

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFHAEL HORST DE AGUIAR

**A RESPONSABILIZAÇÃO PELA VIOLAÇÃO À
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UM DIÁLOGO
ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A
LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

VITÓRIA
2021

RAFHAEL HORST DE AGUIAR

**A RESPONSABILIZAÇÃO PELA VIOLAÇÃO À
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UM DIÁLOGO
ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A
LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof.^a Me. Ivana Bonesi Rodrigues Lellis.

VITÓRIA

2021

RAFHAEL HORST DE AGUIAR

**A RESPONSABILIZAÇÃO PELA VIOLAÇÃO À
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UM DIÁLOGO
ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A
LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2021.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a Me. Ivana Bonesi Rodrigues Lellis.
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

Prof. (a) Faculdade de Direito de Vitória

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais por todo o suporte, que possibilitou a execução deste trabalho e, para a concretização do sonho de cursar a faculdade de Direito.

Aos meus irmãos, Ramiro e Maria, por todo o apoio emocional e por sempre acreditarem em mim.

A todos os professores da FDV que colaboram, constantemente, com meu crescimento acadêmico e pessoal.

À minha orientadora, professora Ivana Bonesi, que durante as disciplinas ministradas no 4º e 7º período e, na execução do presente trabalho, colaborou com meu aprendizado, sempre de forma humana e acolhedora. Muito obrigado!!

Aos meus colegas Thais, Douglas, Stefany e Amanda, que desde o início da faculdade são fundamentais na minha caminhada acadêmica.

“Uma jangada à deriva
À céu aberto
Leva aos corações despertos
A sonhar com terras livres

Veio a manhã e eu parti
Mas quando cheguei aqui
Os astros podem contar
No dia em que me perdi
Foi que aprendi a brilhar”

Trecho da Canção “Estrela”, de
Vander Lee. Interpretada,
maravilhosamente por Maria
Bethânia.

RESUMO

A massificação das relações contratuais transformou a autonomia da vontade, ocorrendo uma minimização dessa expressão quando da criação da relação contratual moderna, demonstrando, também, uma limitação da liberdade contratual dos consumidores pela desigualdade de posição econômico-social perante as grandes empresas. Reflexos da informatização que fez com que o acesso a diversos serviços online fosse regulado por verdadeiros contratos de adesão. Esse contexto é alimentado pela necessidade de exposição de informações pessoais nas mídias digitais, culminando na entrada em vigor da LGPD (Lei 13.709/2018), principal produção do ordenamento jurídico para a proteção de dados pessoais. A LGPD colabora na compreensão da necessária utilização dos dados pessoais e de possíveis responsabilizações, conjuntamente com o CDC (Lei 8.078/1990), na busca de estabelecer um equilíbrio entre consumidores e instituições privadas.

Palavras chaves: Dados Pessoais. Código de Defesa do Consumidor. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Responsabilidade Civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS EM UMA SOCIEDADE DE CONSUMO EM MASSA	09
1.1 DA RESSIGNIFICAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO.....	09
1.2 CONFLITOS INERENTES A LIBERDADE DE CONTRATAR E A LIBERDADE CONTRATUAL.....	11
1.3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE ADESÃO NO CDC.....	14
2 A MANIPULAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DO CONSUMIDOR	16
2.1 CONTEXTO PRÉ-LGPD.....	16
2.2 OS OBJETIVOS DA IMPLANTAÇÃO DA LGPD.....	19
2.3 O IMPACTO DA LGPD NA ATIVIDADE DAS REDES SOCIAIS.....	23
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	27
3.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO CONSUMERISTA.....	27
3.2 POSSÍVEL RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS POR DESCUMPRIMENTO DA LGPD.....	31
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS	40

INTRODUÇÃO

A compreensão das relações sociais segue um padrão que acompanha toda a transformação da sociedade, refletindo, obviamente, nas aplicações jurídicas. Nesse contexto, os conceitos e interpretações do Direito devem ser analisados de acordo com a informatização, que ganhou força nas últimas décadas

Inicialmente, serão analisados os impactos desse crescimento digital na contribuição da propagação do consumo em massa, e da ressignificação da autonomia da vontade dos consumidores ao estabelecer os novos contratos, principalmente nas plataformas digitais.

Será submetida a escrutínio a existência de uma falsa liberdade dos consumidores ao acessarem os serviços nas mídias sociais, na medida em que se limitam apenas a aderir as condições impostas por essas empresas ou a aceitar determinações para garantir o acesso ao serviço necessário ou desejado.

Esse cenário de violação, contribui para a apropriação por parte dos fornecedores de um volume absolutamente expressivo de informações pessoais de todo e qualquer indivíduo que acesse a internet, contexto que impôs a elaboração de regras jurídicas para disciplinar essas situações, o que culminou com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018).

Percebe-se que há um grave problema enfrentado pelos consumidores, no que se refere a violação de direitos fundamentais por parte de fornecedores de se apropriarem de seus dados pessoais, nos levando ao seguinte questionamento: quais são os reflexos dessa violação no universo jurídico e, que tipo de medidas estão legalmente previstas para coibir essas práticas?

Trata-se de tema extremamente atual e relevante que suscita diversas dúvidas típicas de um momento em que uma nova legislação está sendo absorvida pela sociedade.

Busca-se, por meio do presente trabalho, promover um estudo por meio dessas relações contratuais modernas e dos efeitos da LGPD, para assim, alcançar uma resposta aos questionamentos aqui trazidos.

1 A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS EM UMA SOCIEDADE DE CONSUMO EM MASSA

1.1 DA RESSIGNIFICAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Com o advento do Estado Liberal, a autonomia da vontade dos indivíduos na elaboração contratual se tornou ampla e irrestrita, permitindo que sejam estipulados contratos com quem queiram e nas condições que as partes aceitarem, garantindo ao máximo a liberdade contratual.

Entretanto, esse contexto não observa as possíveis desigualdades existentes entre os diversos seres ao compactuarem seus acordos, preservando o que fora decidido, independente das mudanças sociais e econômicas que estavam sujeitos.

O “pseudo” contrato não disfarçava a relação desigual e opressora firmada entre a parte detentora dos bens de produção e aqueles que nada possuíam, salvo a força de trabalho, sendo assim a função principal do contrato estava comprometida, ou seja, a circulação da riqueza ficava adstrita aos detentores do capital. E com o imperativo da exclusão estatal de intervir nas relações privadas, face à rigidez do princípio do pacta sunt servada, a relação jurídica firmada entre as partes era mantida por mais injusta que fosse. (ALBUQUERQUE, p.75, 2003)

Essa realidade, se mostra presente nos momentos atuais quando se referem as grandes corporações empresarias de abrangência global, com poderio econômico e político muito forte, principalmente nos países ocidentais. A limitação da liberdade de escolha do consumidor (contratante) mostra-se ainda muito presente.

[...] o exercício de tal liberdade, levado a extremos, mostrou que esse modelo, em vez de libertar, cada vez mais escravizava a parte social ou economicamente mais fraca: a pretensa isonomia das partes enfraquecia-se cada vez mais ante o poderio econômico das grandes indústrias que se formavam e impunham unilateralmente suas condições; a liberdade de escolher com quem contratar paulatinamente era mitigada pela impossibilidade de satisfação das

necessidades do indivíduo por outros meios senão através da aquisição de bens do grande produtor; [...] (BIERWAGEM, p. 26, 2003)

O surgimento do Estado social (Welfare State) ocorre uma mudança no olhar estatal para com as relações individuais e privadas. O Estado assume a condição de guardião dos interesses coletivos e de garantidor do equilíbrio das relações, com fins à garantia da justiça social e do bem comum (ALBUQUERQUE, p. 79, 2003).

Temos que “[...] o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido” (ROPPO, 2009, p.24), e este raciocínio é observado ao longo da história nas características que compõe a formação dos acordos contratuais.

O período compreendido como Revolução Industrial, significou uma mudança na produção de bens e por consequência, na concepção dos contratos, saindo da percepção de total liberdade e igualdade entre os privados, para possibilitar uma maior interferência estatal com o objetivo de equilibrar as partes social ou economicamente desiguais (BIERWAGEN, 2003, p. 26).

Com a evolução da relação contratual observa-se uma minimização da expressão de vontade quando da criação do vínculo contratual, fazendo com que o elemento vontade seja redimensionado a sua importância e influência nas novas relação contratuais, contexto denominado por Enzo Roppo, de objetivação do contrato (ROPPO, 2009, p.297).

Acontece um processo de objetivação da autonomia da vontade, que se configura pela valoração da vontade declarada em detrimento do seu aspecto subjetivo. Trata-se das consequências destas novas maneiras de estabelecer vínculos contratuais, tornando a manifestação do desejo de contratar pela escolha individual de forma mais objetiva. Temos que pela nova configuração do mercado, invadido pela massificação dos contratos, passando este a ser visto como um “instrumento objetivo e impessoal, para adequar-se à objectividade e

impessoalidade do moderno sistema de relações econômicas” (ROPPO, p. 309, 2009).

[...] as transformações do instituto contratual, que designámos em termos de sua objectivação, não contrariam, mas antes secundam, o princípio da autonomia privada, desde que se queira ter deste princípio uma noção realista e correcta: autonomia privada, portanto, não como sinónimo de ‘autonomia da vontade individual’, mas como forma jurídica e legitimação da liberdade económica, da liberdade de prosseguir o lucro ou, então, de actuar segundo as conveniências de mercado [...]. (ROPPO, p. 310/311, 2009)

Fato é que a massificação das relações contratuais ocasionou um pensamento de orientação na autonomia da vontade, impondo que essa independência seja exercida com responsabilidade, observando a função social dos contratos, o princípio da boa-fé, da igualdade e a supremacia do interesse público. Esse contexto é imprescindível para se garantir os direitos basilares do consumidor, tal qual, disposto no artigo 6º do CDC.

1.2 CONFLITOS INERENTES A LIBERDADE DE CONTRATAR E A LIBERDADE CONTRATUAL

De forma simplificada a ideia de liberdade de contratar caracteriza-se pela “autonomia concedida ao indivíduo para estabelecer negócios jurídicos bilaterais ou mesmo para optar por não realizá-los” (FARIAS; ROSENVALD; 2017, p. 352), quanto que, a expressão liberdade contratual “concerne à possibilidade de livre estipulação dos termos da avença” (FARIAS; ROSENVALD; 2017, p. 352), ou seja, a iniciativa de conseguir estabelecer cláusulas nos contratos celebrados.

Essas expressões, as quais, pode-se dizer que decorrem da autonomia privada, representam condições, que de forma predisposta, deveriam ser fundamentais na construção de uma relação contratual, garantido tanto pelo poder do indivíduo de querer celebrar o contrato, como na sua independência de construir as regras deste. Ou seja, é a ação livre dos contraentes para estipular um contrato, com qualquer contraparte, e com plena autonomia estabelecer o seu conteúdo e o seu preço (ROPPO, 2009, p. 32).

Estaria assim, a compactuar de forma principal o preceito “pacta sunt servanda”, que se trata de um

[...] princípio que, além da indiscutível substância ética, apresenta também um relevante significado econômico: o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de facto, condição para que as trocas e as outras operações de circulação da riqueza se desenvolvam de modo correcto e eficiente segundo a lógica que lhes é própria [...] (ROPPO, 2009. p. 34-35).

Acontece que a negociação contratual sofre reflexo do modelo econômico-social da atualidade, refletindo na perspectiva de pensamento e atitude dos indivíduos e, portanto, no momento da necessidade de estabelecer vínculos contratuais. Esse contexto é que possibilita ao Estado exercer mínima interferência nas relações privadas, a fim de garantir princípios contratuais como da solidariedade, boa-fé e da função social do contrato, parâmetros trazidos pelo Código Civil.

Observando o modelo atual, a liberdade contratual dos consumidores estaria sendo restringida, já que não estão estabelecendo conjuntamente as cláusulas dos produtos e serviços contratados. Especialmente nos contratos eletrônicos que estabelecem regras gerais de adesão, ficando os consumidores compelidos a aceitar a disponibilização de seus dados e informações pessoais, pois caso não o faça não obtém o produto ou serviço desejado.

O consumidor não consegue estabelecer uma conversa com o contratante, aja vista a sua desigualdade de posição econômico-social perante as grandes empresas de atuação global. Assim dizendo, “[...] trata-se, inversamente, de restrição da liberdade contratual de só uma das partes da relação, a esta imposta pela contraparte, que se prevalece e abusa de uma sua posição de predomínio econômico-social” (ROPPO, 2009, p. 317-318).

Nesse aspecto, corrobora Mônica Yoshizato Bierwagen ao expor que

[...] é inegável fator de restrição à possibilidade de escolha, quer quanto aos sujeitos, quer com relação ao conteúdo do negócio, atingindo não só consumidores, mas também microempresas, empresas de pequeno porte e médio porte – que para sua sobrevivência necessitam

submeter-se ao poderio econômico de grandes corporações ou conglomerados -, é evidente que não se pode falar em paridade no momento da contratação e, conseqüentemente, em liberdade contratual. (BIERWAGEN, p. 31, 2003)

Com a nova organização da formação contratual, Enzo Roppo demonstra uma percepção de que haveria uma transformação da teoria da vontade para a teoria da declaração, sendo esta última caracterizada por uma relação jurídica que explora o elemento objetivo e exterior dos sujeitos, no sentido de que essa declaração expressa de forma mais perceptível à celebração do contrato, diferentemente da posição mais subjetiva e íntima expressa na teoria da vontade (ROPPO, 2009, p. 298/299).

Pode-se dizer que os consumidores mantêm minimamente a liberdade de contratar, entretanto, esta também é relativizada, no modo em que os indivíduos ficam obrigados a aderir os contratos de aquisição e utilização de bens e serviços de determinadas instituições por consequência da organização da própria sociedade e da exclusividade de algumas empresas que dominam o mercado.

[...] mas não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar, porque quando a adesão ao contrato standard constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis à vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada; e, muitas vezes, por fim, não é livre, nem mesmo na individualização do parceiro com quem contratar: isto acontece todas as vezes que tais bens ou serviços são oferecidos ao público por uma empresa em posição de monopólio (ROPPO, 2009, p. 317).

Igualmente nas redes sociais a liberdade de contratar se restringe pela consequência da imposição das relações sociais, de emprego e estudo, ao impor a necessidade dos indivíduos de criarem uma conta em redes sociais para a comunicação indispensável no cenário atual.

Portanto, a liberdade de escolha de contratar e as cláusulas destes vínculos ficam prejudicadas quando se constata que essas empresas são gigantes na sua organização, e dominadas por um único controlador, como o caso do “Facebook” que também controla o WhatsApp e Instagram.

1.3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE ADESÃO NO CDC

Os contratos de adesão se verificam nos casos em que uma das partes ao estabelecer um vínculo contratual apenas aceita regras já preestabelecidas, sem que ocorra uma discussão entre as partes na elaboração das cláusulas. Ao contratante cabe aceitar para ter acesso aos bens ou serviços.

Pode-se trazer aqui três características que sintetizam o contrato de adesão, sendo

[...] (1) a necessidade de contratar de todos ou de um número considerável de pessoas, como é o caso do fornecimento de energia elétrica, em que várias pessoas precisam do serviço e o fornecedor previamente estabelece as condições para sua prestação; (2) a existência de um monopólio, de fato ou de direito, da parte mais forte, ou seja, o contratante não tem outra escolha senão contratar com aquele que dita as regras, sob pena de ficar sem o produto ou o serviço pretendido; (3) que haja uma multiplicidade de situações uniformes, de modo que seja possível submetê-las todas a um mesmo contrato padrão. (BIERWAGEN, 2003, p.94)

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabeleceu, em seu artigo 54, conceitua como contrato de adesão “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo” (BRASIL, 1990).

Esse modelo de contrato surge como necessário pelo intenso crescimento econômico, industrialização e o aumento do consumo, possibilitando maior agilidade e objetividade nas relações comerciais modernas (BIERWAGEN, 2003, p. 93). Com o advento da internet a possibilidade cada vez maior de se efetivar contratos por meio virtual, foi observando que este modelo é o mais propício de ser utilizado.

O acesso a diversos serviços online passou a ser delimitado pelos contratos de adesão, onde os sujeitos devem aderir às cláusulas dispostas pelos veículos de

mídia social de forma unilateral. Os chamados “termos de adesão” ou “termos de uso” costumam ser muito extensos, com diversas regras que não são claras pela maioria dos usuários, mas que obrigatoriamente indicam o seu “aceite” para aderir à plataforma.

[...] aqueles que, por seu lado, desejam entrar em relações negociais com o predisponente para adquirir os bens ou os serviços oferecidos por este, não discutem nem negoceiam singularmente os termos e as condições de cada operação, e, portanto, as cláusulas do contrato respectivo, mas limitam-se a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer as conhecer completamente) as cláusulas, unilateralmente e uniformemente, predispostas pela contraparte, assumindo, deste modo, um papel de simples aderentes [...] (ROPPO, 2009, p. 312).

A coleta de dados pessoais é, na maioria das situações dos meios informáticos, feita de maneira a considerar uma cláusula de adesão, inversamente de uma liberdade do usuário/consumidor para autorizar o acesso aos seus dados.

Nesse sentido, é importante frisar que o CDC estabeleceu como direitos básicos do consumidor, o direito à informação adequada e clara sobre os produtos e serviços e à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, conforme artigo 6º, III e IV, CDC. Esses princípios são essenciais contra abusos que possam derivar da imposição unilateral nos contratos de adesão.

2 A MANIPULAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DO CONSUMIDOR

2.1 CONTEXTO PRÉ-LGPD

Ademais a problemática envolvendo o tratamento de informações pessoais nas mídias tecnológicas vão muito além da preservação da intimidade dos indivíduos ao acessar as redes sociais, já que podem impactar a liberdade de expressão e informação e, porque não, do próprio Estado Democrático de Direito.

Isto pois, a dinâmica da utilização de algoritmos e o modo como as mídias sociais trabalham com os dados coletados, interferem na abrangência da exposição de dados e publicações de notícias e propagandas de forma virtual, nesse cenário, inclusive, se observou o aumento das notícias falsas, muitas das vezes divulgadas e compartilhadas de forma ampla, que foram influenciadas pelas mídias digitais.

O manuseio de dados pessoais pode acontecer nas redes sociais o que pode impactar na elaboração das “Fake News”, problema que se disseminou pelo livre compartilhamento de informações na internet, e que, portanto, torna-se um problema de ordem pública (ABREU; ADEODATO).

Os dados, muitas vezes, são gerados de forma abstrata e, nesse sentido, podem não corresponder a uma exposição objetiva da realidade, sendo eventualmente utilizados de forma parcial e enviesados, por isso, “as decisões algorítmicas podem resultar em tratamento preferencial para uns e marginalização para outros” (FRAZÃO, 2020, p.36).

Esses algoritmos formam instruções organizadas para o agir dos mecanismos de controle das plataformas digitais, como uma “fórmula na qual tarefas são colocadas em uma ordem específica para atingir determinado objetivo” (MENDES; MATTIUZZO; FUJIMOTO, 2021, p.422). Com esses dados fornecidos as empresas ficam ciente das ações dos usuários nas áreas digitais,

observando os desejos de consumo e estimulando a propagação de notícias, por exemplo.

O conhecimento profundo das características do usuário, inclusive no que diz respeito às suas fragilidades, pode ser utilizado para toda a sorte de discriminações e abusos, além da manipulação de suas emoções, crenças e opiniões para os fins mais diversos, inclusive políticos. (FRAZÃO, 2020, p. 37)

A proteção aos dados pessoais já deveria se encontrar garantida na interpretação da Constituição Federal, que já estabelece normas que garantem a proteção desses dados, como o direito à informação (art. 5º, XXXIII), inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), sigilo das correspondências (art. 5º, XII), o direito a concessão do *habeas data* (art. 5º, LXXII), e da própria preservação da personalidade dos indivíduos, em razão de estabelecer o princípio da dignidade humana (art. 1º, III).

O Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 6387, julgada em maio de 2020, estabeleceu uma importante decisão que contribui para afirmar a proteção dos dados pessoais como direito fundamental. O julgamento tratou de analisar a Medida provisória 954/2020 da Presidência da República, em que estabelece a possibilidade do compartilhamento dos dados pessoais dos consumidores de empresas que prestam serviços de telecomunicações com o IBGE para a elaboração de materiais de estatística no cenário da pandemia de Covid-19. Na decisão, STF entendeu que esse compartilhamento de dados pessoais viola os direitos a intimidade, privacidade e o sigilo dos dados postos na Constituição Federal. Válido destacar um trecho do voto da Relatora Ministra Rosa Weber, que aduz:

Tais informações, relacionadas à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram, nessa medida, o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional (BRASIL, 2020, p. 21).

As legislações infraconstitucionais também indicavam parâmetros para a proteção dos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, tal quais, a lei

das telecomunicações (Lei 9.472/1997); a lei que regula o *habeas data* (Lei 9.507/1997); a que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras (Lei 105/2001); lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011), Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), a lei que dispõe sobre o crime de invasão de dispositivos informáticos, conhecida como lei “Carolina Dieckmann” (Lei 12.737/2012) e o Marco Civil da Internet que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no país (Lei 12.965/2014).

A digitalização da sociedade é uma realidade, e, portanto, o contexto de proteção de dados é uma discussão de abrangência mundial, com diversos países já tendo debatido e criado normas para regularizar o problema, sendo uma das principais a norma de Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD-UE) aprovada em 2016, e que foi utilizada como baliza e influência para moldar os conceitos de proteção de dados na LGPD brasileira (DOHMANN, 2021, p.98).

Da mesma forma, o Código de Defesa do Consumidor já apresenta regras e princípios que vinham sendo referência para proteger os consumidores na era digital, já que muitas demandas que envolvem os dados pessoais podem se caracterizar como relações de consumo, o que possibilita que a aplicação dos princípios trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados seja vista com base ao CDC, se relacionado entre si (DONEDA, 2021, p.14).

Ainda sobre o CDC, no seu art. 43, ao dispor sobre o banco de dados e os cadastros de consumidores, é importante notar que:

O legislador conferiu ao consumidor o direito de controlar suas informações pessoais, instituindo, primeiramente, a regra de notificação prévia antes da inclusão do cadastro, o que permitiu ao consumidor o acompanhamento do fluxo de seus dados. Além disso, foi assegurado ao consumidor a garantia de acesso, a exatidão das informações, que os bancos se restringissem a finalidades claras e verdadeiras, e instituído um limite temporal de cinco anos para armazenamento das informações negativas (CRAVO; JOELSONS, 2020, p. 125).

Entretanto, o CDC mesmo tratando do direito a transparência (art. 4º, *caput*), da ampla informação do uso dos dados (art. 43, §2º), e na qualidade do

armazenamento dos dados pessoais (art. 43, §1º), ainda se mostra insuficiente diante da amplitude que as mídias digitais foram tomando nos últimos anos.

Nesse sentido, a LGPD (Lei 13.709/2018) se tornou a principal produção do ordenamento jurídico para a proteção de dados pessoais, ao estabelecer o conceito de dado pessoal e a regulação dos bancos e tratamentos de dados e princípios gerais como da finalidade, transparência e o consentimento.

2.2 OS OBJETIVOS DA IMPLANTAÇÃO DA LGPD

A mudança da sociedade repercute na mudança do ordenamento jurídico, e, portanto, na criação da LGPD. Com a finalidade de trazer maior segurança jurídica para as relações nas redes sociais e por causa das novas tecnologias, foi necessário criar regras e normas para essa área da vida.

Essa nova realidade tecnológica, obviamente, transformou os dados como elementos essenciais para quase toda atividade econômica criando-se a expressão *data-driven economy*, isto é, a economia movida a dados, para resumir essa atualidade (FRAZÃO, 2020, p. 24).

A utilização desses dados pessoais, não só pelas grandes corporações empresarias, mas também na administração pública é constante, havendo um “monitoramento e vigília constantes sobre cada passo da vida das pessoas, o que leva a um verdadeiro capitalismo de vigilância, cuja principal consequência é a constituição de uma sociedade também de vigilância” (FRAZÃO, 2020, p. 27).

No início de 2021 foi divulgado pela imprensa um mega vazamento de cadastros pessoais de aproximadamente 223 milhões de brasileiros, apresentando informações como nome, idade, sexo, endereços, score de crédito e outros

elementos sobre a renda, veículos e também materiais de CNPJ, aparentemente, estavam sendo expostas gratuitamente na internet¹.

O que ocorre é que a coleta de dados vem sendo realizada periodicamente e sem a ciência dos seus titulares, o que se mostra mais grave, já que não sabendo que essas informações estão sendo extraídas, maior será a dificuldade para que as pessoas compreendam a proporção do impacto que pode vir até na vida concreta desses usuários (FRAZÃO, 2020, p. 26).

Observa-se os relatos de casos em que empresas fazem grandes bancos de informações e vendem para outras agências e bancos, por exemplo, os dados dos consumidores. Essas informações dos consumidores são tratadas como um patrimônio na atualidade, principalmente nas redes sociais, já que essa “mercadoria” é extremamente significativa para a ampliação da divulgação de publicidades.

Quantas vezes uma simples pesquisa na internet ou um “like” nas redes sociais faz com que gere novas imagens e anúncios semelhantes, passando a ideia de que esse conteúdo é o mais acessado na mídia e contribuindo para o compartilhamento cada vez mais acentuado e da própria indução para consumir determinados produtos. Ou seja, dados são retirados dos consumidores sem o seu consentimento ou qualquer tipo de controle.

O mais preocupante é que tudo isso é feito a partir de uma série de dados que podem até aparecer irrelevantes para o cidadão comum, tais como suas buscas na internet, tempo gasto em redes sociais, “curtidas” sobre determinadas questões, músicas e locais de sua preferência, entre outros. É com base nesses dados, que depois são convertidos em novos dados, que a inteligência artificial age para nos trazer um componente crítico da própria inteligência: a predição, considerada um input central para os processos decisórios (FRAZÃO, 2020, p. 33)

Essa movimentação das inovações digitais, mesmo que represente uma grande contribuição para a evolução socioeconômica, não pode ser feita à mercê do

¹Megavazamento de dados de 223 milhões de brasileiros:
<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/28/vazamento-de-dados-de-223-milhoes-de-brasileiros-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber.ghtml>. Acesso em: 18 maio 2021

significante comprometimento da privacidade das pessoas. A LGPD, então, tem um dos objetivos de equilibrar essas novas tecnologias e o desenvolvimento econômico junto a preservação dos direitos individuais e coletivos.

O excesso de otimismo das próprias pessoas em relação a muito dos modelos de negócios da economia digital e os benefícios diretos que eles lhes proporcionam, aliado às próprias dificuldades de compreensão dos seus efetivos impactos, são também fatores que criam ônus adicionais para os reguladores que, [...] não sabem o que fazer para conter esse processo e proteger minimamente os cidadãos (FRAZÃO, 2020, p. 31)

A legislação apresenta a garantia de uma segurança jurídica tanto para consumidores, mas igualmente também para as empresas, que devem olhar para as regras e princípios da legislação, já com a visão de como fixa-los na prática das suas atividades. Ou seja, a LGPD

[...] facilita o controle de dados tratados, impõe deveres e responsabilidades aos agentes de tratamento e proporciona segurança para que as informações circulem. Visa-se antecipar os riscos de violação à privacidade, como também evitar tratamentos abusivos de informações e vazamento de dados (VIOLA; TEFFÉ, 2021, p.145).

A LGPD não busca apenas regular de forma material ou econômica os efeitos da disponibilização dos dados pessoais, ela também acaba por tutelar a proteção das dimensões existenciais, a dignidade dos indivíduos, o que é claro nos fundamentos estipulados no artigo 2º da lei.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
I - o respeito à privacidade;
II - a autodeterminação informativa;
III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL, 2018)

Igualmente, estabelece a caracterização do que institui como dado pessoal sensível, que representam as informações mais íntimas dos indivíduos, e logicamente, precisam receber maior proteção e prudência ao serem manejados,

posto que, o uso indiscriminado pode afetar diretamente a dignidade da pessoa humana (RUARO; SARLET, 2021, p.182).

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - Dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; (BRASIL, 2018)

Como sugere Caitlin Sampaio Mulholland (2018, p. 177), a problemática do direito à privacidade na atualidade, gira entorno do conflito entre os titulares de dados e as instituições e personalidades que realizam o tratamento destes dados. Principalmente na busca pela proteção dos dados sensíveis, garantindo a autonomia dos indivíduos de controlar suas informações e evitar que estas sejam utilizadas para sua discriminação.

Do mesmo modo, o direito fundamental a intimidade, garante aos indivíduos no mundo virtual o controle dos seus dados pessoais, no sentido de que estes assumiram “uma postura de sujeito socializado, que não renuncia, igualmente, a sua individualidade” (CRUZ; CASTRO, 2018, p. 212).

À vista disso, a LGPD tem a função não apenas de proteger a privacidade dos usuários, mas também a sua individualidade e autonomia ao acessar a internet. Isto porque, ela encontra um sistema virtual em que foi criado e ainda é mantido na busca incessante pelo lucro e desenvolvimento, sem tratar os titulares de dados de forma íntegra (FRAZÃO, 2020, p. 98).

A referida legislação acompanhada das demais normas que de alguma maneira, já regulava a proteção de dados, penso eu que a LGPD se mostra como um novo marco jurídico e social para a preservação de direitos dos consumidores. Também influenciando no seu discernimento e compreensão de como e onde estão sendo coletados e usados os seus dados, e como serão trabalhados pelas empresas, pensamento este, que é fundamental na realidade virtualizada em que está existindo.

2.3 O IMPACTO DA LGPD NA ATIVIDADE DAS REDES SOCIAIS

As redes sociais são ambientes em que a exposição de informações é constante e muitas das vezes feita por outro usuário, o que demonstra a grande dificuldade e necessária atenção para controlar a disseminação de dados por meio destas plataformas.

Os usuários divulgam informações relacionadas a localização, idade, opiniões ideológicas, desejos de consumo, profissão, entre outras. Destaca-se que LGPD ao trazer os chamados dados sensíveis (art. 5º, II, LGPD), sendo aqueles que se referem a raça, convicção e manifestação religiosa, opinião política, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, vinculados a pessoa natural, o que precisam de maior proteção e preservados ao máximo a sua disponibilização (BRASIL, 2018).

Pode-se dizer, que as plataformas digitais são um local em que o usuário é o produto a ser disponibilizado e comercializado para outras empresas, é assim, que mídias como “Facebook”, “Instagram”, “Tiktok”, e “Twitter” geram vultuosas lucratividades.

Dessa forma, a abrangência de proteção ao consumidor deve extrapolar a LGPD para as normas de livre concorrência e empresarias. Isso, porque analisando a globalização econômica, é visto o fortalecimento dos mercados, alimentado pela junção de grandes organizações privadas que concentram poderio econômico, em detrimento do enfraquecimento da atuação estatal (DUQUE; PEDRA, 2012, p.17).

Verdade seja dita que, em se tratando de agentes detentores de posições dominantes ou quase monopolistas nos mercados em que atuam, tal como é o caso das grandes plataformas digitais, a LGPD certamente não será suficiente para, sozinha, endereçar todos os problemas decorrentes da atuação desses entes (FRAZÃO, 2020, p. 48).

Um dos pontos principais que deve impactar em novas observações nas mídias sociais é quanto ao consentimento que é exigido pela LGPD para que seja feita o tratamento de dados pessoais. Assim, aduz no artigo 5º, XII, que o consentimento é a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada (BRASIL, 2018).

O consentimento representa instrumento de manifestação individual no campo dos direitos da personalidade e tem o papel de legitimar que terceiros utilizem, em alguma medida, os dados de seu titular. Ele promove a personalidade, sendo meio para a construção e delimitação da esfera privada. Associa-se, portanto, à autodeterminação existencial e informacional do ser humano, mostrando-se imprescindível para a proteção do indivíduo e a circulação de informações (VIOLA; TEFFÉ, 2021, p. 121).

Observa-se que a LGPD ao garantir que o usuário precisa estar informado de forma suficiente e transparente sobre o tratamento dos seus dados, o que se mostra essencial para garantir a manifestação de livre consentimento do titular da informação (VIOLA; TEFFÉ, 2021, p. 123).

A LGPD estabelece o que Gustavo Tepedino e Chiara Teffé, dizem ser um consentimento informado, já que podemos observar na legislação diversos meios de que as informações apresentadas para os titulares sejam suficientes para demonstrar a seu expresse consentimento. Não sendo mais adequado falar-se em um consentimento implícito apenas pela conduta exercida pelo usuário em acessar a plataforma (TEPEDINO; TEFFÉ, 2020, p.285).

Consta em quase todos os sites na internet uma mensagem intitulada de “cookie”, em que ao acessar a página da web o usuário teria que permitir a coleta de seus dados. Esse consentimento, no meu entender, não é feito de forma clara e transparente como estabelece a LGPD, o que pode significar um perigo para o consumidor. Essa suposta autorização do usuário é feita de forma genérica e, portanto, é insatisfatória para demonstrar que houve o consentimento do consumidor, podendo ser considerado como inválido.

Tendo-se como exemplo as mídias sociais, sua estrutura revela a necessidade da constante inserção de dados pessoais por seus

usuários. É essencial ao negócio a existência de uma massa substancial de usuários, os quais são estimulados a inserir de forma ininterrupta diversas informações sobre si e terceiros. Posteriormente, parte-se para a exploração e monetização dos dados inseridos no sistema, por meio, por exemplo, da venda de espaços para publicidade e anúncios, do desenvolvimento de perfis para o direcionamento de produtos e informações e da possibilidade de acesso aos dados de seus usuários por parte de parceiros comerciais (TEPEDINO; TEFFÉ, 2020, p.290).

Demonstra-se, nesses casos, um verdadeiro vício do consentimento, visto que, o indivíduo somente consegue acessar as informações do site através da imposição do aceite. Sendo possível dizer que a manifestação da vontade do consumidor está viciada pela presença do dolo², no sentido de que há um induzimento no ato de consentir com a entrega dos seus dados pessoais, sem que seja uma vontade espontânea do usuário (VENOSA, 2017, p. 433/435).

Isto, pois, a LGPD estabelece que a coleta dos dados pessoais apenas deve ser feita com o devido consentimento do indivíduo e a demonstração da necessidade e funcionalidade que terá a absorção desses dados pela empresa.

Os usuários das plataformas digitais pela regra do art. 7º da LGPD terão mais autonomia para gerir seus dados disponíveis na internet, ao trazer as possibilidades de como poderá ser realizado o tratamento das informações colhidas.

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

- I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
- IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

² [...] o elemento básico do negócio jurídico é a vontade. Para que essa vontade seja apta a preencher o conceito de um negócio jurídico, necessita brotar isenta de qualquer induzimento malicioso. Deve ser espontânea. Quando há perda dessa espontaneidade, o negócio está viciado. O induzimento malicioso, o dolo, é uma das causas viciadoras do negócio. (VENOSA, Silvio de Salvo, 2017, p. 435).

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; (BRASIL, 2018)

Na conjuntura tecnológica da atualidade, de massificação da coleta de dados pessoais, com a insuficiente transparência nos serviços online, é de grande relevância o consentimento do usuário (VIOLA; TEFFE, 2021, p. 121). Esse consentimento então precisa ser analisado de forma restritivo, apenas sendo possível que os dados sejam utilizados para os meios que foram expressamente justificados, impedindo a sua aplicação em situações diversas destas.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

3.1 - A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO CONSUMERISTA

Como abordado no capítulo anterior o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) aborda princípios e regras que, mesmo antes da existência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) serviram como baliza para a regulação e responsabilização pela exposição indevida de informações pessoais.

A vulnerabilidade do consumidor, disposto no artigo 4º, inciso I do CDC, é um dos principais princípios extraído deste diploma, que deve fazer parte da análise dos processamentos de dados pessoais no cenário das relações de consumo, já que é inegável o risco e a fragilidade do usuário quando tem seus dados disponibilizados e compartilhados nas plataformas digitais.

Verifica-se a vulnerabilidade do consumidor em concreto quando se fala em tratamento de dados pessoais, seja por causa de sua vulnerabilidade técnica, por possuir menos conhecimento que o fornecedor a respeito da forma como a tecnologia capta, processa, trata e circula seus dados pessoais; de sua vulnerabilidade jurídica ou científica, por não possuir informações sobre a verdadeira finalidade da solicitação de seus dados pessoais e sobre o que será feito com eles; ou pela própria vulnerabilidade fática, diante da posição dominante do fornecedor, que o torna economicamente mais forte, muitas vezes na condição até mesmo de monopolista. (CRAVO; JOELSONS, 2020, p.122)

As informações pessoais acabam por servir como uma representação virtual desses indivíduos, sendo importantes, pois equivalem a apresentação destes na sociedade, refletindo no acesso a serviços e oportunidades sociais, ou em segregação, caso o tratamento desses dados seja feito de forma inadequada (MENDES, 2014). Observa-se a importância de cumprir a normas de proteção de dados, no fato de que a sua violação acarreta riscos aos direitos da personalidade do consumidor.

A proteção indicada ao consumidor pelo CDC, neste sentido, abarca tanto a esfera de interesses patrimoniais, relativos ao objeto imediato

do contrato de consumo (o produto ou serviço adquirido), ou quaisquer danos apreciáveis economicamente, quanto interesses extrapatrimoniais, que não tendo relação necessária com a aquisição de produto ou serviço, poderão ser ofendidos pela conduta ilícita do fornecedor. O Código de Defesa do Consumidor reconhece através de uma série de dispositivos, estes interesses extrapatrimoniais. Trata-se neste sentido, de interesses cuja tutela em direito privado se consigna através dos direitos da personalidade, podendo mesmo se identificar os direitos violados segundo o mesmo critério do direito civil, quais sejam: os direitos de integridade física e os direitos de integridade moral. (MIRAGEM, 2016, p. 577)

O tratamento de dados pessoais demonstra a representação de uma relação de consumo entre as empresas e o consumidor, que é o titular dos dados, disponibilizados frequentemente ao acessar os serviços prestados pelas mídias sociais. Possibilita, então, a responsabilização destas empresas no âmbito do Código de Defesa do Consumidor quando observado certas irregularidades.

O artigo 14, *caput*, do CDC, estabelece que independente de culpa do consumidor, o fornecedor do serviço responderá pelos danos causados por defeitos oriundos da prestação do seu serviço. Esse defeito seria algo que cause um dano que vai muito além da má operação do serviço, atingindo o patrimônio jurídico material ou moral do consumidor (NUNES, 2019).

A exibição de um dado sensível, por exemplo, informações relacionadas a saúde e exames médicos que podem ser conservadas no ambiente virtual pelo consumidor, havendo o seu compartilhamento ou exposição indevida pelos veículos digitais, causando limitações ao acesso de oportunidades de trabalho ou discriminação virtual. Caracterizando-se, a meu ver, um dano de ordem moral, portanto, acidente de consumo que suscita a responsabilização.

A mídias sociais ao receber todas as informações pessoais que são requeridas aos seus usuários precisam garantir a segurança dessas ao serem armazenadas nos seus bancos de dados. Os consumidores esperam que sejam utilizadas apenas nas hipóteses que são devidamente informados ou para a própria funcionalidade da plataforma, diferentemente, estará violando o CDC.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem

como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido. (BRASIL, 1990)

A responsabilidade pelo fato do serviço advém, então, da violação pelas empresas prestadoras do serviço de acesso as redes sociais, do seu dever de segurança dos dados pessoais e de serem utilizados apenas pelos fins adequados, legitimamente esperado pelo usuário (MIRAGEM, 2016, p. 575). Essa é a regra da responsabilidade civil objetiva nas relações consumeristas, já que a atividade dessas empresas gera proveitos econômicos, e, portanto, devem responder pelo perigo de causar dano. É o que a doutrina nomeia de teoria do “risco-proveito”.

No direito do consumidor, seja pela posição negocial ocupada pelo fornecedor- responsável pela reparação dos danos causados- ou mesmo pelo aspecto econômico que envolve a relação de consumo no mercado de consumo-, o fundamento essencial do regime de responsabilidade objetiva do fornecedor é a teoria do *risco-proveito*. Ou seja, responde pelos riscos de danos causados por atividades que dão causa a tais riscos aqueles que a promovem, obtendo delas vantagem econômica. Trata-se, no caso, da distribuição dos custos que representam os riscos causados pela atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo (MIRAGEM, 2016, p. 572).

O §3º, art. 14, do CDC, abrange a regra de inversão automática do ônus da prova, ao dispor que o fornecedor do serviço será excluído da responsabilização quando não provar a inexistência do defeito ou que a culpa pelo acidente de consumo foi exclusivamente do consumidor. No caso do inciso I, cabe ao fornecedor, com o intuito de se desvencilhar da responsabilidade pelo fato do serviço, provar que não há defeito na prestação do seu serviço. No inciso II, o teria que provar que houve um fato exclusivo do consumidor ou de terceiros, que motivou o dano que este sofreu. (BRASIL, 1990)

A excludente de responsabilidade pela culpa exclusiva de terceiro é necessária que o indivíduo seja um estranho de fato a relação existente entre o consumidor

e o prestador de serviço, não fazendo parte do risco da atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor (NUNES, 2019).

Nesse caso, a violação à proteção de dados pessoais pelas redes sociais encontrará dificuldade para a aplicação de uma possível responsabilização a terceiro, na medida que, a invasão de hackers no sistema das plataformas digitais e o vazamento de informações dos usuários, demonstra a fragilidade da segurança no armazenamento dos dados, portanto, a ineficiência do serviço prestado, estando abarcado pelo risco do negócio.

O artigo 43 do CDC mesmo que apresente uma ênfase maior na proteção dos cadastros de inadimplentes dos serviços de proteção de crédito, as suas regras tem o condão de abranger de forma mais ampla outros sistemas de informações que contenham dados de pessoas físicas ou jurídicas (NUNES, 2019). Principalmente, na garantia da transparência dos objetivos de arquivar as informações dos consumidores e da comunicação da utilização destes registros, sobretudo, se não expressamente autorizadas pelo consumidor.

Conforme alude, Laura Schertel Mendes, a autorização do consumidor para o tratamento dos seus dados pessoais é, em regra, pressuposto de legitimidade para a execução dessa prática. Esse consentir do proprietário das informações seria válido apenas se for feito de forma expresse, livremente, específico e informado, já que representam a personalidade do titular dos dados, sendo seu direito decidir sobre a sua movimentação (MENDES, 2014).

Observa-se que o próprio CDC estabelece possibilidade de sanções administrativas, que assiste a possíveis responsabilizações nos casos dos vazamentos de dados, como ocorrido recentemente com a divulgação de materiais de mais de 200 milhões de pessoas³. Possibilitando, a além de implicações cíveis e penais, a aplicação para as entidades empresárias

³ Foi divulgado pela imprensa brasileira, em janeiro de 2021, um megavazamento de dados de 223 milhões de brasileiros, considerado um dos maiores da história. Informação disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/28/vazamento-de-dados-de-223-milhoes-de-brasileiros-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber.ghtml>. Acesso em: 18 maio 2021.

possuidoras dos cadastros vazados, multas, suspensão, ou revogar o funcionamento do serviço prestado por essas entidades, conforme o artigo 56 do CDC.

A forma como será coletado os dados dos consumidores precisa obedecer a esses regramentos do CDC, de maneira a eliminar condutas abusivas e ilícitas nas mídias sociais, na pretensão de se estabelecer a boa-fé e o equilíbrio das relações consumeristas, consoante artigo 4º, inciso III, CDC.

3.2 POSSÍVEL RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS POR DESCUMPRIMENTO DA LGPD

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) disciplina, de maneira geral, a responsabilidade civil a partir do artigo 42, dispondo que o controlador e ou o operador de dados pessoais responderá pelos danos causados. Dano esse que pode ser de ordem patrimonial, moral, individual ou coletivo.

[...] a LGPD andou bem ao mencionar expressamente as diferentes espécies de danos que podem resultar do tratamento de dados pessoais, evitando dúvidas quanto à ampla proteção reservada não apenas aos titulares de dados pessoais, mas também a terceiros – em última análise, à própria coletividade – que podem ser atingidos pelo tratamento de dados pessoais realizado sem a observância dos comandos legais pertinentes. (SCHREIBER, 2021, p.322)

Frisa-se que a própria legislação conceitua o controlador como sendo a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais (art. 5º, VI); e o operador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (art. 5º, VII) (BRASIL, 2018).

Às redes sociais, de certa forma apresenta-se as duas funções, pois ao terem acesso aos dados disponibilizados pelos usuários são as detentoras dessas informações e utilizaram em diversos fins, ou seja, controlando para que e como

serão processados esse material. Igualmente, atua na operação desses dados ao dispor da organização que contribuirá para a alimentação de publicidades e indicações de conteúdo para o consumidor.

As próprias plataformas de tecnologias podem e devem estabelecer organização na elaboração e disponibilização de seus serviços, ou mesmo na configuração dos equipamentos eletrônicos que são usados para acessar o mundo virtual, como *notebook* e *smartphones*, para preservar a intimidade e privacidade dos consumidores. Assim, a ferramenta tecnológica estaria sendo um “poderoso instrumento para a tutela dos dados pessoais” (FRAZÃO, 2020, p. 118/119).

O regime de responsabilidade civil adotado pela LGPD é reflexo da abrangência que podem vir a ocorrer os problemas que envolvem o tratamento de dados pessoais e, nesse sentido, Anderson Schreiber aduz que “incide a LGPD sobre qualquer dano decorrente do exercício da atividade de tratamento de dados pessoais” (SCHREIBER, 2021, p. 322).

Nesse contexto, o artigo 44 da LGPD indica que a irregularidade no tratamento de dados pessoais ocorrerá quando não se observar a própria legislação ou a esperada segurança do titular ao disponibilizar suas informações pessoais.

Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo pelo qual é realizado;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano. (BRASIL, 2018)

O art. 44 determina a devida observância dos operadores digitais de ao trabalhar com aos dados pessoais respeitar os preceitos principiológicos da LGPD, ao garantir no tratamento a sua finalidade, necessidade, a qualidade dos dados acessados, a transparência e a responsabilização e prestação de contas, demonstrando a eficácia dessas medidas adotadas na proteção do consumidor.

Anderson Schreiber expõe que o artigo 44 cria uma versão adaptada da expressão “defeito do serviço”, em sintonia ao artigo 14, §1º, do CDC, no sentido dizer que existiria um “tratamento defeituoso” no âmbito da LGPD. Vindo a dizer que a lei de proteção de dados pessoais, especificamente neste dispositivo, expressa um exemplo de responsabilidade civil objetiva, renunciando a verificação de culpa do controlador ou operador que vir a causar algum dano, igualmente na legislação especial consumerista (SCHREIBER, 2021, p. 326).

Observa-se a comunicação existente entre a LGPD e o CDC, o que possibilita a análise do parágrafo único do artigo 44 da LGPD, que traz uma nova hipótese de responsabilização civil dos controladores e operadores, estabelecendo que existirá o dever de indenizar quando existir um fornecimento defeituoso do serviço prestado pelas empresas ao não observar as medidas de segurança previstas no artigo 46 da LGPD. (SCHREIBER, 2021, p. 327).

Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. (BRASIL, 2018)

As medidas de segurança que trata o artigo 46, não ficam restritas a medidas de controle das informações lançadas nos meios informáticos, com utilização de antivírus ou criptografia, mas sim, em parâmetros de segurança interno de toda a empresa. O objetivo é garantir a confidencialidade das informações pessoais, indo contra “situações de perda, alteração ou qualquer tratamento inadequado ou ilícito. Portanto, as medidas de segurança visam não somente evitar vazamentos, mas também evitar qualquer tipo de tratamento ilícito ou inadequado” (MENKE; GOULART, 2021, p. 346).

Em linhas gerais, a LGPD assegura a integralidade da proteção à pessoa humana na medida em que consagra a obrigatoriedade do gerenciamento seguro do início ao fim da operação que envolve os dados pessoais. Importa salientar que o resguardo dos dados pessoais, particularmente os dados sensíveis, embora inicialmente tomados como personalíssimos, nunca tem apenas uma dimensão individual, uma vez que estão intrinsecamente atrelados ou podem ser atrelados aos dados de outrem (RUARO; SARLET, 2021, p.181).

O art. 44, II, da LGPD ao trazer que será irregular o tratamento de dados pessoais que não fornecer a segurança que o titular espera em relação a eventuais riscos, é entendido por Fabiano Menke e Guilherme Goulart (2021, p. 343), como a necessidade do fornecimento de informações e advertências e instruções qualificadas, sobretudo, pois, com essas medidas é que o consumidor poderá escolher entre um ou outros fornecedores do serviço.

Com a frequência e a dimensão da coleta de informações pessoais no cenário informático atual, o usuário acaba não observando com precisão as medidas técnicas que são envolvidas nessas atividades. Posto isso, que é possível falar-se em uma hipervulnerabilidade do consumidor, sendo necessário uma transparência mais ampla e precisa a ser dada pelos fornecedores de serviços (MENKE; GOULART, 2021, p. 341).

Destaca-se que a LGPD estabelece a existência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que detém uma das funções estipular regras técnicas que devem ser seguidas pelas empresas controladoras de dados, como as plataformas digitais, para facilitar o controle dos consumidores (art. 51, LGPD). Essa Autoridade Nacional tem a atribuição de fazer a fiscalização e aplicar as sanções administrativas nos casos de violação à proteção de dados pessoais.

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;
(BRASIL, 2018)

A autoridade nacional de proteção de dados surge não apenas para atribuir sanções as empresas, mas também para regular matérias abordadas de forma menos densa pela LGPD, estabelecendo meios para incentivar o cumprimento das obrigações legais pelos operadores de dados pessoais (FRAZÃO, 2020, p. 116).

Tratando a proteção de dados pessoais como um direito fundamental, a atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais se mostra muito importante para a tutela dessa garantia ao confrontar-se com as grandes organizações que hoje adotam o tratamento dos dados pessoais dos consumidores. A busca do sujeito individual pelos seus direitos, nos moldes tradicionais da responsabilidade civil, não surtira os efeitos desejados por toda a coletividade e, em certos casos, não será suficiente para a proteção que ele deseja (DONEDA, 2021, p. 464).

O artigo 38, da LGPD, ao estabelecer a viabilidade da autoridade nacional de requerer relatório sobre o impacto do tratamento de dados feito por determinado controlador/empresa, demonstra a possibilidade de se avaliar a metodologia de coleta e os riscos que poderão ocasionar com o manuseio de determinados dados, resguardando-se eventual falha.

Art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial.

Parágrafo único. Observado o disposto no caput deste artigo, o relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados. (BRASIL, 2018).

Dessarte, atentando-se ao art. 48 e 49, da LGPD, na incidência de situações que representem insegurança para os titulares de dados, as empresas precisam apresentar as medidas técnicas que adotaram para mitigar o acesso de terceiros não envolvidos na relação, se desejarem evitar punição. Os modelos de segurança adotados devem contemplar as regras exposta em toda a LGPD e eventuais normas regulamentares que podem vir a ser elaboradas pela ANPD.

Art. 48. O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares.

§ 3º No juízo de gravidade do incidente, será avaliada eventual comprovação de que foram adotadas medidas técnicas adequadas que tornem os dados pessoais afetados ininteligíveis, no âmbito e nos limites técnicos de seus serviços, para terceiros não autorizados a acessá-los.

Art. 49. Os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos nesta Lei e às demais normas regulamentares. (BRASIL, 2018)

Conforme afirma Danilo Doneda (2021, p. 463), a ANPD pode ser caracterizada pela sua finalidade como uma autoridade de garantia, já que a sua constituição tem a proposta de agir na proteção de direitos ou situações específicas subjetivas que envolvem os dados pessoais. Corrobora-se pelo que alude o art. 55-J, LGPD, compete a autoridade nacional, além de zelar pela proteção dos dados pessoais, elaborar diretrizes e procedimentos, fiscalizar e aplicar sanções em caso de descumprimento da legislação, indicar padrões a serem seguidos para o melhor controle dos titulares de dados, e propagar o conhecimento sobre o tema na população (BRASIL, 2018).

Mesmo judicialmente é possível uma única demanda coletiva para a abranger todos aqueles consumidores de uma mesma falha em eventual quebra de segurança dos seus dados pessoais, sendo aqui uma ação “coletiva, mas os danos continuarão sendo individuais” (SCHREIBER, 2021, p. 336).

Entretanto, a própria LGPD, estabelece no *caput* do art. 42, a possibilidade de existência de dano coletivo. Observa-se, por exemplo, se determinada empresa ao coletar os dados de seus usuários, utiliza-os para atividades diversas do informado no momento de acolher o consentimento, vindo a prejudicar a economia do país ou a instabilidade de alguma política pública, tem-se um dano de toda a coletividade.

Importante dizer, que as empresas, mesmo após a finalização da relação em que tiveram coletados os dados dos titulares, deverão protegê-los e se

comprometer ao mate-los nos seus bancos de dados, demonstrando haver justificativa legal para esse armazenamento (MENKE; GOULART, 2021, p. 343).

Assim sendo, a responsabilização dessas empresas pela violação à proteção de dados pessoais passa por análise, inicialmente, anterior a coleta das informações, considerando as boas práticas adotadas pela instituição na prestação dos seus serviços, e, em respostas judiciais e administrativas, neste caso, adotadas pela, em especial, pela ANPD.

CONCLUSÃO

Percebe-se que no cenário informatizado da atualidade a liberdade contratual dos consumidores está viciada, visto que, em certa medida, há uma obrigatoriedade em acessar os serviços prestados pelas mídias digitais, em razão da virtualização as atividades sociais na modernidade.

Ocorre uma verdadeira objetificação dos contratos refletindo na mitigação da autonomia da vontade. Nas plataformas online os consumidores precisam aceitar disponibilizar a entrega de seus dados pessoais, pois, se assim não proceder, não conseguirá obter os serviços e conteúdos ofertados por essas empresas.

Ou seja, a captação das informações pessoais não é feita com o explícito consentimento do usuário, mas em uma declaração de adesão do consumidor, alimentando essas entidades extremamente poderosas e lucrativas e, colocando os consumidores em uma posição de hipervulnerabilidade.

Os dados representam informações muito valiosas dos consumidores, as vezes, expressão do seu próprio íntimo, portanto, ganha força como um direito fundamental, com garantias já estabelecidas pelo direito à privacidade e intimidade na Constituição Federal.

A LGPD surge como um novo marco jurídico e social para preservação contra a violação à proteção de dados pessoais. Equilibrando as novidades tecnológicas e o desenvolvimento econômico e ao mesmo tempo na proteção dos direitos individuais e coletivos.

As empresas precisaram adotar medidas preventivas para o exercício de suas atividades garantindo a segurança dos dados pessoais disponibilizados pelos consumidores. Essa proteção se mostra na LGPD como um dever, impossibilitando o uso das informações pessoais fora da finalidade esperada pelo usuário/consumidor.

A violação à segurança das informações pessoais justificará a responsabilização por danos morais e materiais. Observa-se certo diálogo entre a LGPD e o CDC, quando houver um serviço defeituoso prestado pelos controladores de dados pessoais pelas inobservâncias das medidas de segurança desses dados.

No texto da LGPD são estabelecidas medidas administrativas que poderão ser aplicadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) pelo não cumprimento das regras e princípios advindos da referida legislação. Atuação que deve ser tanto fiscalizatória, na solicitação de relatórios e elaboração de regulamentos que deverão ser seguidos pelas empresas na coleta de dados pessoais. E na aplicação de sanções, como advertências indicando necessárias mudanças, multas e bloqueios de bancos de dados, na forma do art. 52, da LGPD.

Posto isso, vê-se que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais tem o objetivo de desenvolver uma cultura de preservação dos dados pessoais, ao garantir os direitos dos consumidores como verdadeiros titulares das suas informações e, adotando a responsabilização das empresas que vierem a descumprir as regras e princípios disposto na legislação.

REFERÊNCIAS

ABREU, Arthur Emanuel Leal; ADEODATO, João Maurício Leitão. COMPLEXIDADES NA CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE FAKE NEWS. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 19, n. 1, aug. 2020. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3109>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de Contratar e livre iniciativa. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Editora Padma: Rio de Janeiro, vol. 15, p. 73-88, jul/set.2003.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Lei 8.078/1990**. Código de defesa do consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 11 maio 2020.

BRASIL. **Lei 13.709/2018** – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm> Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6387**. Rel. Ministra Rosa Weber, Plenário, Inteiro Teor do Acórdão. Publicado em 11.11.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf>. Acesso em: 10 maio. 2020.

CRAVO, Daniela Copetti; JOELSONS, Marcela. A importância do CDC no tratamento de dados pessoais de consumidores no contexto de pandemia e de vacatio legis da LGPD. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 131, p. 111-145, set/out. 2020.

CRUZ, M. A. R. DA C. E; CASTRO, M. F. DE. O habeas data e a concretização do direito à proteção de dados pessoais na metódica constitucional de Friedrich Müller. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 19, n. 1, p. 191-230, 31 out. 2018.

DOHMANN, Indra Spiecker Gen. A proteção de dados pessoais sob o regulamento geral de proteção de dados na União Europeia. In: DONEDA, Danilo

et al. (coord). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.97-113.

DONEDA, Danilo. A autoridade nacional de proteção de dados e o conselho nacional de proteção de dados. In: DONEDA, Danilo et al. (coord). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.459-469.

_____. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo et al. (coord). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.03-20.

DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres Fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **Direitos e Deveres Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p.13-23.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. 7ª edição. Rer. e atual. Salvador: ed. JusPodivm, 2017.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 23-52.

_____. Objetivos e alcance da lei geral de proteção de dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 97-126.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. [E-book – não paginado]. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da lei geral de proteção de dados. In: DONEDA, Danilo et al. (coord). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.421-446.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. [E-book – não paginado]. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENKE, Fabiano; GOULART, Guilherme Damasio. Segurança da informação e vazamento de dados. In: DONEDA, Danilo et al. (coord). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.339-359.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6ª edição rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MULHOLLAND, C. S. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 19, n. 3, p. 159-180, 29 dez. 2018.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei 13.709/2018. In: DONEDA, Danilo et al. (coord). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.177-198.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil na lei geral de proteção de dados pessoais. In: DONEDA, Danilo et al. (coord). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.319-338.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord). **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p.281-318.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

VIOLA, Mario; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7º e 11. In: DONEDA, Danilo et al. (coord). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.117-148.