitos (como *Google*, *Twitter*, *Facebook*¹³⁸), pois na verdade não passam de modelos que usam os dados pessoais dos consumidores como moeda de troca por este serviço “sem custos”, tudo sem a correta percepção pelo consumidor. Esses usuários-consumidores, muitas vezes nem se dão conta da existência de uma relação de consumo, e justamente é essa a ideia dos fornecedores. E essa aparente gratuidade funciona para eles, impulsionando inúmeras pessoas a se tornarem novos usuários e, assim, obtendo lucro com anúncios direcionados. Por vezes, a captura de informação passa a ser um objetivo, e essa base de dados algo que confia valor à empresa, a qual busca simplesmente manter aquela base de usuários ativos, tornando-os dependentes daquele serviço.¹³⁹

São alguns exemplos de dados pessoais coletados cotidianamente: de identificação (nome); demográficos (endereço); registros públicos (estado civil, ações judiciais); de tecnologia e mídias sociais (sistema operacional utilizado pelo usuário, grau de influência *online*); residenciais (número de cômodos e área da casa); dados de saúde (doenças, hábitos); de veículos, viagens, compras e situação financeira.¹⁴⁰ Informações essas que possuem grande valor aos fornecedores, e quem adquire esse ativo que possui o conhecimento de seu valor, enquanto que aquele que a

¹³⁶ BRUNO, Fernanda. Máquinas de ver, modos de ser: visibilidade e subjetividade nas novas tecnologias de informação e de comunicação. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n.24, jul. 2004. p.120-121.

¹³⁷ ACIOLI, Caterine Gonçalves. A proteção dos dados dos consumidores: reflexão sobre caminhos para sua efetividade no Brasil. *Revista Direito & Justiça*, Porto Alegre, v.38, n.2, jul./dez. 2012. p.138.

¹³⁸ GOULART, Guilherme Damasio. Por uma visão renovada dos arquivos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v.107, set./out. 2016. p.456, nos traz um aviso: cuidado com as suas “curtidas” no Facebook, pois até mesmo esse pequeno elemento poderá criar um perfil apurado do usuário-consumidor.

¹³⁹ BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade, o mercado de dados pessoais: proteção da vida privada na idade da Internet*. Lisboa: Editora Piaget, 2001. p.19-22.

¹⁴⁰ GOULART, *op. cit.*, p.459-460.

oferece pode ser muito bem enganado, a exemplo dos povos primitivos, que tiveram seus metais preciosos trocados por objetos sem valor algum.¹⁴¹

Logo, ainda que possa parecer uma vantagem o preenchimento automático de uma página da *web*, esse acúmulo de dados que podem ser acessados pelas empresas representa perigo à vida privada, dos mais diversos tipos. Um deles seria quanto ao uso de bases de informações fotográficas sobre pessoas,¹⁴² exemplo disso é a marcação em fotos realizada pelo *Facebook* e *Google* – recentemente, essa questão foi objeto de discussão, quanto à possibilidade de adoção do reconhecimento facial de forma automática pelo sistema.

Assim, verifica-se que as novas tecnologias viabilizam um grande acesso à informação, mas descuidam do necessário controle de seu uso, ficando prejudicada a proteção do consumidor quanto às atividades relacionadas à coleta de seus dados pessoais. Surgem, assim, desafios para tutelar a privacidade do consumidor frente à sociedade da informação.¹⁴³

E o reconhecimento desta proteção necessária ao consumidor passa pelo reconhecimento de sua vulnerabilidade agravada no ciberespaço, pois o consumidor *online* na maioria das vezes desconhece a ocorrência da coleta de informação, e sem o recebimento das informações devidas nunca poderá ter externado um consentimento válido. Torna-se, assim, sujeito de vulnerabilidade agravada, num ambiente de vigilância sob o qual não estava preparado para lidar.

Como já defendido, a Internet, associada às atividades de controle, gera inúmeros desafios e acaba por acentuar uma vulnerabilidade já existente¹⁴⁴. No ambiente virtual a vulnerabilidade é mais profunda, dentro de um contexto de disparidade de força econômica, informacional e tecnológica.¹⁴⁵ Cada vez mais, há

¹⁴¹ BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade, o mercado de dados pessoais: proteção da vida privada na idade da Internet*. Lisboa: Editora Piaget, 2001. p.40.

¹⁴² *Ibidem*, p.60.

¹⁴³ MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. *Revista de Direito Privado*, v.70, out. 16, p.2.

¹⁴⁴ Assim defende MARQUES, Claudia Lima. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor*, v.57, jan./mar. 2006: “Como usuário da net, sua capacidade de controle fica diminuída, é guiado por links e conexões, em transações ambigualmente coordenadas, recebe as informações que desejam lhe fornecer, tem poucas possibilidades de identificar simulações e ‘jogos’, de proteger sua privacidade e autoria, de impor sua linguagem. Se há uma ampla capacidade de escolher, sua informação é reduzida (extremo déficit informacional), a complexidade das transações aumenta, sua privacidade diminui, sua segurança e confiança parecem desintegrarem-se em uma ambiguidade básica: pseudo-soberania do indivíduo/sofisticação do controle!”.

¹⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.361.

nessa relação um notável desequilíbrio de poderes entre o consumidor que tem seus dados coletados e o fornecedor que realiza a coleta: mesmo que o titular tenha ciência do ocorrido sofrerá com uma perda de controle “sobre o fluxo de seus dados”.¹⁴⁶

Conforme delimita Laura Schertel Mendes, tão flagrante é a vulnerabilidade deste consumidor *online*, objeto de vigilância, que Susane Lace¹⁴⁷ desenvolveu um trabalho científico sobre o que seria o *consumidor de vidro*, considerando a “extrema fragilidade e exposição no mercado de consumo, diante de inúmeras burocracias privadas que tomam decisões e influenciam as suas oportunidades, a partir das informações armazenadas em bancos de dados”.¹⁴⁸

Assim refere Arnaud Belleil:

As grandes empresas estão desde já conscientes de que as quantidades de informações cinzentas a seu respeito poderão ter um impacto significativo na sua imagem de marca. Os particulares não atingiram, até agora, o mesmo nível de consciência. Mais grave ainda, eles colaboram voluntariamente, e sem o saberem, para a produção de um conteúdo potencialmente nocivo para eles próprios.¹⁴⁹

Logo, o consumidor é sujeito considerado vulnerável por uma presunção absoluta prevista em lei,¹⁵⁰ que decorre principalmente da disparidade de forças entre as partes envolvidas na relação de consumo (fornecedor e consumidor). Questão essa que permite uma nova leitura sobre a vulnerabilidade do consumidor *online*, uma vez que muito mais profunda a necessidade de proteção na Internet¹⁵¹, que permite considerarmos a existência de uma vulnerabilidade agravada.

Diante disso, torna-se necessária a verificação de possibilidades capazes de reduzir essa enorme desigualdade de forças entre os atores da relação de consumo, e garantir uma razoável proteção de dados a este sujeito de vulnerabilidade agravada: o consumidor *online*.

¹⁴⁶ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.79.

¹⁴⁷ LACE, Susane. *The Glass Consumer: life in a surveillance society*. Bristol: Policy Press, 2005.

¹⁴⁸ MENDES, *op. cit.*, p.93.

¹⁴⁹ BELLEIL, Arnaud. @-privacidade, o mercado de dados pessoais: proteção da vida privada na idade da Internet. Lisboa: Editora Piaget, 2001. p.69.

¹⁵⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.122.

¹⁵¹ BELLEIL, *op. cit.*, p.7, sobre o risco presentes nesse novo mundo, de tecnologias, potencialidade e “confortos”, nos traz algumas expressões impactantes, como: “vender a alma ao fornecedor”; e “a destruição da vida privada está para a economia da informação como a destruição do ambiente está para a economia industrial”.

3. DOGMÁTICA JURÍDICA E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO CONSUMIDOR *ONLINE*

Conforme o caminho trilhado ao longo do presente trabalho, percebe-se que há uma necessidade de voltar os olhos para a matéria de proteção de dados pessoais deste agente tão vulnerável que é o consumidor, delimitado no presente estudo ao âmbito do ciberespaço. Ainda que não possamos considerar que todo consumidor é usuário da Internet, a afirmação contrária é válida: todo usuário da Internet é um consumidor¹⁵². E, como visto, a Internet pode ser ambiente hostil para quem navega naquelas obscuras águas, sujeito às mais corriqueiras práticas do mercado, tendo diuturnamente seus dados pessoais coletados, tratados, arquivados e utilizados, independentemente de seu conhecimento.

Neste cenário que nos encontramos, dentro da pós-modernidade, com um processamento de dados generalizado e o aumento dos riscos à personalidade,¹⁵³ temos que buscar reinventar soluções, num olhar para o passado, como quando nos deparamos com inventos considerados capazes de duelar com a privacidade,¹⁵⁴

¹⁵² Importa ilustrar essa afirmação com um trecho do célebre discurso de autoria do então presidente dos Estados Unidos John Kennedy, dirigido ao Congresso americano, em 15 de março de 1962: “consumidores somos todos nós” (KENNEDY, John F. Special message to the Congress on protecting the consumer interest. March 15, 1962: “as all of us are consumers”. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso: 04 jun. 2017).

¹⁵³ MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 79, jul./set. 2011. p.16.

¹⁵⁴ *Idem*. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.28; BESSA, *op. cit.*, p.82-83; DONEDA, *op. cit.*, p.8; KLEE, *op. cit.*, p.129; RODOTÀ, *op. cit.*, p.28; e SCHEREIBER, *op. cit.*, p.136, nos ensinam que um clássico dilema da privacidade surgiu acompanhando o invento da fotografia, quando havia uma preocupação com aquele momento que seria guardado por outrem, e em como isso afetava a personalidade e a ideia de autonomia dos indivíduos quanto à possibilidade de manter em segredo aquilo que não gostaria que fosse objeto do olhar curioso de terceiros, buscando-se pelo direito mecanismos capazes de fazer frente a intervenções e interesses alheios à vontade do titular do direito: as primeiras linhas sobre o direito de privacidade foram escritas por WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v.4, n.5, Dec. 15, 1890, p.195 e 205 (“Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right ‘to be left alone’. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good prediction that ‘what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops’. For years there has been a feeling that the law must afford some remedy for the unauthorized circulation of portraits of private person; and the evil of the invasion of privacy by the newspaper, long keenly felt has been but recently discussed by an able writer. [...] The principle which protects personal writings and all other personal productions, not against theft and physical appropriation, but against publication in any form, is in reality not the principle of private property, but that of an inviolate personality”).

sem descuidar do futuro, quando a cada dia surgem outras tecnologias e cada vez mais independentes da intervenção humana.

Vamos, então, inicialmente, buscar as respostas para o problema em questão nos preceitos basilares do direito, fazendo uma análise dos princípios atinentes à matéria e dos direitos fundamentais¹⁵⁵ que devem ser garantidos, pois estudando a dogmática jurídica¹⁵⁶ que poderemos melhor encarar os problemas atuais referentes à proteção e dados pessoais. Por fim, será feita uma análise legislativa, e sua evolução ao longo do tempo, e debatida a importância da proteção da confiança legítima e dos ditames da boa-fé nessa relação de consumo *online*.

3.1 A BASE DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Ao longo da história foi sendo moldado um arcabouço de garantias que merecem observância no trato de dados pessoais do consumidor-usuário da Internet. Muitas dessas garantias foram reconhecidas e incorporadas pela legislação, e para o melhor entendimento das prerrogativas humanitárias que estão em jogo, bem como das melhores soluções práticas de combate a abusos pelos fornecedores, torna-se importante a análise da base conceitual que leva à proteção dos dados pessoais.

Como preceitua Robert Alexy:

Uma adequada dogmática dos direitos fundamentais não é possível sem uma teoria dos princípios [...] a positivação dos direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Conforme DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.51-53: Os direitos fundamentais são expressões dos direitos humanos, sobre os quais o Estado concede proteção constitucional, tornando-se pretensões oponíveis judicialmente contra agressões aos direitos mais básicos da pessoa humana. Busca-se, assim, garantir a dignidade, o que se traduz como centro valorativo do direito constitucional moderno.

¹⁵⁶ Conforme COING, Helmut. História de derecho y dogmática jurídica. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v.9, n.2, mai./ago. 1982. p.245. *apud* CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.238: “Por dogmática, há de se compreender a ciência que promove a investigação da conexão entre princípios e regras contidas em um direito positivo vigente. [...] Age de modo a preparar a aplicação dos preceitos codificados aos casos submetidos ao intérprete e ainda facilitar a apresentação do direito por ocasião do ensino jurídico”.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.29.

Parece-nos claro que o direito positivado somente alcançará sua intenção caso a cadeia de princípios que coordenou a atividade legislativa esteja bem concatenada na mente dos operadores do direito, a fim de que o dever de proteção previsto reste efetivamente cumprido.

Nesse sentido, podemos destacar os seguintes princípios da proteção de dados: (i) *limitação*, que denota a necessidade de observância aos limites legais e a um correto agir junto ao titular dos dados; (ii) *finalidade*, que impõe o dever de comunicar de forma prévia e expressa o propósito da coleta de dados, limitando-se, assim, o uso dos dados;¹⁵⁸ (iii) *transparência (publicidade ou participação)*, o que veda a existência de bancos de dados sigilosos, primando pela transparência como forma de combate a abusos; (iv) *consentimento*, que representa a necessidade de anuência do titular, único sujeito que pode determinar o grau de proteção que dará aos seus dados, exercendo sua liberdade de controle; (v) *qualidade de dados*, visando que os dados coletados e tratados assim o sejam de forma leal e lícita, sem abusos e extrapolação quanto à finalidade, bem como sejam fidedignos com a realidade; (vi) *proteção ou segurança* (física e lógica), que enseja um dever mínimo de proteção quanto aos dados armazenados, evitando-se possíveis desvios não autorizados pelo titular.¹⁵⁹

E essa base principiológica nos conduz em direção a um direito mais humanitário na era digital, preocupado com os direitos humanos¹⁶⁰, como salvaguarda dos direitos fundamentais e da personalidade. Nesse cenário, esses direitos caminham juntos: são direitos essenciais oponíveis tanto ao Estado quanto aos demais particulares (numa eficácia horizontal). Podemos verificar uma aproximação, um encontro, entre esses direitos básicos, no “fenômeno maior de

¹⁵⁸ PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016*, sobre proteção da pessoa quanto ao tratamento de dados pessoais e circulação desses dados, em revogação à Diretiva 95/46/CE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

¹⁵⁹ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.70-72.

¹⁶⁰ SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.8, nos ensina que: "A espécie humana possui uma qualidade própria, que a torna merecedora de uma estima (*dignus*) única ou diferenciada. A dignidade humana não corresponde, portanto, a algum aspecto específico da condição humana, mas exprime, isto sim, uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano sendo frequentemente apresentada como o valor próprio que identifica o ser humano como tal".

interpenetração do público e o privado, exigindo do jurista de hoje novas posturas que impliquem uma visão integral e unificadora do direito”.¹⁶¹

Como afirma Leonardo Bessa:

Embora a origem dos direitos humanos esteja vinculada à proteção do indivíduo em relação às constantes arbitrariedades do Estado, atualmente, não se pode [...] simplesmente remeter o Estado para categoria fixa do “inimigo público”. Hoje, facilmente se percebe que as ameaças a alguns direitos fundamentais emanam também de entidades privadas. Portanto, os direitos fundamentais devem valer também como direitos subjetivos contra entidades privadas que constituam verdadeiros poderes sociais ou mesmo perante indivíduos que disponham, na relação com outros, de uma situação real de poder que possa equiparar-se, nesse ponto concreto, à supremacia do Estado.¹⁶²

Diante disso, podemos constatar uma série de direitos fundamentais de titularidade do consumidor *online* que devem ser preservados na relação de consumo.

Os princípios específicos da matéria de proteção de dados pessoais (finalidade, limitação, transparência, publicidade, consentimento, qualidade e segurança) relacionam-se diretamente com o direito à informação, o que refletirá na liberdade de escolha do indivíduo¹⁶³: ao qual deve ser oferecido o conhecimento necessário para ter ciência do processo de coleta de dados, da sua ocorrência, de quais informações lhe serão coletadas, quais já constam em bancos de dados, para qual finalidade servirão e como serão tratadas e seguras dentro do sistema do fornecedor. Tudo isso para garantir um efetivo direito de autodeterminação informativa (ou liberdade informática) e de privacidade, ou seja, a escolha sobre a identidade informática (ou digital) que será viabilizada para conhecimento na rede, e qual o grau de proteção a suas informações será conferido por cada usuário-consumidor (privacidade *online*).

Considera-se, assim, em matéria de proteção de dados pessoais, a necessidade de direcionar o olhar para três direitos fundamentais que possuem o condão de formar o livre consentimento do consumidor *online*: privacidade, informação e autodeterminação informativa (ou liberdade informática).

¹⁶¹ BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.70-74.

¹⁶² *Ibidem*, p.72-73.

¹⁶³ Alguns desses direitos basilares da relação foram preconizados por John Kennedy em seu célebre discurso perante o Congresso, em 15 de março de 1962 (KENNEDY, John F. Special message to the Congress on protecting the consumer interest. March 15, 1962. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em: 04 jun. 2017).

3.1.1 Privacidade

A facilidade de comunicação e de intercâmbio de informações pessoais ocasionada pelo avanço da tecnologia aumenta consideravelmente o risco potencial da utilização abusiva dessas informações, e acentua a vulnerabilidade do direito à privacidade.¹⁶⁴

Trata-se a privacidade de um direito que, por compor o núcleo da personalidade, assegura a todo indivíduo o direito ao recato, de se isolar e não ser molestado por outrem, bem como de poder reservar para si aquilo que gostaria de manter a salvo da intromissão alheia, da mesma forma que protegido do domínio público, e mantido assim restrito a ele ou um círculo determinado de pessoas.¹⁶⁵ É uma imposição negativa ao outro, um dever de abstenção, de não fazer.¹⁶⁶

Podemos considerar que a privacidade ocupou lugar de destaque desde as primeiras discussões sobre o tema proteção de dados, quando a grande preocupação seria apenas a de deixar longe dos demais as informações que o titular não gostaria que fossem acessadas. Mas, hoje, conforme Ricardo Lorenzetti, “a Internet debilita os limites do lar como espaço privado”¹⁶⁷.

Nessa nova dinâmica social, a fim de acompanhar as peculiaridades da matéria de proteção de dados, a privacidade toma um rumo diferente. Deixa-se de observar tão somente a máxima de que existiria uma esfera de informações pessoais que poderia ser mantida longe do conhecimento de terceiros, como um segredo, para conjugar a este conceito dois novos elementos: circulação e controle.¹⁶⁸

Essa nova visão sobre a privacidade leva em consideração, principalmente, as características da já estudada sociedade da informação, visando garantir o direito de controle sobre seus dados pessoais.¹⁶⁹ A proteção, que outrora foi mais restrita,

¹⁶⁴ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A regulamentação do uso da Internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Revista Direito & Justiça*, v.41, n.2, jul./dez. 2015. p.131.

¹⁶⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). *Responsabilidade civil*, v.8: direito à informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.933-934.

¹⁶⁶ SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.137.

¹⁶⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.47-48.

¹⁶⁸ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.23.

¹⁶⁹ SCHEREIBER, *op. cit.*, p.137-138.

como um dever de abstenção configurado na proibição de intromissão alheia na vida íntima do sujeito, a partir da revolução tecnológica passa a ser mais abrangente, abarcando dentro da esfera da personalidade todas as informações desmaterializadas relacionadas à pessoa.¹⁷⁰

Como destaca Laura Mendes, “as modificações sociais e tecnológicas ensejam o desenvolvimento de um novo direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro, consubstanciado no direito de controle das próprias informações pessoais e no consentimento do seu titular”.¹⁷¹

Pela natureza e as características do direito em jogo, pode-se dizer que “é inerente à pessoa o direito de não revelar dados pessoais reservados, de não dar a conhecer aspectos e hábitos, comportamentos e condutas”¹⁷². Assim, cumpre somente ao titular a possibilidade de controle sobre a circulação de seus dados pessoais, delimitando o grau de proteção que pretende dar a eles (liberdade de controle).¹⁷³

Origina-se, assim, o conceito de proteção de dados como funcionalização da privacidade, em uma disciplina autônoma, mas com pressupostos ontológicos idênticos ao da proteção da privacidade, equivalente a uma releitura ou uma continuação por outros meios.¹⁷⁴ Trata-se de um desenvolvimento natural do direito à privacidade,¹⁷⁵ que gera um novo direito, mas ainda relacionado à esfera da personalidade, voltado principalmente para a tutela da privacidade e da liberdade.¹⁷⁶ Estamos falando de um novo direito fundamental, relacionado aos direitos da personalidade¹⁷⁷: direito à proteção de dados pessoais.¹⁷⁸

¹⁷⁰ ACIOLI, Catherine Gonçalves. A proteção dos dados dos consumidores: reflexão sobre caminhos para sua efetividade no Brasil. *Revista Direito & Justiça*. Porto Alegre, v.38, n.2, jul./dez. 2012. p.133.

¹⁷¹ MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v.79, jul./set. 2011. p.16.

¹⁷² KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A regulamentação do uso da Internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Revista Direito & Justiça*. v.41, n.2, jul./dez. 2015. p.128.

¹⁷³ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.60.

¹⁷⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.27.

¹⁷⁵ MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados. *op. cit.*, p.16.

¹⁷⁶ ACIOLI, *op. cit.*, p.133.

¹⁷⁷ Conforme SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.227: “Os direitos da personalidade desafiam as classificações e taxonomias a que tanto se apegaram os juristas em um passado recente. A história mostra o fracasso de todas as tentativas de enumerar os direitos da personalidade em um rol definitivo. Conclui-se, enfim, que não são

Tudo isso diante da necessidade de uma tutela dinâmica, voltando os olhos para o tratamento e circulação de dados, bem como a possibilidade de identificação do titular, pois “por força do regime privilegiado de vinculação entre a informação pessoal e a pessoa à que se refere - como representação direta da personalidade - tal informação deve ser entendida como uma extensão da sua personalidade”.¹⁷⁹

Trata-se, assim, de direito oponível ao fornecedor como forma de barrar uma conduta abusiva quanto à coleta de dados pessoais, pois poderá o consumidor escolher os limites que dará a atividade de coleta e tratamento, e regular o grau de proteção que dará aos seus dados pessoais. Mas, para isso, ao consumidor devem ser alcançadas as informações necessárias para exercício de seu direito, razão pela qual passamos para a análise desse direito, dos mais fundamentais na relação de consumo: à informação.

3.1.2 Informação

Abre-se espaço, então, para uma análise sobre o direito de informação, em seu sentido mais amplo: de ser informado, de forma clara, sobre quais informações poderão ser coletadas, de que forma e para qual finalidade; bem como de policiar aquilo que sobre ele é informado para terceiros. Trata-se de direito individual de comunicar livremente fatos e de ser deles informado.¹⁸⁰

A informação na relação de consumo está relacionada à boa-fé objetiva e com o dever de cooperação, de lealdade e de transparência.¹⁸¹ Trata-se de elemento determinante na relação, como condição ou causa do pacto, e que, assim, deve ser considerado como eixo central das condutas.¹⁸²

numerus clausus, ou seja, de número fechado. Como atributos considerados essenciais à condição humana, sua compreensão e amplitude variam no tempo e no espaço. O caráter aberto da dignidade humana não permite o congelamento das suas múltiplas expressões”.

¹⁷⁸ TADEU, Silney Alves. Um novo direito fundamental: algumas reflexões sobre a proteção da pessoa e o uso informatizado de seus dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, v.79, jul./set. 2011. p.1.

¹⁷⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.168.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.80-81.

¹⁸¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.189.

¹⁸² *Ibidem*. p.200.

É uma das bases de proteção do consumidor na busca por um equilíbrio maior na relação, ou ao menos uma equidade informacional, que se impõe pelo reconhecimento de um déficit neste quesito entre consumidor e fornecedor. Concretiza-se no dever de repassar informações verdadeiras ao consumidor e que estas sejam capazes de atingir o seu fim de esclarecimentos, o que se traduz na necessidade de dois elementos para a perfectibilização do direito à informação: veracidade e adequação.¹⁸³

Conforme destaca Laura Mendes:

O direito geral de informação consiste no direito que as pessoas têm de conhecer sobre a existência dos bancos de dados, bem como dos seus objetivos e de seu conteúdo. Para que o indivíduo possa proteger a sua personalidade é preciso que todo o processo de tratamento de dados pessoais seja transparente. Assim, o direito à informação consiste no direito do indivíduo cujos dados são coletados de conhecer a identidade do responsável pelo tratamento, o objetivo do tratamento e os destinatários dos dados em caso de transferência. Ademais, o indivíduo deve ser informado a respeito de quais são os seus direitos e como ele pode exercê-los em cada fase do tratamento de dados pessoais.¹⁸⁴

Importa destacar que o conteúdo do dever de informação deverá ser verificado conforme a casuística, a fim de identificar as informações que o fornecedor está obrigado a transferir ao consumidor, garantindo informações relevantes, de modo adequado e eficiente, capaz de permitir a sua compreensão pelo destinatário. O que importa dizer que, quanto à eficácia desse direito à informação: “não se satisfaz com o cumprimento formal do dever de indicar dados e demais elementos informativos, sem o cuidado ou a preocupação de que estejam sendo devidamente entendidos pelos destinatários destas informações”.¹⁸⁵

O consumidor *online* deve ter ao menos o conhecimento prévio de quais dados pessoais o fornecedor pretende coletar e de que forma, bem como para qual finalidade e a quem serão destinados. A informação, nestes termos, é elemento essencial para o perfeito consentimento pelo consumidor. Como nos ensina Laura Mendes “o exercício dessa liberdade de controle de dados pessoais baseia-se no consentimento do titular, que possibilita à pessoa, em tese, determinar o nível de

¹⁸³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.200-202.

¹⁸⁴ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.66.

¹⁸⁵ MIRAGEM, *op. cit.*, p 201.

proteção dos dados a ela referentes. Exige-se que o consentimento seja consciente e informado”.¹⁸⁶

Torna-se possível identificar, neste momento, a relação entre os direitos fundamentais trabalhados: quando o consumidor, titular de um direito de privacidade, deve ser corretamente informado sobre a atividade de coleta e uso de dados pessoais, em momento anterior à sua ocorrência, a fim de que possa externar seu consentimento ou não, ciente de todos os desdobramentos de sua escolha. Assim, poderá livremente o consumidor-usuário escolher os limites que dará a sua privacidade *online*, de onde surge outro direito fundamental, ainda mais abrangente, que podemos denominar de *liberdade informática*, conforme a doutrina espanhola, ou *autodeterminação informativa*, como preferem os alemães.¹⁸⁷

3.1.3 Autodeterminação informativa

Trata-se de uma definição oriunda de decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, contendo afirmação de que o direito à autodeterminação mereceria destaque dentro de uma sociedade livre, que prima pela dignidade humana. Considera-se que os dados relativos à pessoa mereceriam proteção intensa, haja vista a formação de grandes bancos de dados contendo informações pessoais sem a participação do titular desses dados no processo. Tal direito representa a garantia de liberdade de decisão do indivíduo quanto aos seus dados. A autodeterminação é “uma condição funcional elementar para uma comunidade democrática e livre, fundada na capacidade de ação e participação de seus cidadãos”.¹⁸⁸

A decisão da Corte alemã tornou-se um marco na proteção de dados pessoais, pois tornou o indivíduo protagonista em relação ao tratamento de seus dados, conferindo-lhe o direito à autodeterminação informativa quanto ao fluxo de suas informações na sociedade, considerando-se que esse direito fazia parte da gama de direitos fundamentais da pessoa humana. A decisão levou em conta a possibilidade de danos graves à personalidade como resultado da coleta de dados e a invasão que

¹⁸⁶ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.46.

¹⁸⁷ MENDES, loc. cit.

¹⁸⁸ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p.235 et seq.

representa o armazenamento de tantas informações capazes de combinação e formação de um perfil completo do indivíduo, alheio à vontade de seu titular.¹⁸⁹

Em matéria de proteção de dados pessoais, essa autodeterminação representa a garantia de controle sobre suas próprias informações, ou seja, uma liberdade de escolha assegurada ao titular dos dados.¹⁹⁰ Equivale a existência de um direito de autotutela da própria identidade informática.¹⁹¹

Concebe-se, então, poderoso direito ao indivíduo: “controlar a revelação e a utilização dos seus dados na sociedade, preservando, assim, a sua capacidade de livre desenvolvimento de sua personalidade”¹⁹².

Para Ricardo Lorenzetti a autodeterminação se relaciona diretamente com o tema privacidade, pois permite ao indivíduo delimitar o que considera necessário para proteção da esfera privada, uma vez que a criação de perfis virtuais, pelo cruzamento de dados pessoais, pode corresponder a uma assustadora etiquetagem dos indivíduos na sociedade. E daí que surge a ideia de autodeterminação da informação, que consistiria na faculdade de dispor e revelar seus dados, conforme os limites de sua própria privacidade, e livremente intervir nas fases de tratamento de dados pessoais a seu respeito, desde o momento da coleta.¹⁹³

Conforme destaca Bruno Miragem esse princípio foi incorporado pela legislação pátria com o advento da Lei n. 12.965/2014, ao consagrar “a capacidade do usuário de tomar decisões quanto aos termos do acesso à Internet, de acordo com seu exclusivo interesse”.¹⁹⁴

Torna-se relevante, então, a análise histórica-legislativa capaz de nos reportar ao momento atual, e dentro da matéria da proteção de dados pessoais do consumidor *online*, verificar os possíveis diplomas normativos protetivos desse direito fundamental.

¹⁸⁹ MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados. *Revista de Direito do Consumidor*, v.79, jul./set. 2011, p.4-5.

¹⁹⁰ *Idem*. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.46.

¹⁹¹ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A regulamentação do uso da Internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Revista Direito & Justiça*. v.41, n.2, jul./dez. 2015, p.129.

¹⁹² MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.60.

¹⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.89-90.

¹⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.115.

3.2 ANÁLISE LEGISLATIVA

A matéria de proteção de dados começou a tomar forma na década de 60, devido a preocupação externada pelos indivíduos quanto a possíveis intromissões indesejadas em suas vidas privadas, num primeiro momento pelo Estado. Uma das primeiras previsões normativas sobre o tema, datada de 1968, tratava sobre “os usos da eletrônica que possam incidir sobre os direitos do cidadão e os limites que deveriam ser previstos para tais usos em uma sociedade democrática”¹⁹⁵ (conforme Resolução de n. 2.450 da Assembleia Geral da ONU¹⁹⁶).

Na década de 70, em decorrência início de formação de grandes bases de banco de dados e coleta de informações para a realização de censos populacionais alguns movimentos foram iniciados em contrariedade a tais práticas (exemplos disso ocorreram na Inglaterra, em 1971, e na Alemanha, em 1983 e 1987).

A partir daí surge o que a doutrina chama de gerações de proteção de dados pessoais, cuja divisão é feita em quatro gerações: a *primeira* tinha como objeto de preocupação a atividade de coleta; já a *segunda* buscava a proteção à liberdade e à privacidade, com foco no consentimento e no direito de escolha do indivíduo; a *terceira*, por sua vez, reforçava esses conceitos com a ideia de autodeterminação informativa, que garantiria maior participação do titular no processo de coleta e tratamento de dados; por fim, a *quarta* geração veio a preocupar-se quanto à efetividade dos mecanismos para exercício dos direitos. Toda essa evolução histórica somente demonstra a busca por um modelo capaz de garantir os direitos mais básicos em matéria de proteção de dados.¹⁹⁷

Num primeiro momento, vamos estudar o modelo legislativo europeu de proteção de dados, vanguardista na matéria, e, após, passamos para a análise da produção nacional de diplomas normativos que versem sobre dados informáticos e sua proteção.

¹⁹⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.48.

¹⁹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução n. 2.450, de 19 de dezembro de 1968. Assembleia Geral da ONU sobre direitos humanos e os avanços científicos e tecnológicos (XXIII: vigésima terceira sessão). Disponível em: <<http://www.worldlii.org/int/other/UNGARsn/1968/63.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

¹⁹⁷ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.38-44.

3.2.1 Direito europeu

Podemos destacar que na França, em 1978 foi editada lei (n. 78-17)¹⁹⁸ versando sobre informática, proteção de dados e liberdades, a qual continha previsão de que “a informática deve estar a serviço do cidadão [...] ela não pode atentar contra a identidade humana, os direitos do homem, a vida privada e as liberdades individuais ou públicas” (art. 1º). No mesmo ano a Constituição espanhola¹⁹⁹ passa a prever a garantia do direito à honra, à intimidade, à imagem, bem como limitações ao uso da informática “a fim de garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos”.²⁰⁰

Stefano Rodotà, quando trata do tema proteção de dados pessoais, busca amparo em princípios esculpido desde longa data em dois textos principais: a Convenção do Conselho da Europa de 28 de janeiro de 1981 (sobre proteção das pessoas em relação à coleta automática de dados de caráter pessoal)²⁰¹ e a Recomendação da OCDE de 23 de setembro de 1980 (contendo as diretrizes relativas à proteção da vida privada e à circulação transnacional dos dados de caráter pessoal)²⁰². A partir desses textos que surgiram os princípios que devem ser norteadores da relação entre consumidor e fornecedor quando da coleta e tratamento de dados pessoais, merecendo destaque os princípios: *da finalidade* ou *da especificação dos propósitos, da pertinência, da utilização não abusiva, do direito ao esquecimento, e da publicidade*.²⁰³

Desenham-se naquela época os principais objetivos na proteção de dados: o *princípio da finalidade* busca delimitar que desde o início da relação a coleta esteja

¹⁹⁸ FRANÇA. *Lei n. 78-17 de 6 de janeiro de 1978*. Sobre proteção de dados, tecnologia da informação, arquivos de dados e liberdades civis. Disponível em: <<https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Act78-17VA.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

¹⁹⁹ ESPANHA. *Constituição (1978)*. Constituição Espanhola de 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>> Acesso em: 25 jun. 2017.

²⁰⁰ DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.293-294.

²⁰¹ CONSELHO DA EUROPA. Convenção n. 108, de 28 de janeiro de 1981. Sobre a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado dados pessoais. Disponível em: <<https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²⁰² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Diretrizes da OCDE para a proteção da privacidade e dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais de 23 de setembro de 1980*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²⁰³ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.59 et seq.

atrelada aos limites impostos pelos objetivos informados, através de informações que sejam claras, precisas, adequadas e suficientes; o *princípio da pertinência* nos remete a ideia de adequação, delimitando a necessidade de conhecimento prévio sobre a ação de coleta e a finalidade almejada; o *princípio da utilização não-abusiva* visa delimitar a obrigação de correlação entre a finalidade da coleta indicada e a efetiva utilização dos dados; o *princípio do direito ao esquecimento* consiste na possibilidade de eliminação ou transformação dos dados coletados (para que se tornem anônimos), quando assim requerido pelo titular ou quando não mais necessários à finalidade proposta; e o *princípio da publicidade* (ou *do direito de acesso pelo titular*) remonta a ideia de que aquele que teve suas informações coletadas deve a qualquer tempo ter acesso a tais informações que a ele dizem respeito, oportunizando-se o requerimento de exclusão de dados não mais necessários ou coletados ilegalmente, bem como sua correção, se assim desejado.²⁰⁴

A partir dessas ideias que houve uma expansão legislativa sobre a matéria, vindo a culminar, com destaque, na Diretiva de proteção de dados da União Europeia, datada de 24 de outubro de 1995, diploma que serviu de base para muitos outros subsequentes.

Essa Diretiva da União Europeia, de número 95/45/CE²⁰⁵, visava, como definido no próprio documento, a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, considerando que “os sistemas de tratamento de dados estão a serviço do homem; que devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas”, primando, ainda, pela lealdade no tratamento, pela necessidade de respeito quanto à adequação, pertinência e não excessividade em relação às finalidades, pela comunicação explícita no momento da coleta e pela obrigatoriedade de consentimento para consideração da licitude da coleta realizada.

A partir da Diretiva Europeia que se extraem ricos conceitos, como referente a *dados pessoais*, *tratamento de dados* e *banco de dados* (art. 2º). Traz, ainda, os principais princípios voltados para a matéria, como: da *qualidade de dados* (art. 6º), com comando de observância à lealdade, finalidade, adequação, pertinência e não

²⁰⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.59 et seq.

²⁰⁵ PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva n. 95/46/CE de 24 de outubro de 1995, sobre proteção da pessoa quanto ao tratamento de dados pessoais e circulação desses dados. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

excesso, exatidão e segurança; da *legitimidade* (art. 7º), decretando como obrigatório o consentimento ou informe sobre a necessidade de coleta como parte do contrato; da *identidade do responsável pela coleta e tratamento* (art. 10), para o fim de se ter conhecimento daquele que faz uso das informações pessoais; e da *segurança* (art. 17), sobre a necessidade de cumprimento de especificações mínimas de segurança a serem observadas pelos responsáveis pela guarda das informações pessoais. Por fim, tratava de garantir os direitos de acesso e retificação junto aos bancos de dados.

Merece destaque o fato de que o esse modelo europeu, implantado pela Diretiva, já considerava como necessária a prévia anuência do usuário para a coleta, tratamento e uso de dados, bem como para recebimento de publicidades. O modelo que antes oferecia como regra a opção de saída (*opt out*) agora determina que se oportunize a escolha de entrada (*opt in*)²⁰⁶, seja no sistema de *mailing list* do fornecedor ou na concordância com o uso de *cookies* do *site*, por exemplo. Com isso, o consumidor europeu passou a ter como reconhecido o seu direito ao prévio consentimento, que se dará de forma expressa e declarada, a partir do fornecimento de informações suficientes para a tomada de decisão quanto à coleta e ao uso de dados pessoais, sobrepondo-se ao ultrapassado modelo que tornava possível a consideração de consentimento presumido.²⁰⁷

Entretanto, a Diretiva Europeia em análise foi revista recentemente, dando lugar a novos diplomas normativos do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, ambos datados de 27 de abril de 2016: o Regulamento²⁰⁸ de número 2016/679, que expressamente, em seu art. 94, declarou a revogação da Diretiva n. 95/46/CE, com efeitos a partir de 25 de maio de 2018 (quando passará a ser aplicável a nova legislação); e a Diretiva²⁰⁹ de número 2016/680, que dentro do tema

²⁰⁶ BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade, o mercado de dados pessoais: proteção da vida privada na idade da Internet*. Lisboa: Editora Piaget, 2001, assim nos ensina: *opt out* corresponde a possibilidade facultada a todos os particulares de manifestar seu interesse em deixar de receber solicitações ou comunicações, enquanto que *opt in* é a necessária manifestação expressa e permissiva para tal recebimento (p.65). Trata-se da garantia da liberdade de escolha consciente e esclarecida, mediante a autorização prévia do consumidor (p.27-28), o que podemos chamar de *permission marketing* (p.35).

²⁰⁷ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.104.

²⁰⁸ PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016, sobre proteção da pessoa quanto ao tratamento de dados pessoais e circulação desses dados, em revogação à Diretiva 95/46/CE*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²⁰⁹ PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2016/680, de 27 de abril de 2016, que dentro do tema de proteção de dados avança para delinear questões atinentes à*

de proteção de dados avança para delinear questões atinentes à prevenção, investigação, infrações e sanções penais.

Com isso, a União Europeia passou a ter o que podemos chamar de novo Regulamento Geral de Proteção de Dados, ou Regulamento Europeu de Proteção de Dados, com consideráveis avanços em relação às legislações anteriores. Trata-se de moderna legislação, mais adequada aos novos tempos, às preocupações e aos anseios dos consumidores-usuários.

Podemos destacar o seguinte sobre esse novo diploma: (i) mostra-se mais detalhista quanto ao dever de informar sobre a coleta de dados, incorporando a este dever questões atinentes ao tempo da guarda e detalhes sobre possíveis transferências internacionais desses dados, bem como prevendo que “as informações devem ser prestadas aos cidadãos de forma concisa, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples”; (ii) adequam-se questões relacionadas ao consentimento, prevendo-se novas condições e exigências para sua obtenção, com especial atenção à figura da criança (menores de 16 anos) e a proteção especial a elas necessária, mediante consentimento de seus representantes; (iii) novos preceitos sobre a análise quanto a dados que mereçam uma proteção especial, mais intensa (como os biométricos, por exemplo); (iv) a obrigação dos fornecedores em melhor documentar todas as atividades relacionadas à coleta de dados, bem como indicar um responsável encarregado pelas obrigações dessa atividade, com a adoção de medidas técnicas, organizativas e de segurança adequadas, tudo isso a fim de demonstrar o cumprimento da legislação; e, por fim, (v) estipula-se a adoção de procedimentos para lidar com casos de violação de dados pessoais, inclusive com a comunicação ao respectivo órgão de fiscalização e o dever do fornecedor em notificar o consumidor titular dos dados sobre a violação ocorrida.²¹⁰

Conforme disciplinado no novo regulamento europeu, a essência da diretiva passada permanece, mas objetiva-se agora uma maior proteção padronizada entre os Estados-Membros, com uma harmonização entre o exercício da atividade econômica e os direitos fundamentais, considerando que o formato anterior não

prevenção, investigação, bem como infrações e sanções penais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²¹⁰ COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADO (PORTUGUAL). *10 medidas para preparar a aplicação do regulamento europeu de proteção de dados*. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/10_Medidas_para_preparar_RGPD_CNPd.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.

evitava a insegurança ou sentimento de risco quanto à proteção de dados pessoais, (considerando n. 9 do Regulamento europeu de proteção de dados²¹¹).

Passamos, agora, para a análise do arcabouço jurídico brasileiro capaz de oferecer respostas para a problemática decorrente da proteção de dados pessoais do consumidor *online*.

3.2.2 Direito brasileiro

No Brasil, o entendimento pela necessidade de proteção de dados pessoais foi ganhando força a partir da Constituição Federal de 1988²¹², numa análise conjugada dos artigos 1º, incisos III e IV, e 170, inciso V, para compreender que a ordem econômica, fundada na livre iniciativa, deve funcionar em observância à dignidade da pessoa humana, ao princípio da proteção do consumidor, à inviolabilidade da intimidade, da vida, honra e imagem,²¹³ conforme previstos no art. 5º, inciso X, XI e XXXII.

Após, atendendo ao disposto no art. 48 dos Atos de Disposições Transitórias da Constituição Federal, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90)²¹⁴, trazendo previsão sobre a matéria de bancos de dados e cadastros de consumidores, de onde se extrai o âmago do princípio da informação e da publicidade e transparência em matéria de proteção de dados pessoais (art. 43)²¹⁵.

²¹¹ Assim consta no diploma legal: “Os objetivos e os princípios da Diretiva 95/46/CE continuam a ser válidos, mas não evitaram a fragmentação da aplicação da proteção dos dados ao nível da União, nem a insegurança jurídica ou o sentimento generalizado da opinião pública de que subsistem riscos significativos para a proteção das pessoas singulares, nomeadamente no que diz respeito às atividades por via eletrônica. As diferenças no nível de proteção dos direitos e das pessoas singulares, nomeadamente do direito à proteção dos dados pessoais no contexto do tratamento desses dados nos Estados-Membros, podem impedir a livre circulação de dados pessoais na União. Essas diferenças podem, por conseguinte, constituir um obstáculo ao exercício das atividades económicas a nível da União, distorcer a concorrência e impedir as autoridades de cumprirem as obrigações que lhes incumbem por força do direito da União. Essas diferenças entre os níveis de proteção devem-se à existência de disparidades na execução e aplicação da Diretiva 95/46/CE”.

²¹² BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²¹³ SOARES, Roger da Silva Moreira; BARBOSA, Marco Antônio. A informação como produto e a proteção do consumidor na sociedade da informação: estudo de caso. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v.11, n.3, 2016, p.880.

²¹⁴ BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²¹⁵ Conforme GOULART, Guilherme Damasio. Por uma visão renovada dos arquivos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v.107, set./out. 2016, p.448: o art. 43 do CDC seria abrangente,

Temos, ainda, outros diplomas que também contemplam matéria relacionada à proteção de dados, a seguir relacionados em ordem cronológica: (i) o Decreto n. 6.135/2007, que regula o cadastro único para programas sociais do Governo Federal, trazendo, em seu art. 8º, previsão sobre a necessidade de vinculação dos dados a sua finalidade prevista no diploma normativo²¹⁶; (ii) o Decreto n. 6.425/2008, que dispõe sobre o Censo Anual da Educação, assegurando, em seu art. 6º, o sigilo e a proteção dos dados pessoais vinculados à operação realizada pela atividade censitária²¹⁷; (iii) o Decreto n. 6.523/2008, que trata do Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC), contendo previsão, em seu art. 11, sobre a necessidade de vinculação da coleta de dados à finalidade imposta pelo atendimento²¹⁸; (iv) a Lei n. 11.903/2009, dispondo sobre o rastreamento da produção e do consumo de medicamentos por meio de tecnologia de captura, armazenamento e transmissão eletrônica de dados, abrangendo nessa atividade de coleta informações dos consumidores-pacientes, conforme prevê o art. 3º, § 1º, inciso VI²¹⁹; (v) a Lei n. 12.414/2011, chamada Lei do Cadastro Positivo, que permite a criação de banco de dados com informações de bons pagadores, em contrapartida aos bancos de dados de restrição ao crédito, contendo disposições sobre proteção da privacidade e métodos de controle e fiscalização, destacando-se pelo conteúdo de seus artigos 4º e 5º, de onde se extraem as ideias de autodeterminação, necessário consentimento, e possibilidade de acesso, alteração e/ou cancelamento do cadastro²²⁰; (vi) a Lei n. 12.737/2012, que incorporou ao Código Penal a tipificação criminal de delitos informáticos (o art. 154-A²²¹), voltando-se contra invasões e interceptações indevidas de dados²²²; e (vii) o Decreto n. 7.962/2013, que trata do comércio eletrônico, dispondo, em seu art. 4º, inciso VII, sobre a necessidade de mecanismos de segurança eficazes na proteção de dados do consumidor²²³.

com aplicabilidade para qualquer tipo de banco de dados e cadastros de consumidores, o que abarcaria essa ampliação da atividade de coleta de informações, no atual modelo de sociedade.

²¹⁶ BRASIL. Decreto n. 6.135, de 26 de junho de 2007. *Planalto*.

²¹⁷ BRASIL. Decreto n. 6.425, de 4 de abril de 2008. *Planalto*.

²¹⁸ BRASIL. Decreto n. 6.523, de 31 de julho de 2008. *Planalto*.

²¹⁹ BRASIL. Lei n. 11.903, de 14 de janeiro de 2009. *Planalto*.

²²⁰ BRASIL. Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011. *Planalto*.

²²¹ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Planalto*.

²²² BRASIL. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. *Planalto*.

²²³ BRASIL. Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. *Planalto*.

Posteriormente, sobreveio uma lei para regular o uso da Internet no Brasil: a Lei n. 12.965/2014, denominada Marco Civil da Internet²²⁴. Nas palavras de Antonia Klee, tal lei “significa um avanço no reconhecimento da necessidade de proteção dos dados e dos registros pessoais. Embora não seja uma lei específica sobre o tema, prevê uma série de dispositivos sobre a proteção de dados”²²⁵.

Conforme Bruno Miragem, a Lei n. 12.965/2014 se presta para assegurar uma proteção de dados aos usuários, reforçando a proteção concedida pelo art. 43 do Código de Defesa do Consumidor.²²⁶

Trata-se de lei estabelecadora de princípios, garantias, direitos e deveres para uso da Internet no Brasil (art. 1º), com inclusão dentre seus fundamentos da *defesa do consumidor* (art. 2º, inciso V) e previsão de garantia da aplicação do CDC à luz de alguns princípios, como: da proteção da pessoa humana, dos direitos da personalidade, da dignidade e da proteção de dados pessoais (art. 3º, inciso III).

Da análise da Lei n. 12.965/2014, que regula questões atinentes à Internet no Brasil, cumpre destacar a previsão contida no art. 7º, por trazer inovações legislativas à matéria de proteção de dados em nosso país, ao considerar que a Internet é essencial para o exercício da cidadania, sendo assegurado ao usuário dentre um significativo rol de direitos as seguintes previsões: (i) inviolabilidade da intimidade e da vida privada; (ii) inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas; (iii) informações claras e completas, inclusive em relação à matéria de proteção de dados; (iv) não fornecimento de dados pessoais para terceiros, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado, ou nas hipóteses previstas em lei; (v) necessidade de consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; (vi) direito a requerer a exclusão de dados pessoais que tiver fornecido, ao término da relação, ressalvadas as exceções previstas em lei; (vii) publicidade e clareza quanto às políticas de uso; bem como (viii) informações claras e completas sobre a atividade de coleta, uso, armazenamento, tratamento e

²²⁴ BRASIL. *Marco Civil da Internet*. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²²⁵ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A regulamentação do uso da Internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Revista Direito & Justiça*. v.41, n.2, jul./dez. 2015. p.131.

²²⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.113.

proteção de seus dados pessoais, os quais somente poderão ser utilizados quando não houver vedação pela lei e, sempre, dentro de sua finalidade, de forma que justifique sua coleta e esteja previsto em contrato ou termo de uso²²⁷.

Conforme refere Bruno Miragem, da leitura do art. 7º da Lei n. 12.695/2014 se extraem dois eixos fundamentais: a proteção da privacidade e o dever de informar. Busca a lei, assim, efetivar o direito à proteção de dados pessoais, adequando seu tratamento às disposições legislativas, e impondo um dever de segurança ao fornecedor.²²⁸

Além disso, também podemos destacar importantes previsões legislativas nos artigos 10 e 11 da Lei n. 12.965/2014, no que tange ao tema em estudo. O art. 10 prevê, em síntese, que a guarda dos dados pessoais do usuário deve “atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas”, já o art. 11, ao seu turno, estabelece que a atividade envolvendo dados pessoais deve respeitar “os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros” (caput), estabelecendo, também, o dever do fornecedor de “prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações” (§ 3º)²²⁹.

Nota-se que a coleta, guarda e uso de dados pessoais no âmbito da Internet ganha um procedimento: será possível caso haja uma prévia informação ao titular dos dados, em cláusula destacada das demais; mediante inexistência de proibição legal; bem como seja assegurada a exclusão de dados mediante solicitação do usuário (excetuadas as hipóteses previstas em lei para manutenção de registros).²³⁰

Entretanto, na visão de Antonia Klee, o legislador demonstrou sua preocupação com a matéria de dados pessoais ao redigir a Lei n. 12.965/2014, mas

²²⁷ Conforme prevê o Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, inciso VIII, é assegurado aos usuários: “informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifique sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação e; c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de Internet”.

²²⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.114.

²²⁹ BRASIL. *Marco Civil da Internet*. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²³⁰ MIRAGEM, *op. cit.*, p.114.

também a considerou insuficiente para dar efetividade ao direito, razão pela qual previu no art. 3º, inciso III, que a proteção de dados se processaria na forma da lei, o que segundo a autora pressupõe a criação de legislação específica.²³¹

Antonia Klee ainda destaca que se trata de uma norma de abertura, que deve dialogar com as normas de proteção do consumidor, sujeito que é o verdadeiro usuário previsto na Lei n. 12.965/2014. Diploma normativo este que assegura o diálogo das fontes, vindo a formar novos direitos e garantias que se somam aos já conquistados para proteção do consumidor. Exemplo disso é a previsão contida no art. 8º da lei, que em diálogo com o CDC, permite considerar como nulas e, assim, não escritas, as cláusulas que não respeitem o sigilo das comunicações e a privacidade do consumidor.²³²

Complementa a autora seu raciocínio com a seguinte ideia de destaque:

Note-se que a defesa do consumidor é um dos fundamentos da disciplina do uso da Internet no Brasil, em conjunto com a livre-iniciativa e a livre-concorrência, assim como manda a Constituição, art. 170, V. Por isso, sustenta-se que a Lei nº 12.965/2014 deve ser aplicada de acordo com o princípio da vulnerabilidade do consumidor e as normas do ordenamento. [...] Não se pode proteger o excesso de liberdade de mercado em nome da liberdade de expressão, pois aí é possível ofender a dignidade da pessoa humana, princípio supremo do ordenamento jurídico brasileiro. A chave do sucesso é, de fato, a convergência da Lei nº 12.965/2014 e do CDC, em sua versão atualizada pelo PLS 281/2012, no que tange aos direitos fundamentais do consumidor.²³³

Sobre o projeto de lei para atualização do Código de Defesa do Consumidor (PLS 281/2012)²³⁴, acima destacado, e ainda em tramitação no Congresso, cumpre referir que guarda relação com a matéria em estudo, ao objetivar a regulação: do comércio eletrônico, proteção de dados e registro pessoal por bancos de dados informatizados.

Ainda, além do aludido projeto de alteração do CDC a versar sobre proteção de dados, recentemente foi elaborado, pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), em conjunto com a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da

²³¹ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A regulamentação do uso da Internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Revista Direito & Justiça*. v.41, n.2, jul./dez. 2015, p.136.

²³² *Ibidem*, p.138-139.

²³³ KLEE, loc. cit.

²³⁴ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 281 de 2012*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4182499>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Justiça, o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais²³⁵, mais assemelhado à Diretiva Europeia, e dispendo sobre “o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural”.

Dessa análise da dogmática jurídica podemos tirar algumas conclusões acerca da matéria de proteção de dados, como atinentes aos direitos que podem ser lesados quando da não observância pelos fornecedores às garantias mínimas que devem ser alcançadas ao consumidor.

Entretanto, a efetividade desses direitos depende dos mecanismos existentes para controle e do respeito pelo fornecedor aos direitos fundamentais do consumidor, o que somente se verificará caso a dignidade da pessoa humana seja reconhecida por todos como o valor supremo delimitado na Constituição Federal, e, assim, adotado um bom agir pelas partes.

Passamos, nesse contexto, ao estudo da proteção da confiança legítima nas relações de consumo, a base da boa-fé objetiva, e elemento necessário para a preservação dos direitos fundamentais e, assim, proteção dos dados pessoais do consumidor *online*.

3.3 BOA-FÉ: A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NA RELAÇÃO DE CONSUMO ONLINE

Como forma de proteção dos dados pessoais e de efetiva preservação dos interesses de seu titular, calcados nos direitos fundamentais já estudados, importa tecer uma base de confiança que permita ao consumidor *online* acreditar que está sendo corretamente instruído sobre a atividade de coleta de dados, que sua escolha será respeitada, e que os dados não serão utilizados de forma abusiva quanto aos limites informados, bem como que estarão protegidos e seguros da interceptação indevida.

A pedra de toque dessa relação transparente entre as partes será a boa-fé objetiva, princípio basilar do direito privado,²³⁶ e expressamente destacado na

²³⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-apresenta-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais/apl.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²³⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.133-134.

redação do Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, inciso III²³⁷. Como afirma Claudia Lima Marques, a “boa-fé (*bona fides*) e confiança (*fides*) sempre estiveram juntas no direito privado e no estudo das bases e efeitos da vontade dos indivíduos no mercado”²³⁸.

A boa-fé objetiva, prevista no CDC como princípio a ser seguido, advém do direito alemão e determina um modo de comportamento entre os contratantes, em conformidade com a boa-fé e os usos do tráfico. Trata-se de cláusula geral de boa-fé, como fonte de deveres de conduta não expressos, mas que não devem ser ignorados por serem a base das relações humanas: a *fides*, a confiança, a lealdade, a observância à palavra dada, a não frustração do interesse legítimo do outro e um não agir segundo sua vontade egoísta.²³⁹

Desse modo, a boa-fé deve conduzir o direito obrigacional, com especial atenção às relações de consumo, pois seria um dos seus principais princípios: que dita um agir adequado, leal e em consideração aos interesses do outro, enfim, uma conduta segundo a boa-fé.²⁴⁰ É um dever de correção e fidelidade, um paradigma da conduta social, pautada no respeito ao outro contratante e na observância às expectativas legítimas geradas.²⁴¹ A partir daí nascem outros tantos deveres, considerados como anexos ou laterais, como de cooperação, de segurança, de cuidado e, principalmente, de informação.²⁴²

Conforme nos ensina Clóvis do Couto e Silva, Emilio Betti, em curso proferido na Faculdade de Direito da UFRGS no ano de 1958, já tratava pioneiramente da

²³⁷ Art. 4º 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 interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

²³⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.202.

²³⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.134.

²⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do Direito Privado*. p. 611-612.

²⁴¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.130-131.

²⁴² *Ibidem*, p.133.

boa-fé objetiva como princípio que ensejava deveres de cooperação.²⁴³ Deveres estes que desde o direito romano pode se verificar a importância e influência, quando naquela época já se valorizava o comportamento ético das partes (*actiones ex fide bona*), sendo determinante a constatação de retidão e lisura no momento da celebração da avença, o que se traduz em um comportamento adequado para com o outro. Trata-se, assim, de em dever de consideração com a outra parte, para o fim de concreção do princípio da boa-fé.²⁴⁴

A boa-fé deve, assim, ser observada pelo fornecedor, para o fim de guiar um bom agir junto ao consumidor, ainda mais num ambiente de agravamento da vulnerabilidade deste (Internet): desde a entrega de informações adequadas e suficientes sobre a atividade de coleta de dados pessoais, até o atendimento das finalidades de uso informadas, sempre oportunizando o direito de escolha consciente pelo consumidor.

Conforme delimita Ricardo Lorenzetti:

Existe um consenso no cenário internacional sobre a existência de um dever de boa-fé que deve ser observado pelas partes no curso de negociações pré-contratuais. É interessante examinar os reflexos desse dever no plano da Internet, já que a utilização de tecnologia por parte de quem a domina possibilita uma importante vantagem comparativa na negociação. É certo que isso nem sempre é assim, mas também é verdade que nas relações de consumo ocorre uma assimetria especificamente vinculada ao uso da tecnologia.²⁴⁵

No mesmo sentido, Humberto Paim Macedo e Flávio Alves Martins:

Há incerteza quanto à consistência da informação, à segurança do tráfego das informações, à idoneidade do fornecedor, às garantias contratuais, à qualidade do produto, à publicidade. Por isso, a boa-fé, em seu sentido objetivo é um dos princípios fundamentais da relação fornecedor-consumidor pela Internet.²⁴⁶

Assim, considerando a existência de fracos controles e o déficit informacional dos consumidores, a boa-fé, calcada na proteção da confiança e da lealdade, faz-se

²⁴³ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português*. p. 31-56. In: Fradera, Vera Maria Jacob (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.31.

²⁴⁴ *Idem*. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.32-33.

²⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.402.

²⁴⁶ MACEDO, Humberto Paim; MARTINS, Flávio Alves. *Internet e Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p.18.

elemento necessário ante o desafio da busca do equilíbrio da relação de consumo.²⁴⁷ Há que ser protegida a confiança legítima do consumidor no fornecedor, na aparência de que será respeitado, pois a confiança é elemento necessário, o que podemos considerar como a “base” ou “lubrificante das relações sociais”.²⁴⁸

Claudia Lima Marques trata da proteção da confiança do consumidor como um novo princípio complementar ao da boa-fé objetiva, que, na atual fase da sociedade, decorre da “desconfiança exacerbada entre os agentes econômicos, resultando que ‘contrato e delito’ estariam lado a lado sempre”. E aqui a confiança passa pelo dever de informar, de alcançar uma equidade informacional. Afinal, compartilhar a informação é cooperar com o outro, se aproximando de um agir leal e transparente.²⁴⁹

A confiança²⁵⁰ se constrói com base numa relação transparente, de respeito à parte contrária e aos direitos fundamentais. Exemplo disso é a imposição de um dever de informar qualificado em decorrência do princípio da boa-fé, o que significa dizer que não basta simplesmente informar, mas que tal informação seja compreendida pelo consumidor. Emanam daí deveres conexos, como o dever de aconselhamento, ou seja, a informação deve ser suficiente para o consumidor.²⁵¹

Pode, assim, a confiança, elemento tão importante aos mais diversos ramos do direito, ser delimitada como a crença em dada realidade, que motiva um determinado comportamento na expectativa de que suas convicções estejam certas. Como bem afirma Bruno Miragem, “trata-se a confiança como a expectativa que surge dentro da comunidade, de um comportamento honesto, normal e cooperativo”.²⁵²

Isso que permite o funcionamento da sociedade, sendo a base da coesão social,²⁵³ pois não se trata de negligência, mas sim de um confiar no outro que

²⁴⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.201-202.

²⁴⁸ LORENZETTI, *op. cit.*, p.47-48.

²⁴⁹ MARQUES, Claudia Lima. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor*. v.57, jan./mar. 2006. p.9-11.

²⁵⁰ Conforme BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade, o mercado de dados pessoais: proteção da vida privada na idade da Internet*. Lisboa: Editora Piaget, 2001. p.105: “Os atores econômicos que se lançam freneticamente numa corrida à coleta de informações sobre os clientes, no intuito de assegurarem o mais rapidamente possível posições de força na futura paisagem econômica, talvez estejam meticulosamente a juntar lenha para se queimarem [...] a generalização desta prática constrói um quadro global onde a confiança dos particulares é terrivelmente agredida”.

²⁵¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.135.

²⁵² *Idem*. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.125.

²⁵³ *Ibidem*, p.126.

permite a realização das ações humanas,²⁵⁴ equivalente a “ausência de uma preocupação exagerada em relação ao comportamento do outro”²⁵⁵.

Proteger a confiança é essencial na relação de consumo, pois é ela que conduz a atuação da pessoa e por ela que se verificará eventual responsabilidade: das condutas no mercado de consumo nascem expectativas legítimas em quem a confiança foi despertada: o destinatário da informação. É a confiança o motor de atuação do indivíduo na sociedade, pois ela que nos faz agir de um dado modo. Trata-se de “princípio diretriz das relações contratuais. A confiança merece proteção e é fonte autônoma de responsabilidade”²⁵⁶. A confiança é a causa determinante do agir, pois os sujeitos da relação obrigacional necessitam confiar, seja na adequada conduta do outro, ou, na sua falta, na prestação da tutela jurisdicional para sancionar o comportamento da outra parte.²⁵⁷

Na relação de consumo, trata-se da confiança mútua de que nenhuma das partes irá se desrespeitar, mediante a percepção de que existem vulnerabilidades, mas que estas não devem ser exploradas.²⁵⁸ E uma das bases da confiança é justamente relacionada à informação (principal elemento de desequilíbrio na relação), do que decorre o dever de informar, o que terá o condão de influenciar ou até mesmo determinar o comportamento do consumidor, legitimando a crença na forma de agir do fornecedor.²⁵⁹

Diante disso, o consumidor deve ter consciência plena sobre os detalhes que envolvem a atividade de coleta, tratamento, guarda e uso de seus dados pessoais, bem como os detalhes sobre os mecanismos de vigilância que se prestam para tal

²⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. Comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.374-375, assim destaca: “ao embarcarmos no avião não revisamos os controles do aeroporto nem mesmo a capacidade do piloto; ao contratar pela Internet, não fazemos uma pesquisa sobre a situação financeira do ofertante, sobre o funcionamento das chaves, sobre o sistema de segurança nas transações ou sobre outros aspectos. Supomos sempre que alguém se ocupou para que esses recursos funcionassem [...]. O sistema é indestrinçável, porquanto a complexidade técnica que lhe é ínsita causa perplexidade; é anônimo, porque não se pode conhecer o seu dono ou responsável. Mesmo assim, gera confiança por meio do seu funcionamento reiterado, das marcas que envolve, do respaldo do Estado e de outros símbolos. As verificações procedidas pelo consumidor para checar a seriedade do fornecedor são muito escassas, e geralmente inócuas, pois baseadas em conhecimento indutivo débil. Não se cuida de negligência, mas sim de uma necessidade. Caso se verificasse cada ato, viver se tornaria impossível e os custos de transação seriam altíssimos”.

²⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.125.

²⁵⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.185-186.

²⁵⁷ MIRAGEM, *op. cit.*, p.126.

²⁵⁸ MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.146-148.

²⁵⁹ MIRAGEM, *op. cit.*, p.126-128.

fim (*cookies* e demais rastreadores de conduta digital), com o intuito de subsidiar seu convencimento sobre a possibilidade e o interesse em confiar no fornecedor que fará uso desses dados.

A confiança abrange, dessa forma, uma expectativa legítima quanto ao dever imposto ao fornecedor de razoável segurança no tratamento e guarda de dados pessoais, direito este de segurança que não engloba somente a tutela pessoal, mas também a patrimonial, visando à proteção contra lesões decorrentes do produto ou serviço.²⁶⁰

Somente assim o tratamento de dados pessoais, desde sua coleta até o seu uso, poderá ser considerado como legítimo e, acima de tudo, em conformidade com os direitos humanos. Não se pode deixar ao longe de nossas vistas que o ser humano é um valor em si mesmo, e não um meio para os fins dos outros,²⁶¹ razão pela qual há que se preservar os direitos da personalidade, na forma prevista desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. 12:

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.²⁶²

Mas, a igualdade e dignidade constitucionalmente previstas somente serão alcançadas quando da identificação no outro de um sujeito de direitos humanos básicos, direitos fundamentais estes que “permitirão a interpretação do direito do novo milênio, que terá justamente (e necessariamente) base constitucional”.²⁶³

Nesses novos tempos não devemos esquecer que o valor máximo do nosso ordenamento jurídico é a proteção da pessoa humana, pois como afirma Danilo Doneda essa negação corresponde a “subtrair o direito ao seu próprio tempo,

²⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.198.

²⁶¹ LARENZ, Karl. *Allgemeiner teil des deutschen buergerlichen rechts*. 4.ed. Muenchen: C.H. Beck, 1977. p.107 *apud* AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.247.

²⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)*. Assembleia Geral da ONU sobre direitos humanos. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 28 jun. 2017.

²⁶³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.177.

tornando-o incapaz de conciliar os interesses da pessoa com a velocidade característica da tecnologia, o que é fundamental”.²⁶⁴

Como defende Anderson Schreiber, “o universo virtual não pode se tornar uma bolha de imunidade aos valores fundamentais do ordenamento jurídico, em especial à proteção da dignidade humana”²⁶⁵.

Claudia Lima Marques, na mesma linha de pensamento, nos ensina que, segundo Erik Jayme, a cultura pós-moderna teria como elementos e características: (i) o *pluralismo*, com a multiplicidade de fontes legislativas para regular um mesmo fato; (ii) a *comunicação*, como elemento legitimador do direito, da justiça e da autonomia da vontade, de onde se depreende a ideia de consentimento informado e esclarecido; (iii) a *narração*, como impulso da informação que invade a filosofia do direito, resultando na *ratio legis* a ser externada pelo legislador, aquilo que ilumina a interpretação da norma; (iv) o *retorno dos sentimentos* (*retour des sentiments*), com um redirecionamento do discurso jurídico para aspectos emocionais, buscando influência em elementos sociais e ideológicos; e, por fim, (v) a *valorização dos direitos humanos*.²⁶⁶ Assim destaca a autora sobre essa revalorização dos direitos primordiais da pessoa humana:

O último elemento, verdadeiro Leitmotiv destacado por Jayme, é um revival dos direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de múltiplas codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Trata-se de uma afirmação bastante forte, no momento e que são justamente esses direitos humanos menosprezados em tantas guerras, violência, barbarismos, tanto individualismo, tanto egocentrismo em nosso mundo. Por vezes parecemos uma sociedade darwiniana, onde somente os fortes sobreviverão, deixando os outros pelo caminho. Na teoria de Jayme, o revival dos direitos humanos é proposto como elemento guia, os direitos fundamentais seriam as novas “normas fundamentais”, e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto de o direito civil assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos. A teoria elaborada por Jayme é coincidente com a de muitos autores do primeiro mundo, O mestre de Heidelberg ensina: o instrumento equilibrador (repersonalizante, diria eu) do atual direito são os direitos humanos. Iremos construir a abalada ciência do direito através da valorização dos direitos do homem, da igualdade e dignidade da pessoa humana, que estão nessa ideia.

²⁶⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.40.

²⁶⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.171.

²⁶⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.174-176.

Realmente, identificar no outro um sujeito de direitos fundamentais, de direitos humanos básicos é uma ideia de igualdade e dignidade. Aqui asseguram-se direitos humanos de proteção (*Abwehrrechte*) e positivos (*Recht auf etwas*) a um agente da sociedade. Para o mestre de Heidelberg a solução de antinomias e da complexidade das relações atuais está na interpretação guiada e hierarquizada pelos direitos humanos. Se os direitos humanos recebidos nas Constituições são direitos fundamentais, serão estes direitos fundamentais (normas constitucionais pétreas e básicas) que permitirão a interpretação do direito do novo milênio, que terá justamente (e necessariamente) base constitucional.²⁶⁷

Na pós-modernidade, fundada na informação, o elemento tecnologia que se mostra tão potente e onipresente exige respostas do direito. E a resposta mais correta nos parece aquela que busca a reafirmação do valor mais fundamental, a pessoa humana, a fim de que permita garantir o funcionamento do mercado de consumo com respeito aos direitos básicos a ela inerentes e constitucionalmente assegurados. Conforme Danilo Doneda: “o verdadeiro problema não é saber sobre o que o direito deve atuar, mas sim de como interpretar a tecnologia e suas possibilidades em relação aos valores presentes no ordenamento jurídico”.²⁶⁸

Conforme defende parte da doutrina, mesmo que o Marco Civil da Internet tenha se mostra um importante passo na perseguição de um respeito à proteção de dados no ciberespaço, ainda há necessidade de maior produção legislativa sobre o tema (legislação específica), bem como fornecer garantias para a efetividade da proteção de dados do consumidor, que hoje ainda enfrenta problemas quanto ao cumprimento da lei e na sua fiscalização.

Como visto, torna-se perceptível que a tecnologia sem limites possui força tamanha capaz de violar os direitos da personalidade das pessoas, razão pela qual se impõe uma maior regulamentação da matéria de proteção de dados pessoais pelo Estado a fim de salvaguardar a dignidade da pessoa humana, valor supremo, previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III.²⁶⁹

Em que pese o reconhecimento como matéria autônoma, o direito à proteção de dados pessoais precisa ser tutelado de forma condizente pelo ordenamento jurídico, com previsão de instrumentos garantidores de sua efetividade, mediante um

²⁶⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.176-177.

²⁶⁸ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.54-55.

²⁶⁹ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A regulamentação do uso da Internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Revista Direito & Justiça*. v.41, n.2, jul./dez. 2015. p.128.

regime de controle específico. Hoje, ainda que a Lei n. 12.965/2014 dialogue com o CDC, à luz dos direitos fundamentais e de princípios protetivos (como da vulnerabilidade, e da vedação ao retrocesso), nosso sistema legislativo carece de definições precisas sobre a matéria e sobre formas de controle e fiscalização de abusos, impondo-se a necessidade de concretização da proteção constitucional por meio da criação de legislação infraconstitucional, especificamente sobre a proteção de dados pessoais, a exemplo do modelo europeu.²⁷⁰

Então, neste momento da história, cabe ao fornecedor respeitar os limites impostos para a atividade de coleta de dados, com observâncias aos princípios da proteção de dados elencados e estudados no presente trabalho: transparência²⁷¹, publicidade, consentimento, qualidade e segurança.

Além disso, torna-se possível considerar que estamos agora no que a doutrina chama de quarta geração dos direitos de proteção de dados, com a preocupação sendo voltada para a efetividade desse direito fundamental recém positivado, de forma um pouco mais específica, em nosso ordenamento jurídico.

Mas, ainda temos muito caminho para trilhar, pois hoje o modelo europeu já está um passo a nossa frente, basta visitar o endereço eletrônico do parlamento (www.europarl.europa.eu), por exemplo, para receber uma mensagem de aviso de que o *site* utiliza *cookies*, ofertando ao usuário três opções: aceitar, recusar, e receber mais informação sobre o assunto.

Cumprido estabelecer que a não aceitação em nada prejudica a navegação no *site* (diferentemente de alguns fornecedores que somente aceitam o acesso caso habilitado o uso de *cookies* pelo usuário-consumidor). Ainda, no endereço do *site* supracitado, caso opte por mais informações, o consumidor será direcionado a um ambiente de esclarecimentos²⁷², contendo respostas para os seguintes tópicos: finalidade e utilização dos *cookies*, o que fazer caso deseje que não sejam instalados *cookies* no seu computador, e uma listagem de *cookies* utilizados pelo próprio *site*, com especificações sobre cada um deles.

²⁷⁰ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A regulamentação do uso da Internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Revista Direito & Justiça*. v.41, n.2, jul./dez. 2015. p.128-130.

²⁷¹ Conforme SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.170: "A transparência na comunicação eletrônica é passo essencial para garantir a proteção da privacidade do usuário".

²⁷² PARLAMENTO EUROPEU. *Cookies e vida privada*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/portal/pt/cookie-policy>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Tudo nos leva a uma conclusão lógica possível: a confiança é elemento primordial na relação de consumo, e somente será alcançada com o respeito aos mais essenciais direitos do homem. Dentre estes direitos fundamentais, podemos destacar o de ser informado, para que, como visto, seja viabilizado o pleno exercício dos direitos da personalidade, a liberdade das escolhas, de consentimento e a respectiva proteção da identidade informática do consumidor.

Depende, assim, a efetiva proteção de dados do consumidor *online* do correto agir pelo fornecedor, que, atuando em conformidade com os ditames da boa-fé, irá informar adequadamente e ofertar a possibilidade de prévio consentimento quanto ao uso de dados. O cerne da questão passa pela possibilidade do consumidor confiar na parte que está do outro lado na relação de consumo, e um bom exemplo de agir nesse momento pode ser delimitado pela adoção de sistemas *opt in* em detrimento do corriqueiro *opt out*, a se iniciar pelo uso de *cookies* e demais rastreadores de conduta digital, conforme o modelo Europeu. Somente desse modo, e com claras informações, que se possibilitará um melhor exercício do direito à autodeterminação informativa, e a consequente preservação dos direitos mais fundamentais da pessoa humana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações tecnológicas mudaram o mundo diante de uma era tida como digital: com o advento do computador e da Internet, principalmente, as relações se transformaram e a sociedade tomou novos rumos. Esse movimento é o que podemos classificar como sociedade da informação, que se apresenta dentro de um contexto de pós-modernidade.

Com a informação assumindo um protagonismo na rede mundial de computadores, rapidamente a informação começou a deixar de ser uma mera ferramenta para se tornar um valor, e esse valor é cada vez mais perseguido.

Nas relações de consumo essa prática mira os dados pessoais do consumidor que podem servir aos mais variados interesses do fornecedor, como *marketing*, mas sempre objetivando um acréscimo nos lucros, uma diminuição nos riscos, uma predição do comportamento do consumidor.

Enquanto isso o consumidor, usuário da Internet, usufrui das tantas maravilhas que ela oferece, sem muitas vezes reparar que ali existe uma relação de consumo e muito menos que seus mais variados dados pessoais podem ser coletados para fins mercadológicos.

Diante disso, que surgem preocupações, como relacionadas à privacidade, à liberdade de escolha e autodeterminação informativa, e que merecem resposta pelo Direito. Sendo que no presente trabalho buscamos identificar alguns dos direitos que podem ser lesados e o conjunto de instrumentos jurídicos que poderão fazer frente ao tratamento ou uso ilegítimo de dados pessoais.

Parece-nos que a disciplina de proteção de dados pessoais, conforme estudado, surge como uma resposta, que não busca vetar a prática de coleta e uso de dados, mas sim garantir direitos básicos que tornem lícita essa atividade de tratamento de dados pessoais, compreendido nesse conceito de tratamento, todos os procedimentos realizados sobre os dados, desde a coleta até o uso.

O direito à proteção de dados surge como um direito fundamental autônomo, que guarda relação com os demais direitos que levaram à sua criação, e que busca resguardar aqueles dados (em forma bruta ou não), capazes de tornar seu titular um sujeito identificado ou identificável (dados pessoais), e, assim, prejudicada a sua liberdade e privacidade.

Muitos foram os diplomas normativos que regularam a matéria, principalmente na União Europeia, que recentemente editou novas regras para a proteção de dados, sendo desde longa data parâmetro para estudo da proteção de dados, inclusive com previsão de princípios que servem para demonstrar os limites da atividade de tratamento de dados pessoais. Com destaque podemos citar o princípio da informação, da finalidade, da transparência, do consentimento e da segurança.

E dessa base que se funda o direito à proteção de dados pessoais, de onde podemos depreender que o instrumento mais importante na relação de consumo *online* será justamente a informação, que deverá ser repassada de forma clara, prévia e suficiente ao consumidor, contendo os detalhes da atividade de tratamento de dados. Somente a partir daí que restará estabelecida a finalidade da coleta, a transparência na relação, e se existirá segurança quanto ao fornecimento de dados. Então, poderá o consumidor *online* exercer de uma forma adequada a sua liberdade: consentindo ou não com a coleta de seus dados.

Tudo isso possui relação com o direito à autodeterminação informativa, ou liberdade informática, que se relaciona com a possibilidade de gerir as informações que compõem o seu perfil informático. Aqui a informação exerce o seu caráter dúplice, de receber informações adequadas e de escolher o que informar sobre si para os outros.

Entretanto, no atual formato de relação que se verifica cotidianamente, podemos dizer que estamos numa zona cinzenta, quando não sabemos ao certo que tipo de informações sobre nós são coletadas, quando são coletadas e por quem foram. Pode ter sido um rastreador vinculado a um *site* (*cookie*), ou até mesmo aquele aplicativo instalado no *smartphone* que solicitou uma série de acessos ao conteúdo contido na memória do aparelho.

Logo, a informação, mesmo elemento que conduz a sociedade pós-moderna, serve de motor para o perfeito exercício da vontade, sendo requisito essencial na relação de consumo. Nesse viés, torna-se possível identificar o dever mais básico a que está adstrito o fornecedor: entregar informações precisas e suficientes ao consumidor; a fim de possibilitar que o consumidor bem informado possa identificar as formas de coleta de informação procedidas pelo fornecedor e, assim, escolher se irá pactuar ou não, bem como se e ela é necessária ou pertinente para a relação e quais opções que lhe são alcançadas por aquele e por outros fornecedores.

Parece-nos que, apesar da produção brasileira de leis versando sobre a matéria em estudo, com destaque para o Marco Civil da Internet (que avançou um pouco no assunto), há necessidade da edição de uma legislação específica sobre proteção de dados, com indicação expressa dos limites e dos direitos envolvidos, a fim de tornar menos nebulosa a questão e garantir disposições capazes de proteger o consumidor ainda mais vulnerável nesse ambiente do ciberespaço.

Porém, por mais que tenhamos regramentos, a resposta para a efetividade na proteção de dados parece estar no âmago das soluções pós-modernas, num olhar para os direitos humanos, para perceber que o outro não é um dado, mas sim um sujeito de direitos e que deve ser respeitado.

Somente será alcançada a proteção de dados pessoais quando preservada a boa-fé objetiva entre as partes, quando a confiança for também protegida. Trata-se de um dever de agir correto e atuar em conformidade com o que se espera. No caso, espera-se que sejam fornecidas ao consumidor informações claras, transparentes e razoáveis, para permitir a tomada das rédeas na construção da identidade informática ao titular dos dados pessoais, dentro dos limites que ele considerar adequados.

Exemplo disso verifica-se quando ao acessar um determinado *site*, o consumidor é informado sobre o uso de *cookies*, mas não somente isso, acima de tudo viabilizado o seu direito de escolha e a possibilidade de obtenção de maiores informações. Trata-se de possibilitar a liberdade de escolha do consumidor quanto ao ingresso em um ambiente de coleta de dados (com rastreadores), conforme seu interesse, em detrimento de um sistema que trata esse consentimento como presumido (*opt out*), ao invés de expresso como deve ser (*opt in*). Modelo esse que se mostra em conformidade com o novo Regulamento de Proteção de Dados da União Europeia, com aplicação a partir de 2018 e que deve servir de exemplo para a implementação de um nova cultura comportamental na rede mundial de computadores, em especial nas relações de consumo *online*, e que poderá servir de embasamento para o legislador brasileiro que ainda detém em sua mesa projetos de lei voltados para o assunto em análise.

Impõe-se esse novo olhar, mais voltado aos direitos fundamentais da pessoa humana, tornando possível uma efetiva proteção de dados, em perfeita sintonia com o mercado de consumo e uma adequada atividade de *marketing*.

Com o respeito do fornecedor aos direitos do consumidor na matéria de proteção de dados pessoais poderemos vislumbrar um ambiente virtual mais harmônico, com uma sociedade mais justa e respeitadora aos direitos fundamentais, sem a necessidade da adoção extrema de uso de softwares de bloqueio de *cookies* pelo consumidor que não deseja ter seus dados coletados, pois bastará confiar no fornecedor, e talvez até o possa fazer baseado em certificados emitidos por entidades controladoras, sobre o correto agir quanto à coleta de dados pessoais – certificação essa que poderá ser de interesse de ambas as partes.

Dessa forma, consideramos que a chave para a proteção de dados pessoais parece estar realmente na proteção da confiança e na boa-fé, pois quando assim for conduzido o agir será possível o pleno exercício pelo titular dos dados quanto à disposição destes, o que, primando-se pela necessidade de consentimento prévio e informado, acarreta na melhor preservação dos direitos fundamentais à privacidade, liberdade de escolhas e autodeterminação informativa.

REFERÊNCIAS

- ACIOLI, Caterine Gonçalves. A proteção dos dados dos consumidores: reflexão sobre caminhos para sua efetividade no Brasil. *Revista Direito & Justiça*, Porto Alegre, v.38, n.2, jul./dez. 2012, p.132-140. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/download/12540/8406>>. Acesso em: 05 jun. 2017.
- AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da sociedade da informação: estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BARBIERI, Carlos. *Modelagem de dados*. Rio de Janeiro: Infobook, 1994.
- BARRICHELLO, Eugenia Maria Mariano da Rocha; MOREIRA, Elizabeth Huber. A análise da vigilância de Foucault e sua aplicação na sociedade contemporânea: estudo de aspectos da vigilância e sua relação com as novas tecnologias de comunicação. *Intexto*, Porto Alegre, UFRGS, n.33, mai./ago. 2015, p.64-75. Disponível em <<http://seer.ufrgs.br/index.php/intexto/article/download/50075/34203>>. Acesso em: 05 jun. 2017.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BBC NEWS. *Children's messages in CloudPets data breach*. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/technology-39115001>>. Acesso em: 03 jul. 2017.
- BELLEIL, Arnaud. *@-privacidade, o mercado de dados pessoais: protecção da vida privada na idade da Internet*. Lisboa: Editora Piaget, 2001.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- _____. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.
- _____. *Código Penal*. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Decreto n. 6.135, de 26 de junho de 2007. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6135.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Decreto n. 6.425, de 4 de abril de 2008. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6425.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Decreto n. 6.523, de 31 de julho de 2008. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6523.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Lei n. 11.903, de 14 de janeiro de 2009. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11903.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. *Projeto de Lei n. 281 de 2012*. Disponível: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4182499>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BRUNO, Fernanda. Máquinas de ver, modos de ser: visibilidade e subjetividade nas novas tecnologias de informação e de comunicação. *Revista FAMECOS*. Porto Alegre, n.24, jul. 2004. p.110-124. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/download/3271/2531>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

_____. Monitoramento, classificação e controle nos dispositivos de vigilância digital. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n.36, ago. 2008, p.10-16. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/download/4410/3309>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

_____. Rastros digitais sob a perspectiva da teoria ator-rede. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, v.19, n.3, set./dez. 2012, p.681-704. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/download/12893/8601>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

BURKE, Peter. *Uma história do conhecimento: de Gutenberg a Diderot*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CANTO, Rodrigo Eidelvein. Direito do consumidor e vulnerabilidade no meio digital. *Revista de Direito do Consumidor*, v.87, p.179-210, mai./jun. 2013. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015d1320fd5f5c648dab&docguid=la1fec700ccd711e29a30010000000000>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARLINI JUNIOR, Reginaldo José. Marketing one-to-one: a importância da comunicação individualizada para retenção e satisfação dos clientes nos estabelecimentos gastronômicos associados à ABRASEL-PE. *Análise: Revista da Faculdade de Ciências Políticas Econômicas da PUCRS, Porto Alegre*, v.13, n.2, 2002, p.343-362.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O direito ao esquecimento na sociedade da informação. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol.8, ago. 2015, p.563-596. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015d13253a0ae95a26ae&docguid=lc30b3430470811e5ba8e0100000000000>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

COING, Helmut. História de derecho y dogmática jurídica. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v.9, n.2, p.245-257, mai./ago. 1982.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADO (PORTUGUAL). *10 medidas para preparar a aplicação do regulamento europeu de proteção de dados*. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/10_Medidas_para_preparar_RGPD_CNPD.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção n. 108, de 28 de janeiro de 1981. Sobre a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado dados pessoais*. Disponível em: <<https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

CRAVO, Victor. O big data e os desafios da modernidade: uma regulação necessária? *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v.8, n.1, mai. 2016, p.177-192. Disponível em: <<http://www.ndsr.org/SEER/index.php?journal=rdet&page=article&op=view&path%5B%5D=234&path%5B%5D=164>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.290-320.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ESPANHA. *Constituição (1978)*. Constituição Espanhola de 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>> Acesso em: 25 jun. 2017.

FEDERAL TRADE COMMISSION (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA). *VIZIO to pay \$2.2 million to FTC, state of New Jersey to settle charges it collected viewing histories on 11 million smart televisions without users' consent*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/02/vizio-pay-22-million-ftc-state-new-jersey-settle-charges-it>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

FRANÇA. *Lei n. 78-17 de 6 de janeiro de 1978*. Sobre proteção de dados, tecnologia da informação, arquivos de dados e liberdades civis. Disponível em: <<https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Act78-17VA.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

GOULART, Guilherme Damasio. Por uma visão renovada dos arquivos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v.107, p.447-482, set./out. 2016. Acesso em: <<http://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000015d133e3960e676b0cf&docguid=l77c0a3d08a2711e6be1701000000000>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

KENNEDY, John Fitzgerald. *Special message to the Congress on protecting the consumer interest*. March 15, 1962. Disponível em: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A regulamentação do uso da Internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. *Revista Direito & Justiça*, v.41, n.2, jul./dez. 2015. p.126-153. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/download/21427/13322>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

LACE, Susane. *The Glass Consumer: life in a surveillance society*. Bristol: Policy Press, 2005.

LARENZ, Karl. *Allgemeiner teil des deutschen buergerlichen rechts*. 4.ed. Muenchen: C.H. Beck, 1977.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.29.

MACEDO, Humberto Paim; MARTINS, Flávio Alves. *Internet e Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor*. v.57, p.9-59, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015d1318fd1272f16630&docguid=l605cf150f25511dfab6f010000000000>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via Internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados. *Revista de Direito do Consumidor*, vol.79, jul./set. 2011, p.45-81. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015d1326d58172f16880&docguid=l1977b2a0008911e1968d00008558bdfc>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILLER, Geoffrey. *Darwin vai às compras: sexo, evolução e consumo*. Rio de Janeiro: BestSeller, 2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-apresenta-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-pessoais/apl.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Bruno. *Direito civil: direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Garantias do consumo: a Internet das coisas e os riscos do admirável mundo novo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/garantias-consumo-Internet-coisas-riscos-admiravel-mundo>>. Acesso em: 27 mai. 2017.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MORATO, Antonio Carlos. Mensagens eletrônicas não solicitadas como prática abusiva no mercado de consumo. *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol.3, abr. 2011, p.773-805. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015d131cbcd81564c6c5&docguid=178ea802007a411e0892001000000000>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao esquecimento: entre a sociedade da informação e a civilização do espetáculo. *Revista de Direito Privado*, v.70, out. 2016, p.71-98. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015d131c2820fb164432&docguid=1b02cbf908c4a11e690d4010000000000>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). *Responsabilidade civil, v.8: direito à informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948). Assembleia Geral da ONU sobre direitos humanos. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. *Resolução n. 2.450, de 19 de dezembro de 1968*. Assembleia Geral da ONU sobre direitos humanos e os avanços científicos e tecnológicos (XXIII: vigésima terceira sessão). Disponível: <<http://www.worldlii.org/int/other/UNGARsn/1968/63.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. *Resolução n. 39/248, de 16 de abril de 1985*. Assembleia Geral da ONU sobre proteção do consumidor. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Diretrizes da OCDE para a proteção da privacidade e dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais de 23 de setembro de 1980*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU. *Cookies e vida privada*. FAQ sobre cookies e proteção de dados no site. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/portal/pt/cookie-policy>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 95/46/CE de 24 de outubro de 1995*, sobre proteção da pessoa quanto ao tratamento de dados pessoais e circulação desses dados. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. *Diretiva (UE) 2016/680, de 27 de abril de 2016*, que dentro do tema de proteção de dados avança para delinear questões atinentes à prevenção, investigação, bem como infrações e sanções penais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. *Regulamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016*, sobre proteção da pessoa quanto ao tratamento de dados pessoais e circulação desses dados, em revogação à Diretiva 95/46/CE. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

PEPPERS, Don. *Marketing um a um: marketing individualizado na era do cliente*. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

PINCINATO, Marcelo Frossard. Histórico, natureza jurídica e responsabilidade civil dos bancos de dados e cadastros de consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, v.15, n.60, out./dez. 2006, p.103-121. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015d134ccb9e0d4d4e1e&docguid=lf44b7470f25211dfab6f010000000000>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *A sabedoria da inteligência* (1922). 1.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1960.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROHR, Altieres. *Segurança Digital: Petya x WannaCry: veja diferenças do novo ataque cibernético*. Portal de notícias Globo.com (G1). Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/petya-x-wannacry-veja-diferencas-do-novo-ataque-cibernetico.html>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2017.

SILVA. Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

_____. *O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português*. p. 31-56. In: Fradera, Vera Maria Jacob (Org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SOARES, Roger da Silva Moreira; BARBOSA, Marco Antônio. A informação como produto e a proteção do consumidor na sociedade da informação: estudo de caso. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v.11, n.3, 2016, p.870-889. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/21251/pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

STERNE, Jim. *Serviço ao cliente na Internet*. São Paulo: Makron Books, 2001.

TADEU, Silney Alves. Um novo direito fundamental: algumas reflexões sobre a proteção da pessoa e o uso informatizado de seus dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, v.79, p.83-100, jul./set. 2011. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015d132b440972076a5e&docguid=l1addf960008911e1968d00008558bdfc>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

VIAL, Sophia Martini. A sociedade da (des)informação e os contratos de comércio eletrônico do Código Civil às atualizações do Código de Defesa do Consumidor, um necessário diálogo entre fontes. *Revista de Direito do Consumidor*, v.88, jul./ago. 2013, p.229-257. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000015d13248a1372076961&docguid=l5e5cc940fa6b11e2b7d6010000000000>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v.4, n.5, Dec. 15, 1890, p.193-220. Disponível em: <<http://www.english.illinois.edu/people-/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.