

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCAS ENRICI NEJAIM

**SUPRESSÃO DO DIREITO DE ACESSO AO CONSUMO DIANTE DO
MONOPÓLIO DOS VETORES DE INFORMAÇÃO**

VITÓRIA
2023

LUCAS ENRICI NEJAIM

**SUPRESSÃO DO DIREITO DE ACESSO AO CONSUMO DIANTE DO
MONOPÓLIO DOS VETORES DE INFORMAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Ivana Bonesi Rodrigues Lellis.

VITÓRIA
2023

Aos meus pais, meu irmão e minhas duas avós, que estiveram comigo em todos os momentos.

Aos servidores da Vara de Acidentes do Trabalho. Sequer sei por em palavras a imensa gratidão que tenho a vocês.

Não estaria aqui, como estou hoje, sem suas presenças.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a FDV e a minha orientadora Ivana Bonesi Rodrigues Lellis, por todo o auxílio na construção desta Monografia, sempre sendo atenciosa às minhas dificuldades. E além, pela sua didática em sala de aula, possibilitando que pudesse crescer enquanto acadêmico.

Agradeço à Douta Desembargadora Débora Maria Ambos e aos servidores Arthur, Jonas, Maria Luiza e Rejane, que tanto me ensinaram durante meu período de estágio. Vocês foram, para muito além da matéria processual, meus professores da vida.

Aos meus amigos, Alessany, Gabriel, Marcelle, Deyvid, Mariana Henrique, Beatriz, Laura, Klara, Ana, Yasmin e Luiza. Por afastarem todo o desânimo e instigarem o estudo.

Agradeço, por fim, aos meus pais, por todo apoio emocional e financeiro, meu irmão, e minhas duas avós, os quais sempre estiveram comigo, enfrentando todas as dificuldades e celebrando as conquistas.

Guardo os seus nomes como um sinônimo de afeto.

“A vitória dos feridos, [...] o desacato à semiótica, a juventude insubmissa no cataclismo último do capital.”

Laura Díaz

RESUMO

Este trabalho analisa o acesso ao consumo, enquanto Direito Fundamental, a fim de aferir sua efetividade perante um novo modelo de mercado, constituído pelo desenvolvimento das relações de compra e contratação virtuais. Apresenta um aspecto histórico do desenvolvimento do mercado, bem como das formas de publicidade exercidas pelas empresas do mercado digital, baseadas nas informações coletadas sobre os seus usuários, na posição de consumidores. Para além, põe em pauta as partes da relação consumeristas, bem como seus deveres e obrigações, seguida pelos princípios que regem a relação. Diante disso, figuram como questão central questionar se as práticas abusivas exercidas pelas empresas, que detêm o controle das informações obtidas online, são capazes de cercear o direito de acesso ao consumo, tendo-se sempre por parâmetro as normas constitucionais e infraconstitucionais que regulam a relação consumerista. Isso, com a finalidade de demonstrar que, ainda que presentes tentativas legais e fiscalizatórias para fomentar o acesso ao consumo, este vem sendo suprimido por aqueles que detêm o controle dos vetores de informação.

Palavras-chave: relação de consumo; Direito de acesso ao consumo; liberdade de escolha; marketing publicitário; monopólio de informações; princípios legais.

ABSTRACT

This work analyzes access to consumption as a fundamental right, in order to assess its effectiveness in the face of a new market model, constituted by the development of virtual purchasing and contracting relationships. It presents a historical aspect of the development of the market, as well as the forms of advertising carried out by companies in the digital market, based on the information collected about their users, in the position of consumers. It also discusses the parties to the consumer relationship, as well as their duties and obligations, followed by the principles that govern the relationship. In light of this, the central question is whether the abusive practices exercised by companies, which have control of the information obtained online, are capable of curtailing the right of access to consumption, always taking as a parameter the constitutional and infra-constitutional rules that regulate the consumer relationship. This is in order to demonstrate that, although there are legal and supervisory attempts to encourage access to consumption, it is being suppressed by those who control the information vectors.

Keywords: consumption relationship; Right to access to consumption; freedom of choice; marketing; monopoly of information; legal principles.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Métrica de participação nas buscas de marcas, dentro da categoria de comércio digital (*e-commerce*) 20

Tabela 2 – Representação das empresas com maior índice de busca *online* em cada estado brasileiro 20

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 1 EVOLUÇÃO DO MERCADO E NOVAS FORMAS DE CONSUMO..... | 11 |
| 1.1 Definição das partes consumeristas e sua relação com o Direito de acesso ao consumo enquanto Direito Fundamental..... | 11 |
| 1.2 Desenvolvimento da informação publicitária entre a Era da Transmissão à Era Digital..... | 14 |
| 2 AFERIÇÃO QUANTO À EFETIVIDADE DO DIREITO DE ACESSO AO CONSUMO PERANTE MONOPÓLIO DAS CADEIAS DE PRODUÇÃO..... | 17 |
| 2.1 A Era Digital como meio de expansão do acesso ao consumo..... | 17 |
| 2.2 Redutibilidade da liberdade de escolha diante do monopólio dos vetores de informação..... | 19 |
| 2.3 A boa-fé e a lealdade contratual entre as partes, e sua relação com o Direito de acesso ao consumo..... | 21 |
| 3 APLICABILIDADE DO DECRETO Nº 7.962/2013 E DA LEI Nº 13.709/2018, ENQUANTO TENTATIVAS DO ESTADO PARA FOMENTAR O ACESSO AO CONSUMO..... | 24 |
| 3.1 A respeito do Decreto Nº 7.962/2013..... | 24 |
| 3.2 A respeito da Lei Nº 13.709/2018..... | 28 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 34 |
| REFERÊNCIAS..... | 36 |

INTRODUÇÃO

O avanço das tecnologias de integração digital possibilitou ao mercado a criação de uma nova modalidade de consumo, ao passo que fornecedores e comerciantes virtuais (*e-commerce*), puderam registrar e armazenar dados de seus consumidores, estruturando-os por intermédio de algoritmos individualmente obtidos.

Alternativamente, o acesso ao consumo, o qual possui dois pressupostos essenciais para seu exercício: o ingresso no mercado de consumo e o exercício da liberdade no mercado de consumo, foi ampliado intensivamente por este mercado, na medida em que consumidores passaram a acessar, sem a necessidade de deslocamento, diversas plataformas de compra e contratação de serviços. Em ato simultâneo a esta ingressão no mercado digital, empresas otimizaram sua prestação no transporte das mercadorias, utilizando da informação para desenvolver centros de distribuição conectados, ministrados por um paradigma denominado *hub and spoke*.

Em consequência a este novo modelo mercadológico, a comercialização e fornecimento dos produtos e serviços online acarretaram no desenvolvimento de uma oligarquia predatória pelas empresas maiores, monopolizando a cadeia de consumo e inviabilizando a seus demais membros (fornecedores menores e possíveis outros comerciantes) uma leal e segura competição. Isso, posta a preferência do consumidor pelas empresas que oferecem menor custo de produtos e taxas de frete, em detrimento àquelas menores, as quais não conseguem prestar serviço de igual custo e otimização, mediante infraestruturas de informação.

A gravidade de tal questão pode ser mais aprofundada ao darmos enfoque nos interesses dos fornecedores e comerciantes que, impositivamente, colide com liberdade de escolha do consumidor. A razão, pois, se dá ao fato de que o monopólio deteve poder sobre o oferecimento de produtos de forma exclusiva, retirando do consumidor a livre e consentida escolha de “onde” ou “com quem” comprar.

Noutro passo, por via de controle das logísticas de vetor, surgiram também novos instrumentos de marketing publicitário, que atuam mediante registro de buscas do

consumidor. Contudo, pela sistemática protetiva, tais práticas publicitárias excedem os limites dos bons costumes comerciais, em principal o da boa-fé, na medida em que o consumidor, reconhecido como vulnerável pelo Regramento legal, tem seus dados registrados, e sua privacidade é violada.

Assim, será questionada a aplicabilidade dos mecanismos legais de proteção ao acesso ao consumo, diante do monopólio dos vetores de informação, tal como a aplicação e abrangência do Código de Defesa do Consumidor perante a questão. Isso, por intermédio de definições estruturais, estabelecidas com base no regramento legal do CDC. Não obstante, será também analisada a aplicabilidade do Decreto nº 7.962/2013 e da Lei nº 13.709/2018, enquanto tentativas do Estado para fomentar o acesso ao consumo.

Igualmente necessário destacar que o Direito de acesso ao consumo está estritamente relacionado aos Direitos Fundamentais, haja vista que a Constituição Cidadã incluiu o acesso ao consumo enquanto preceito fundamental, ao teor de seu art. 5º, inciso XXXII e art. 170. Por essa razão, será a Carta Magna igualmente posta como um parâmetro legal para análise da problemática.

Neste ensejo, em uma análise crítica dos requisitos de efetivação do Direito de acesso ao consumo, em sua natureza estrutural e sua repercussão no ordenamento jurídico, utilizando como enfoque o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal, busca-se responder a seguinte questão: “Há efetividade do Acesso ao Consumo, como um Direito Fundamental, perante o monopólio das cadeias de consumo e vetores de informação no mercado?”.

1 EVOLUÇÃO DO MERCADO E NOVAS FORMAS DE CONSUMO

1.1 Definição das partes consumeristas e sua relação com o Direito de acesso ao consumo enquanto Direito Fundamental

O art. 1º do Código de Defesa do Consumidor define que seu Regramento estabelecerá “as normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias” (BRASIL, 1990).

Nesses termos, consoante art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, fica imposto ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do Consumidor. Acrescentando ao teor, as disposições do art. 170 da Carta Maior, inciso V, cuidam da ordem econômica, “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” (BRASIL, 1988), tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando direitos fundamentais, dentre os quais salvaguarda-se a defesa do Consumidor.

Resta evidente a preocupação constitucional na proteção do consumidor, bem como na sua inclusão no mercado de consumo (participação ativa na sociedade econômica), de modo a efetivar o Direito de Acesso ao Consumo, legalmente instituído em ambos os códigos (Constituição Federal e Código de Defesa do Consumidor).

Neste contexto, urge definir o consumidor, na inteligência do art. 2º do CDC, como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (BRASIL, 1990). À vista disso, conceituam os doutrinadores Ada Grinover, Antônio Benjamin e Herman Marques, ao tratarem das disposições do referido artigo:

o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial. (2022, p. 73)

Sob essa definição, torna-se possível incluir, também, as Pessoas Jurídicas, desde que presente o requisito da vulnerabilidade, e demonstrando-se que esta é destinatária final. Soma ao entendimento a posição dos professores supracitados:

Entendemos, contudo, mais racional que sejam consideradas aqui as pessoas jurídicas equiparadas aos consumidores vulneráveis, ou seja, as que não tenham fins lucrativos, mesmo porque, insista-se, a conceituação é indissociável do aspecto da mencionada fragilidade. E, por outro lado, complementando essa pedra de toque do “consumerismo”, diríamos que a “destinação final” de produtos e serviços, ou seja, sem fim negocial, ou “uso não profissional”, encerra esse conceito fundamental. (GRINOVER; BENJAMIN, MARQUES, 2022, p. 76)

Não se restringindo aos casos do art. 2º do CDC, o conceito de consumidor aplica-se igualmente a aqueles equiparados, nos casos em que houver responsabilidade pelo fato (acidente de consumo), com base nas disposições do art. 17 do CDC, ainda que não tenha participado diretamente da relação. Igualmente, por força do art. 29 do referido regramento legal, serão tratados por equiparação os consumidores expostos às práticas comerciais abusivas, bastando que o indivíduo sinta-se afetado por esta.

O Fornecedor, por sua vez, é positivado no art. 3º do Regramento Consumerista enquanto toda pessoa física ou jurídica, seja pública ou privada, bem como nacional ou estrangeira, ou ainda entes despersonalizados, “que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, acrescenta a doutrina do professor Paulo R. Roque Khouri, ao dissertar que:

O art. 3º, como se vê, não é exaustivo quanto ao tipo de atividade que nele se enquadra. Ele está apenas exemplificando o fornecimento de algumas atividades. Vejam, v.g., que no rol do art. 3º não se menciona expressamente o desenvolvimento de atividade de edição de livros, **fornecimento de softwares** etc. [...] O CDC, na realidade, quis enquadrar como fornecedor todo aquele que “desenvolva atividades” econômicas no mercado. [...] Em um primeiro momento é fácil identificar a pessoa do fornecedor como a pessoa com quem se contrata. Mas como a relação de consumo não se revela pelo objeto, mas pelas características dos partícipes dessa relação, não se pode dizer, portanto, que, por exemplo,

qualquer vendedor ou prestador de serviços é sempre fornecedor. (2020, p. 64) (GRIFEI)

Surge nesta relação contratual o Direito de Acesso ao Consumo, como direito básico fundamental. A proteção à dignidade humana, presente no Código de Defesa do Consumidor pelas disposições de seu art. 1º, guarda estreita relação com a proteção ao consumidor, sendo necessária a construção do espaço de interações o qual disponha de igualdade de condições com os demais atores sociais. Nesse sentido, preceitua o professor Nelson Camatta, ao tratar quanto a função simbólica dos direitos fundamentais:

[...] a célebre proposta de universalização dos direitos fundamentais – com base na ideia de dignidade humana, [...] esbarra em importantes fatores que compõem uma complexidade e que não podem ser desprezados em qualquer análise mais cuidadosa que se intente empreender. Assim, dentre as inúmeras (talvez infindáveis) possibilidades de discussão que se pode empreender a partir desse diagnóstico preliminar, buscar-se-á, subseqüentemente, relacionar os direitos humanos e a democracia numa forma de sociedade globalizada. (2007, p. 176)

Para além, tratando unicamente quanto a construção do espaço democrático, contribui o autor supracitado que:

a implementação das promessas da modernidade por meio de um Estado Democrático de Direito interage com outros fatores complicadores como [...] o impacto da globalização neoliberal, bem como as próprias dificuldades internas do Estado brasileiro. [...] Mas para que tudo isso aconteça, é necessário que a máquina estatal efetivamente direcione os seus mais eficazes mecanismos de atuação para o âmbito social e deixe de privilegiar o dirigismo financeiro voltado para os interesses do mercado e da economia privada em detrimento de um necessário dirigismo social. (2013, p. 28-29)

Nesse sentido, consoante a doutrina de João Paulo de Campos Dorini (2011, p. 02), o acesso ao consumo preceitua-se como uma garantia fundamental à possibilidade de consumir. Isso, haja vista que a proteção ao consumidor detém estreita relação com a dignidade humana, posto ser o acesso primário ao seu mínimo existencial.

Neste viés, destaca o autor (DORINI, 2011, p. 02) dois pressupostos essenciais para sua efetivação, enquanto requisitos fundamentais: 1. o ingresso no mercado de consumo e; 2. o exercício da liberdade no mercado de consumo.

O primeiro, como já mencionado, relaciona-se diretamente com a previsão conferida ao art. 1º da Constituição Federal, ao estabelecer que a sociedade brasileira possuirá caráter democrático, de modo que, como tal, haverá a participação ativa de todos os seus membros, sejam quais forem os setores sociais, em especial o mercado de consumo.

Mas não somente a efetivação de um dos requisitos se faz necessária para a satisfação da garantia legal, porquanto é necessária a sua atuação conjunta. Inclusive, corrobora a doutrina supracitada que “ambos são os pilares do direito fundamental do acesso ao consumo, e, como tais, não se excluem mutuamente, antes estão intrinsecamente ligados, para a efetivação do direito” (DORINI, 2011, p. 03). E conclui o pensamento, lecionando que:

O direito de acesso ao consumo é o mecanismo de efetivação da participação de todos os indivíduos no mercado de consumo, de modo a que dele possam obter os bens que integram as necessidades básicas para uma vida digna - o mínimo existencial -, e que o façam de maneira livre e consentida. É o direito que consagra o ato de consumir como uma forma de participação ativa do indivíduo na economia, e, por conseguinte, na vida da sociedade. [...] Sem acesso aos bens básicos, não são supridas as necessidades elementares. A sobrevivência, antes de ser a garantia do direito à vida, é a face mais terrível do seu descumprimento, pois mantém o indivíduo privado de sua dignidade e da participação na vida social, tornando-o invisível, desumanizando-o. (DORINI, 2011, p. 03-04)

Por fim, ao que preocupa o caráter material da norma, é essencial que na relação se faça presente a livre e consentida escolha do consumidor, a qual deve, efetivamente, abordar na integralidade o produto ou serviço que está sendo obtido, ciente de todas as cláusulas do contrato.

1.2 Desenvolvimento da informação publicitária entre a Era da Transmissão à Era Digital

A Era da transmissão, vigente entre os anos de 1950 a 2000, concretizou-se como um período temporal em que o marketing era exercido mediante campanhas publicitárias televisivas, em principal razão pela ampla divulgação de programações aos diversos aparelhos sincronizados às emissoras.

O advento tecnológico traduziu-se como eficaz mercantilização à época, vez que permitiu às empresas a seleção, ainda que de forma genérica, de um “público específico”, tornando possível estabelecer campanhas de marketing voltadas para o consumidor-alvo.

As campanhas publicitárias, por sua vez, eram reproduzidas em horários pré-selecionados, mediante análise do público que assistiria à informação durante aquela programação, possuindo por ênfase a necessidade pessoal para a obtenção do produto ou serviço, somada ao desejo do consumidor.

Com o avanço das tecnologias de integração digital, cada vez mais extensivo, tornou-se possível a criação de uma nova modalidade de consumo. A identificação e organização das informações foram tecnologicamente aprimoradas, surgindo um setor específico ao que denominados “Marketing digital”, progressivamente relacionado à Era digital.

Empresas de fornecimento e comércio destinadas à venda e prestação de serviço de forma virtual (*e-commerce*), passaram a mapear os consumidores, através do registro e armazenamento da informação, estruturado com base em algoritmos individualmente registrados, visando o registro do público-alvo de seus produtos.

O algoritmo, parte central desta nova forma publicitária, traduziu-se como uma sistematização de instruções do sistema tecnológico, direcionando o seu funcionamento, de modo a permitir a execução de informações complexas de forma automática e eficiente para o programador.

Por via deste desenvolvimento tecnológico, a informação publicitária deixou de ser generalizada, e passou a selecionar um público específico, baseado nos interesses previamente registrados em banco de dados. A respeito da inovação, destaca a socióloga McKenzie Wark:

Na era da transmissão, era difícil saber qual o tipo de atenção um programa captava e se alguma publicidade em particular funcionava. [...] A terrível questão da era pós-transmissão é que não apenas nossa atenção é presa, mas também é gravada e registrada. [...] Esses são os tipos específicos de

aparelhos que coletam, classificam, gerenciam e processam informações para que possam ser usadas para controlar outras coisas no mundo. A tecnologia da informação é uma espécie de meta-tecnologia, projetada para observar, registrar, controlar e prever o que coisas, pessoas ou mesmo outras informações podem, querem ou devem fazer (2019, p. 08-09)

Em adição, essas informações, arquivadas e monitoradas, passaram a ser também resguardadas por mecanismos legais e transnacionais que preservam o monopólio informacional (WARK, 2019, p. 60). São as patentes, os direitos autorais e as marcas registradas, dentre outras formas trocáveis de propriedade privada, ao passo que o direito de propriedade intelectual, ministrado pelas empresas virtuais, produz um novo tipo de relação comercial, fundada na informação.

Isso possibilitou, para além do armazenamento de informações, a sua aplicação para a obtenção de consumidores que lhes são de interesse, através de mecanismos publicitários. O monopólio é perpetuado, em movimentos de ciclos de captação e registro, ao que acrescenta McKenzie Wark:

Você pode possuir estoques ou fluxos de informações, mas é muito melhor ter a propriedade do vetor, os protocolos legais e técnicos para tornar escassas informações antes abundantes (2019, p. 64)

A socióloga (WARK, 2019) conceitua tais relações de monopólio informacional como “classe vetorialista”, em que os consumidores são subordinados por meio de patentes, marcas registradas, direitos autorais e logísticas no vetor de informação, tendo-se como finalidade o registro e armazenamento de seus interesses para posterior imposição publicitária.

Ao teor, podem ser citados dois mecanismos de marketing desenvolvidos pelo controle das logísticas de vetor, quais sejam, o *retargeting* (a publicidade toma por base o histórico de navegação do consumidor, oferecendo iguais produtos a aquele pesquisado) e o *remarketing* (utiliza-se o histórico do consumidor, de modo a ofertar novos produtos semelhantes).

Tais mecanismos constituem duas formas de promoção do marketing na Era da Informação, o qual se executa mediante atividades e estratégias de armazenamento digital, garantindo a seleção de um público específico a qual será promovida a

mercadoria ou, ainda, ofertada a prestação de serviços dos quais o consumidor pode ter interesse, conforme anteriormente registrado pelo algoritmo.

Por meio do referido exemplo, torna-se possível compreender a Era Digital como um elemento essencial para o desenvolvimento tecnológico dos institutos de *marketing* contemporâneo, possibilitando um alcance específico e segmentado entre os interesses comerciais para qual foi programado.

2 AFERIÇÃO QUANTO À EFETIVIDADE DO DIREITO DE ACESSO AO CONSUMO PERANTE MONOPÓLIO DAS CADEIAS DE PRODUÇÃO

2.1 A Era Digital como meio de expansão do acesso ao consumo

O desenvolvimento e aprimoramento da rede mundial de computadores possibilitou a integração virtual, como própria resposta ao processo de globalização das informações. Nesse contexto, acompanhou de igual desenvolvimento o mercado, o qual integrou o ambiente virtual adaptando-se à categoria de venda pelas plataformas digitais (*e-commerce*).

Notável que a *internet* proporcionou a superação das barreiras geográficas, democratizando o acesso ao mercado, e agregando aos consumidores a possibilidade de consumir produtos e serviços de qualquer lugar do globo, tornando-se uma expressão fática da previsão conferida pelo art. 1º da Constituição Federal, o qual prevê a ingressão no mercado como elemento essencial do acesso ao consumo.

A respeito da temática, reserva destaque Gil Monteiro Goulart e Rosane Leal da Silva, ao discutir quanto o Marco Civil da Internet pelo prisma jurídico:

Com esta experiência vivenciou-se, na prática, os direitos de cidadania plasmados na Carta Constitucional, o que permitiu aos participantes livremente se manifestar sobre os destinos da internet no país, efetivando dessa forma importantes princípios que alicerçam o Estado Democrático de Direito. [...] Se é verdade que em alguns pontos o Marco Civil poderia ter avançado mais, como no tratamento dos dados pessoais (um dos desdobramentos do direito à privacidade) por outro lado seu texto final constitui uma resposta possível e provisória aos grandes problemas que se

revelam do uso dessas tecnologias, o que é feito a partir de grandes princípios norteadores do uso da internet. (2015, p. 217-218)

Nesse contexto, evidenciou-se verdadeira revolução nas estruturas de mercado, ocasionada pelas severas alterações nos setores de compra, venda e prestação de serviços, estabelecendo-se um novo processo de consumo, desde sua fase pré-contratual à pós-contratual, ocasionado pela massiva inclusão da população no mercado digital.

Mas não se restringindo às características agregadas ao novo modelo de mercado pelos comerciantes e fornecedores, sob a ótica protecionista também surgiram novas carências de cautela legal para com os consumidores, conforme destaca doutrina de Silvia Fernandes Chaves, ao tratar do consumo *online*:

[...] a fluidez ou a desmaterialização da contratação é um elemento a mais de insegurança a ser considerado: o fornecedor não aparece materializado por intermédio de um vendedor, o fornecedor não tem mais a “cara”, tem sim uma marca, um nome comercial, uma determinada imagem, um marketing virtual ou televisivo, uma estratégia para o telemarketing. O fornecedor não tem endereço comprovável, mas apenas “informável”. (2015, p. 51)

Por consequência, tem-se que essas novas relações padecem da necessidade de transparência mútua, a qual deve constituir dever de conduta do fornecedor, prestador de serviços ou comerciante virtual, a fim de garantir a plena liberdade nas relações de comércio eletrônico (CHAVES, 2015, p. 55), para efetivação dos requisitos fundamentais do acesso ao consumo. Nesse sentido, acrescenta a autora supracitada que:

[...] ressalvados objetivos simples, de uso comum e de conhecimento geral, houve crescente incorporação das mercadorias e dos serviços de componentes técnicos e tecnológicos cujo conhecimento, compreensão e apreensão fogem ao alcance do adquirente. Disso resulta o fator chamado “vulnerabilidade do consumidor”, totalmente exposto ao predomínio do ofertante da mercadoria ou do serviço, ou, em termos legais, dependente da boa-fé objetiva e subjetiva deste último. (CHAVES, 2015, p. 56).

Não obstante, reforça o dever de transparência entre as partes, o professor Paulo R. Roque A. Khouri, ao debater quanto o direito à informação num parâmetro constitucional:

Os deveres de proteção do consumidor, inclusive no domínio do direito à informação, decorrem do imperativo constitucional que atribuiu à defesa do consumidor *status* de direito fundamental. [...] Nesse sentido, o dever de informação outorgado pelo legislador deve atuar para atenuar essas vulnerabilidades, sejam econômicas ou técnicas, que dificultam a autoproteção do consumidor. (2022, p. 50)

Dessa forma, o *e-commerce* possibilitou a ingressão democrática e profunda - do ponto de vista estrutural das relações de consumo - no mercado, consolidando sua construção democrática. Todavia, embora constituída a efetivação do Direito de acesso ao consumo, as vulnerabilidades resultantes de sua inclusão concretizaram a necessidade de construção de novos direitos para proteção do consumidor, sob risco de supressão do Direito Fundamental.

2.2 Redutibilidade da liberdade de escolha diante do monopólio dos vetores de informação

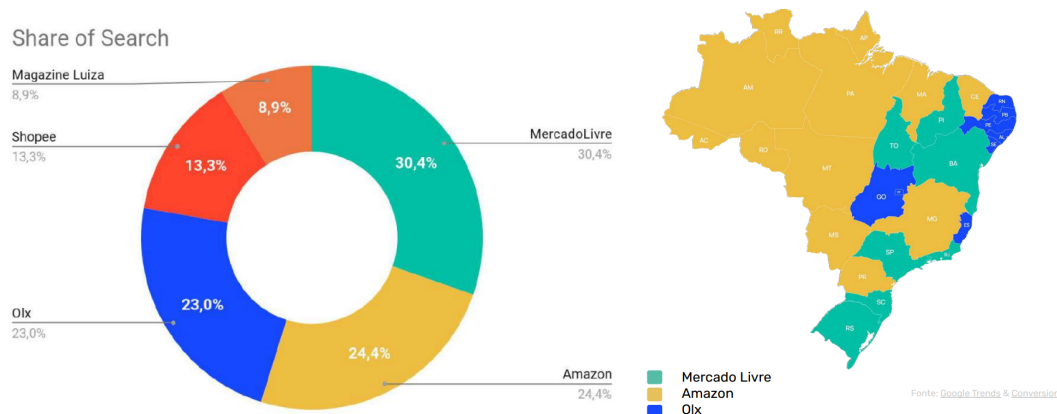
Sabe-se que o acesso ao consumo é constituído por dois pressupostos essenciais, ao que denominamos a ingressão ao mercado e a liberdade de escolha. Contudo, embora satisfeito o primeiro requisito, o segundo encontra embargos à efetivação, ao considerarmos o monopólio das empresas que detém o controle das cadeias de produção.

Isso porque sua comercialização e fornecimento de produtos e serviços utiliza por base a oligarquia predatória, monopolizando a cadeia de consumo e suprimindo dos demais membros (fornecedores menores e possíveis outros comerciantes) a oportunidade de competição leal e segura.

Por consequência, instaura-se a escassez de oportunidades de escolha aos consumidores, que optam pela compra de produtos em menor custo e frete gratuito - ou mais barateado -, em comparação às empresas que detêm em seus estoques produtos em menor variedade e preço inferior.

Nesse vértice, menores comerciantes e fornecedores, por sua vez, não possuem aparatos físicos, tecnológicos e financeiros para acompanhar os fatores de mercado ofertados pelas referidas empresas, restando inviabilizada a concorrência.

Ao teor, demonstra relatório do mês de agosto de 2023, emitido pela empresa “E-Commerce Brasil”, em que fora realizada dosimetria sobre o tráfego online, na categoria “Share of Search”, indicador que representa buscas realizadas na plataforma Google e outros mecanismos de pesquisa da *internet*. Consoante o referido estudo, as empresas “Amazon” e “Mercado Livre” possuem, somado, percentual de 54.8% de domínio nas pesquisas de venda online:



(Fonte: E-Commerce Brasil e Google Trends & Conversion, 2023).

Indispensável destacar que instrumentos de organização, baseados na tecnologia, traduzem-se como elementos essenciais para manter as custas em valores reduzidos, somado a maior agilidade na prestação do serviço ou entrega de produtos variados.

A exemplo, temos os centros de distribuição ministrados por um paradigma *hub and spoke*, uma forma de otimização de topologia de transporte, em que são conectados pontos periféricos. O possuímento de tais mecanismos, preferencialmente utilizados pelas grandes empresas de *e-commerce* como Amazon e Mercado-livre, em detrimento de menores, torna-se uma expressão física do controle sobre as cadeias de consumo, a qual ocorre mediante infraestruturas de informação.

Nesse íterim, a plenitude do ato de escolha surge não como um mero elemento para a efetivação do Direito de acesso ao consumo, mas sim elemento basilar de sua existência, diretamente afetado. Isso, vez que a escolha deve ser livre e consentida, possibilitando aos consumidores a opção de onde comprar, com quem

comprar e o que comprar, o que é suprimido pelo controle de mercado. Nesse sentido, destaca o professor João Paulo de Campos Dorini que:

O exercício da escolha mostra-se, assim, como uma das principais facetas do acesso ao consumo. Só há efetivo acesso ao consumo se a escolha for livre e consentida, o que inclui o necessário conhecimento do consumidor de todas as cláusulas do contrato de consumo. [...] Pressupõe, ainda, para que de escolha efetivamente se trate, que o produto ou serviço oferecido não seja apenas por uma empresa ou por um oligopólio: a concorrência é fundamental para o exercício da livre escolha. (2011, p. 05)

Assim, pode-se compreender que o domínio dos recursos mercadológicos, como plataformas *online* e centrais de distribuição de produtos e controle monopolizado das informações obtidas sobre os consumidores, concretizam uma ameaça ao cumprimento da previsão constitucional de acesso ao consumo, enquanto requisito parcial para sua efetivação, vez que suprime do consumidor sua liberdade de escolha.

Preservar essa liberdade, por meio da competição justa e com igualdade de oportunidades no mercado, configura portanto um reflexo à garantia conferida pela Carta Maior, carente de igual atenção para com as demais políticas públicas, sob o viés de promoção da distribuição equitativa dos recursos econômicos.

2.3 A boa-fé e a lealdade contratual entre as partes, e sua relação com o Direito de acesso ao consumo

O Código de Defesa do Consumidor estabelece a boa-fé como princípio pautado em padrões de honestidade, lealdade e transparência, de presença exigida em todas as relações obrigacionais de consumo, independentemente de cláusula expressa.

Traduz-se, de fato, em verdadeiro dever de agir consoante padrões sociais de lisura e honestidade, sob a égide da confiança legitimamente depositada, presente em todas as fases contratuais, inclusive aquela pré-contratual, que antecede efetiva realização de compra ou contratação.

Inserido neste contexto, urge a boa-fé enquanto limitadora do exercício dos direitos subjetivos, evitando que o contrato sirva como via de vantagem exacerbada pelos contratantes, ao que dedica doutrina de Paulo R. Roque. A. Khouri:

Na moderna concepção da função social do contrato, agasalhada pelo CDC, a boa-fé assume feição diferente da tradicional. Em vez de se localizar no plano subjetivo da formação do consentimento, ela se desloca para o plano objetivo. Não desapareceu a boa-fé subjetiva, que continua sustentando a teoria dos vícios do consentimento. O que houve foi a abertura para o reexame objetivo da base econômico-jurídica do contrato, a ser feito, em nome da equidade, a partir das cláusulas negociais avançadas. [...] A boa-fé, enquanto princípio, conforme anota Judith Martins-Costa, comporta três funções: função interpretativa, função criadora de deveres jurídicos e, por fim, a função limitadora do exercício dos direitos subjetivos. (2020, p. 74)

Nesse sentido, o referido princípio traduz função de grande relevância social, na qual o Estado passa a cautelar a justiça das relações contratuais, efetivando as previsões do art. 1º da Constituição Federal, na busca pela concretização do acesso ao consumo enquanto Direito Fundamental, tanto pelo acesso justo, quanto pelo livre exercício do ato de escolha.

Todavia, embora a previsão normativa seja clara ao determinar pela sua estreita observância nas relações consumeristas, é notável a ruptura dos preceitos legais, ao pôr-se em análise as relações oportunizadas pelo comércio digital, que se perfazem mediante práticas que contrariam a lealdade e correção.

Isso porque, nos ambientes virtuais, o consumidor, parte presumidamente vulnerável da relação, desconhecendo os termos dos *cookies* (arquivos de texto que que arquivam dados sobre perfil e comportamento do usuário) e demais sistemas contidos nos sítios digitais em sua integralidade, opta por prosseguir, permitindo aos fornecedores e comerciantes acesso amplo aos seus dados.

Pela sistemática protetiva, tais práticas publicitárias excedem os limites dos bons costumes comerciais, ante abuso de direito, concretizada pela obtenção de vantagens - em principal para finalidades publicitárias - e registro de informações particulares, dos quais não se pode presumir conhecimento por parte do consumidor. Ao teor, reitera ao entendimento a doutrina supracitada:

É de se ressaltar que, se o Estado brasileiro tem por fundamento a “dignidade da pessoa humana”, não se pode mais conceber que a massa de pessoas seja submetida a relações contratuais que propiciam obtenção de vantagens econômicas exageradas. Tal implica ofensa à dignidade de milhares de pessoas, que se sacrificam demasiadamente para propiciar o enriquecimento alheio acima de um patamar de razoabilidade. (KHOURI, 2020, p. 74)

No panorama constitucional, tal principiologia funda-se na garantia à dignidade da pessoa humana, a qual pode ser compreendida em seu caráter subjetivo e objetivo, de necessária observância por todas as partes da relação contratual, desempenhando “não apenas a função integrativa, mas também uma função corretiva de estipulações contratuais, em que sua violação traduz um incumprimento contratual, com a correlativa responsabilidade” (KHOURI, 2020, p. 73).

Necessário destacar que a sistemática protetiva da boa-fé desdobra-se, como um corolário de sua previsão, em outros princípios fundamentais que regem o acesso ao consumo, tais como princípio da transparência, equidade contratual, e confiança entre as partes.

Dentre estes, a transparência fulgura como ampla exigência de lealdade, acompanhada do respeito na relação. Atenta-se à sua efetividade, diante da ineficaz divulgação da utilização de dados por parte do fornecedor ou comerciante, impossibilitando ao consumidor que, efetivamente, tenha pleno conhecimento dos termos os quais concorda ao utilizar dos serviços de busca *online* ou, ainda, acesso aos *sites* da internet. Assim, fornece gratuitamente suas informações pessoais e privadas, sem que, de fato, tenha ciência ou anuído com pleno e amplo conhecimento destes.

Relaciona-se, ainda, o princípio da transparência, ao direito à informação enquanto garantia a liberdade de escolha, pressuposto indispensável do acesso ao consumo. Isso, vez que consoante previsão do art. 6º, inciso II do CDC, é direito básico do consumidor “a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações” (BRASIL, 1990).

Ato conclusivo, quaisquer estorvos à efetivação da informação resultantes da ausência de divulgação ou impedimentos ao efetivo conhecimento, incapacita o consumidor de exercer seu direito básico de escolha. Ao teor, contribui Roque A. Khouri que:

O intérprete só terá condições de avaliar se a informação é ou não essencial, se deveria ou não ter sido fornecida, levando em conta o interesse tutelado. Se assim não fizer, corre-se o risco de avaliar o cumprimento do direito pela quantidade de informação fornecida, deixando de lado a sua qualidade. Essa avaliação ficará também prejudicada ou viciada se se levar em conta o repassar formal de um conjunto de informações, sem que o destinatário da proteção tenha condições de dar-lhe qualquer utilidade prática. [...] A proteção outorgada pelo CDC ao consumidor vai da fase pré-contratual à pós-contratual. Em qualquer dessas fases, o que se busca é o equilíbrio na relação fornecedor-consumidor. Evidente que esse equilíbrio depende substancialmente da maior disponibilidade de informações essenciais ao consumidor, por parte do fornecedor, dos produtos e serviços oferecidos ao mercado. (2020, p. 82)

Dessa maneira, ocasiona-se a impossibilidade de execução das obrigações contratuais, ainda que em fase pré-contratual, ou quaisquer outras fases do contrato, de modo a romper com as obrigações impostas pelo legislador.

3 APLICABILIDADE DO DECRETO Nº 7.962/2013 E DA LEI Nº 13.709/2018, ENQUANTO TENTATIVAS DO ESTADO PARA FOMENTAR O ACESSO AO CONSUMO

3.1 A respeito do Decreto Nº 7.962/2013

O legislador, no intuito de acompanhar o desenvolvimento das relações consumeristas, veio a regulamentar a Lei nº 8.078/1991 (Código de Defesa do Consumidor), pautando pela previsibilidade legal às contratações no comércio eletrônico, por meio do Decreto nº 7.962/2013.

Como um marco à integração dos consumidores ao mercado digital, o referido Decreto possibilitou o avanço do ordenamento jurídico, para abranger situações antes não contempladas pela legislação.

Em ampla análise, trata-se, de fato, do cumprimento das determinações constitucionais trazidas pelo art. 5º, inciso XXXII da Carta Magna, possibilitando ao sistema jurídico o seu desenvolvimento inovador, enquanto fonte de proteção aos direitos do consumidor, ora confrontados por novas causas. Ao teor, preceitua o professor Adriano Sant'Ana Pedra que:

A abertura do sistema constitucional significa a incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico. [...] Daí surge a necessidade (relativa) de integração legislativa. Vale dizer, é necessário que o legislador interprete as normas constitucionais que versam sobre deveres fundamentais, mesmo aquelas normas com aparência de clareza. (2015, p. 1.139 - 1.140)

Acrescentando ao teor, esclarecem os professores Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, ao relacionarem a necessidade de integração legislativa ao Código de Defesa do Consumidor:

Como norma vigente, o nosso Código de Defesa do Consumidor situa-se na especialidade, segunda parte da isonomia constitucional, retirada do art. 5º, caput, da CF/1988. Ademais, o conteúdo do Código Consumerista demonstra tratar-se de uma norma adaptada à realidade contemporânea da pós-modernidade jurídica. [...] o Código de Defesa do Consumidor enquadra-se perfeitamente em tal realidade pós-moderna. Primeiro, por trazer como conteúdo questões de Direito Privado e de Direito Público. Segundo, por encerrar vários conceitos indeterminados, como o de boa-fé. **Terceiro, por representar uma norma aberta, perfeitamente afeita a diálogos interdisciplinares, como se verá (diálogo das fontes).** Quarto, por encerrar a pauta mínima de proteção dos consumidores. (2023, p. 21-25) (GRIFEI)

Nesse vértice, sob o parâmetro da transparência e em prol dos direitos consumeristas, o Decreto Nº 7.962 estabelece diretrizes para a contratação no comércio eletrônico, determinando aos fornecedores e comerciantes que apresentem informações claras a respeito do produto, serviço e, se for o caso, do fornecedor. Outrossim, determina o atendimento facilitado ao consumidor, bem como respeito ao direito de arrependimento, consoante artigo 1º do referido regramento.

Para além das condutas entre as partes contratantes, o legislador estendeu sua imposição ao dever de informação nos sítios eletrônicos, de forma clara e ostensiva, sob a defesa da livre escolha, e a restrição à mecanismos que, embora facilitem as compras *online*, inviabilizam a responsabilidade dos fornecedores e comerciantes à

possíveis complicações decorrentes da venda ou prestação de serviços (artigo 2º à 4º do Decreto supracitado).

A temática é enfatizada pela professora Laura Schertel Mendes, ao estabelecer a necessidade de cumprimento das premissas constitucionais, enquanto dever de jurisdição estatal:

[...] os arts. 5o, XXXII, e 170, V, da CF e 48 de suas Disposições Transitórias revelam que, no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção do consumidor consiste numa proteção constitucional, o que implica que a violação ao direito do consumidor envolve também um problema de nível constitucional. [...]. De especial importância se reveste, no contexto da sociedade da informação, o art. 5o, XXXII, que determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Como se pode perceber, a norma expressa um direito fundamental com uma clara dimensão objetiva, pois se trata, em primeira linha, de um mandamento da Constituição de atuação do Estado para a proteção da parte mais vulnerável. A partir dessa dimensão objetiva também se extrai uma dimensão subjetiva: o direito do consumidor de pleitear uma proteção estatal. (2014, p. 201)

Sob a perspectiva do acesso ao consumo, a temática insurge melhor análise quanto aos requisitos da livre escolha, acima mencionada. Isso porque, embora configurado efetivo avanço à previsão constitucional, ao incentivar a clareza em todas as fases contratuais, as previsões normativas não efetivaram total controle sobre possíveis danos decorrentes da relação contratual consumerista, haja vista incapacidade fiscalizatória por parte do Estado.

Em outras palavras, sob um viés legal, o Decreto 7.962/2013 reiterou o dever de transparência para as relações consumeristas na *internet*, o que implica, por consequência, em uma reiteração legislativa ao dever de garantir a livre e consciente escolha do consumidor na compra de produtos e/ou contratação de serviços.

Contudo, observa-se que na prática, os sítios eletrônicos pouco se atentam à imposição legal, seja por desconhecimento das normas, seja pelo excedente número de sites digitais, o que torna inviável a fiscalização das referidas plataformas. E, indo além, como consequência a essa ausência de fiscalização, pouco se aplicam as punições previstas no decreto supracitado, ao teor de seu art.

7º, o que acarreta em severo dano aos consumidores, ocasionalmente reparados pelo Poder Judiciário.

Portanto, o princípio da transparência na relação consumerista, elemento central para efetivação da livre escolha, é suprimido pela ineficiência das políticas públicas - a teor de instrumentos fiscalizatórios -, tornando-se o Estado incapaz de assegurar o acesso ao consumo.

Nesse contexto, surge o descaso do Estado para com as normas por ele introduzidas ao ordenamento, concretizando a possibilidade de empresas que já detém o monopólio dos instrumentos de informação, para que permaneçam em posições abusivas perante o consumidor, enquanto parte vulnerável e, em muitos casos, hipossuficiente.

Com isso, promove-se a excessiva necessidade das vias legais para o reajuste da equiparação contratual, ao que temos por exemplo a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) ou, ainda, submeter-se a processos judiciais.

Assim, nota-se que a ordem constitucional, a qual estabelece a manutenção do acesso ao consumo, é afrontada pela impraticabilidade do Estado, tornando-o inviável ante ausência de um dos elementos essenciais que o constitui: a liberdade de escolha, com plena ciência dos elementos que compõem a relação contratual.

Isso, por rompimento ao princípio da transparência, embora reiterado pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como pelo Decreto 7.962/2013, ao que se mantém o consumidor desinformado. Nessa toada, esclarece a doutrinadora Cláudia Lima Marques que:

Na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4.º, caput, do CDC, o da *Transparência*. A ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo. [...] **Pretendeu, assim, o legislador evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois, sem ter conhecimento do conteúdo do contrato, das**

obrigações que está assumindo, poderia vincular-se a obrigações que não pode suportar ou simplesmente não deseja. (2016, p. 814-815) (GRIFEI)

Dessa maneira, podemos compreender que, ainda que a previsão normativa encontra-se vigente no ordenamento pátrio, e construa um marco no interesse jurídico de proteção das modernas relações consumeristas, conquanto define instrumento para equiparação da relação contratual, a sua efetivação colide com a ausência de práticas estatais que viabilizem o pleno exercício da lei, impossibilitando a efetivação do dever constitucionalmente confiado ao Estado.

3.2 A respeito da Lei Nº 13.709/2018

Em necessária inovação, o legislador trouxe significativo avanço ao ordenamento jurídico, por intermédio da promulgação da Lei Nº 13.709/2018, que disciplina sobre o tratamento de dados pessoais, por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (vide seu art. 1º).

Seus princípios norteadores, que orientam toda a atuação na reunião, armazenamento, transferência da informação e eliminação das informações, são destacados pelo próprio regramento, ao determinar que todas as atividades de tratamento de dados pessoais serão pautadas na boa-fé, livre acesso, qualidade de dados, transparência, segurança, prevenção, dentre outros elencados no art. 6º e seus incisos da legislação supracitada.

Nas relações de consumo, manifestou-se inegável avanço ao viés protecionista adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu art. art. 4º, incisos I e II, haja vista abranger as relações virtuais, e reforçar - do ponto de vista principiológico - com aqueles princípios já presentes no *Codex* consumerista.

Com isso, criou-se um apoio normativo para a responsabilização dos fornecedores e comerciantes virtuais, impondo-se a obrigação de zelo e devida manutenção com os dados dos consumidores, enquanto usuários.

O descumprimento dos preceitos normativos, por sua vez, implica na sujeição das punições contidas no CDC, e penas de multa disciplinadoras da LGPD. É o que tem destacado a doutrina pátria, ao teor do Acórdão no Recurso Inominado dos autos n.º 0701703-75.2022.8.07.0003, julgado pela Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, sob relatoria da Juíza Rita de Cássia de Cerqueira Lima Rocha. Senão vejamos:

[...] 2. Evidente falha na segurança da recorrente, uma vez que dados pessoais - nome completo, data de nascimento, CPF, endereço e e-mail - e dados contratuais - número do contrato e dados sobre a dívida - foram indevidamente difundidos, possibilitando a dissimulada renegociação da dívida por terceiros, seguida do pagamento de boleto falso, em prejuízo da consumidora. 3. Nos termos do art. 6º, incisos VII e VIII, da Lei n.º 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD, a recorrente, na condição de agente de tratamento de dados, é responsável por cuidar dos dados por ela controlados, **observando a boa-fé e os princípios da segurança e da prevenção, com a utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais** de acessos não autorizados e adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais. **4. Uma vez que a operadora de telefonia não zelou pela proteção dos dados da consumidora, permitindo que informações pessoais e contratuais fossem indevidamente difundidas, deve responder objetivamente pelo dano causado, em virtude da falha na prestação do serviço, nos termos do art. 14 do CDC.** [...] (TJ-DFT - RI: 0701703-75.2022.8.07.0003 DF. Relatora: Juíza Rita de Cássia de Cerqueira Lima Rocha, Data de Julgamento: 26/09/2022, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais, Data de Publicação: 07/10/2022) (GRIFEI)

À vista disso, podemos concluir pela existência de harmônica aplicação de ambos os regramentos, enquanto meios de defesa dos interesses consumeristas por parte do Estado. Todavia, é imprescindível mencionar a igual necessidade de observância ao caráter constitucional conferido à norma, a qual impõe ao Estado o dever de ingresso da população no mercado, enquanto requisito parcial para concretização do acesso ao consumo.

Sendo este um elemento indispensável, deve-se garantir à todos a participação no ambiente mercadológico de forma segura, o que colide frontalmente com atitudes ilícitas previstas pela LGPD, tais como vazamentos de dados, práticas abusivas nos sítios digitais ou, ainda, condutas que afastem a responsabilidade dos fornecedores e comerciantes nos espaços virtuais.

Não à toa, a previsão do artigo 6º, em seus incisos IV e VI, da Lei Nº 13.709/2018, é clarifica em determinar que todas as atividades de tratamento de dados pessoais deverão pautar-se pela boa-fé e o livre acesso, enquanto garantias “de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, sobre a integralidade de seus dados pessoais”, bem como direito à “informações claras, precisas e facilmente acessíveis” (BRASIL, 2018) sobre a realização do tratamento de dados e os respectivos agentes que se farão presentes em sua manutenção.

Igualmente, impõe pela busca da segurança das informações, mediante utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais dos consumidores de acessos não autorizados, seja de situações acidentais, seja de situações ilícitas que acarretam na “destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão da informação” (art. 6º, VII, da Lei Nº 13.709/2018).

Sobre a temática, esclarece Tarcísio Teixeira, ao debater com respeito aos princípios norteadores da LGPD, nas relações de *e-commerce*:

Quanto aos princípios trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), o art. 6º elenca uma série deles a serem observados no tratamento de dados. Vale destacar que, antes mesmo de descrever os princípios, o caput do art. 6º assevera a necessidade de observar a boa-fé. A boa-fé é o contrário de má-fé/dolo/fraude (que é a má intenção do agente). Logo, agir de boa-fé é ter “boa intenção”, não ter intenção de prejudicar a outra parte. **A boa-fé é o comportamento que a sociedade espera do agente.** Os princípios a serem observados no tratamento de dados são os seguintes: [...] d) **livre acesso**: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; [...] f) **transparência**: garantia, aos titulares, de informações claras e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; [...] g) **segurança**: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; [...] j) **responsabilização e prestação de contas**: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento da legislação sobre proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas [ou seja, que esteja em compliance em proteção de dados]. (2021, p. 80) (GRIFEI)

Em vista disso, surge o tratamento de dados, enquanto forma de garantia o ingresso do consumidor no mercado, a qual se perfaz mediante a segura manutenção das informações coletadas pelos sítios digitais. Para tanto, depende-se de atenta atuação por parte daqueles que detém o vetor informacional, vez que, quaisquer

violações aos preceitos normativos estabelecidos pelo regramento tratado, acarretariam em evidente cerceamento ao cumprimento constitucional de acesso ao consumo.

Ou seja, em consonância ao art. 6º, inciso IV, VI e VII, da Lei Nº 13.709/2018, a entrada do consumidor nos mercados digitais deve ocorrer sempre atentando-se à sua presumida vulnerabilidade, ao passo que impeditivos para esse concretização resultam na impossibilidade de efetivação do acesso ao consumo.

Por conseguinte, a proteção dos dados do consumidor surge não somente como um mero cumprimento do dever legalmente imposto pelo CDC e demais normas infraconstitucionais, a teor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, mas também como um exercício da função constitucional prevista pelo art. 1º da Carta Magna.

Para tanto, o legislador dedicou ampla redação ao tratamento dos dados pessoais, estabelecendo parâmetros que delimitam o interesse do administrador das informações, fundamentando-o somente aos casos em que a finalidade é legítima, o que se é analisado mediante situação concreta (art. 10º da Lei Nº 13.709/2018).

Em outras palavras, para aquele que detém a informação, esta deve lhe ser justa e importante, o que se verifica por intermédio da análise fática do caso. Assim acrescenta Tarcísio Teixeira:

Convenhamos que se trata de um conceito muito abstrato e aberto. O art. 10 da LGPD estabeleceu alguns parâmetros acerca do legítimo interesse do controlador ao expressar que ele somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas [justas, razoáveis], consideradas a partir de casos concretos, que incluem, mas não se limitam, a: a) apoio e promoção de atividades do controlador; e b) proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais (atendidos os preceitos da LGPD). **O § 1º do art. 10 assevera que, nos casos de tratamento de dados com base no legítimo interesse do controlador, apenas poderão ser tratados os dados estritamente necessários para a finalidade almejada. Isso está associado ao princípio da necessidade.** Além disso, o exercício do legítimo interesse implica ao controlador seguir medidas adequadas para assegurar a transparência no tratamento de dados (§ 2º do art. 10). Ou seja, deve garantir que as informações sejam claras, precisas e facilmente acessíveis. (2021, p. 81) (GRIFEI)

Mediante leitura do art. 10º, § 1º, da LGPD, evidencia-se controvérsia na temática tratada, ao se destacar que, pela captação de dados para fins publicitários, ao que se denomina o controle vetorial, há evidente rompimento à norma antedita, fundada no princípio da necessidade.

Isso, posto que o armazenamento de dados por algoritmos, para fins de *marketing*, não cumpre ao requisito de “dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida” (art. 10º, §1º da Lei 13.709/18), uma vez coletar todas as informações disponibilizadas pelo consumidor, e posteriormente selecionar aquelas que lhe são úteis para interesse próprio da empresas, em anúncios eventuais nas redes sociais e plataformas digitais.

A temática é tratada na doutrina de Nanci Maziero Trevisan, Fernanda Lery e Michel Abrantes Lerr, ao debaterem quanto a coleta, armazenamento e controle de dados dos usuários para fins de publicidade *online*, esclarecendo que:

[...] O indiscriminado fornecimento de dados pessoais para as redes de comunicação digital ou para empresas digitais em que o usuário está conectado não tem protegido a privacidade das pessoas, fazendo com que surjam diversas questões de natureza ética, o que foge do conceito de harmonia e equilíbrio na grande rede mundial de computadores [...] (2020, p. 53)

Assim, por um lado, a necessidade de coleta, armazenamento e manutenção de dados é fundamentada pela limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, abrangendo somente os dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados (princípio da necessidade, *ex vi* art. 6º, inciso III da Lei Nº 13.709/2018).

Por outro lado, podemos concluir que a obtenção e utilização destes dados, sem a tácita concordância do consumidor, constitui prática abusiva, haja vista a transmissão destes dados entre empresas que detém o monopólio da informação, sequer permitindo que o consumidor tenha ciência de que suas informações - ora transmitidas por intermédio de trocas financeiras - serão usadas para finalidades publicitárias futuramente.

Essencial esclarecer que tais informações são obtidas por algoritmos, indispensavelmente regidas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, enquanto norma regulamentadora das relações virtuais. Posta a presença de partes de uma relação consumerista, recai igualmente o Código de Defesa de Consumidor, ambos os regramentos enquanto regulamentadores da operação virtual.

Assim, surge como imperiosa a atuação do Estado, seja por meio de mecanismos fiscalizatórios, seja pelo seu exercício jurisdicional, visando o devido cumprimento do dever constitucional de acesso ao consumo, capaz de sanar práticas eventualmente ilícitas e reparar os danos causados por fornecedores e comerciantes, às situações regulamentadas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), bem como no Código de Defesa do Consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos compreender que o acesso ao consumo foi introduzido ao ordenamento jurídico, enquanto uma busca do Poder Constituinte na reconstrução democrática, inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, foram estabelecidas condições essenciais para seu livre exercício, o que fora reproduzido pelos demais regramentos infraconstitucionais, vez que derivadas as suas fontes normativas da Carta Maior.

Por um viés histórico, o desenvolvimento do mercado, em consonância à progressão da era da transmissão à era digital, conduziu à criação de uma nova forma de mercado, inclusive inovando-se os modelos publicitários, ora aparados pelos instrumentos virtuais e tecnológicos. Com isso, possibilitou-se o desenvolvimento de uma nova modalidade de consumo, pautada nas vendas virtuais (*e-commerce*).

Alternativamente, grandes empresas com maior aparato tecnológico, seja para captação de informações recolhidas mediante algoritmos, seja por possuírem centros de distribuição de mercadorias estratégicas, concorreram na construção de uma oligarquia predatória, afastando do mercado virtual fornecedores e comerciantes menores, por inviabilidade da concorrência.

Com isso, houve significativo dano ao acesso ao consumo, por rompimento de suas premissas básicas, um porque impede-se ao consumidor o exercício da livre escolha, mediante oferecimento de produtos barateados ou com valor de transporte reduzido. Em segundo lugar, porque violou princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor, acarretando no cerceamento de seu ingresso no mercado de consumo.

Noutro vértice, fulcral destacar que embora o Estado, por intermédio do Decreto n.º 7.962/2013 e Lei n.º 13.709/2018 (LGPD), tenha introduzido ao ordenamento maior regulamentação quanto à contratação no comércio eletrônico e tratamento de dados pessoais, o cumprimento das determinações legais fora inviabilizado pela ausência

de exercício das normas ou, ainda, pela ausência de fiscalização de seu cumprimento, acarretando na baixa repressão às práticas abusivas cometidas.

Todos esses impeditivos, por fim, constituem-se como estorvos à efetivação do dever constitucionalmente imposto pelo art. 5º, inciso XXXII, da Carta Magna, bem como ao Código de defesa do Consumidor, as quais somente têm sido reparadas mediante ações judiciais ou instrumentos públicos de controle fiscalizatório, à exemplo do Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON).

Nesse sentido, configura-se a supressão do acesso ao consumo, enquanto Direito Fundamental, perante o monopólio das cadeias de consumo e vetores de informação no mercado, vez que práticas abusivas reiteradas, aliadas à ausência de efetiva fiscalização do Estado, tornam inviável o exercício pleno do direito constitucional, eventualmente reparado pela via jurisdicional ou instrumentos públicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 06 mai. 2023.

BRASIL. Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. **Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso: 11 out. 2023.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso: 06 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso: 11 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Brasília (1. Turma Recursal dos Juizados Especiais). **Recurso Inominado** n.º 0701703-75.2022.8.07.0003/DF. Relatora: Juíza Rita de Cássia de Cerqueira Lima Rocha, Data de Julgamento: 26/09/2022, Data de Publicação: 07/10/2022.

CONVERSION. **Relatório Setores E-commerce no Brasil**: Relatório realizado e entregue em Agosto de 2023, referente a julho de 2023. São Paulo, 2023. Disponível em: <https://lp.conversion.com.br/relatorio-setores-ecommerce>. Acesso em: 10 set. 2023.

CHAVES, Silvia F. **A vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor nas contratações eletrônicas**. Editora Manole, 2015. E-book. ISBN 9788520452288. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520452288/>. Acesso em: 12 out. 2023.

DORINI, João Paulo de Campos. **Revista de Direito do Consumidor: Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, vol. 2, p. 927 - 961, 2011. DTR\2010\654. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000018baaad8f592dc8ef78&docguid=l60ff88803a5711e0baa700008558bb68&hitguid=l60ff88803a5711e0baa700008558bb68&spos=1&epos=1&td=4000&context=26&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso: 02 mai. 2023.

GALUPPO, M; SETTE, M. L.; SALGADO, K.; GONTIJO, L.; BUSTAMANTE T. Human Rights, **Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies**. *Initia Via*: Belo Horizonte, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/36423035/PEDRA_AS_Solidariedade_e_deveres_fundamentais_da_pessoa_humana. Acesso em: 05 out. 2023.

GOULART, G. M.; SILVA, R. L. da. **Construção colaborativa e multissetorial: o Marco Civil da Internet e a inédita experiência de regulação no Brasil**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, [S. l.], v. 16, n. 2, p. 201–222, 2015. DOI: 10.18759/rdgf.v16i2.684. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/684>. Acesso em: 15 out. 2023.

GRINOVER, A. P.; BENJAMIN, A. H. de V. E.; MARQUES, Cl. L.; *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645527. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645527/>. Acesso em: 06 mai. 2023.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**. Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788597026443. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026443/>. Acesso em: 02 ago. 2023.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor na Sociedade da Informação**. Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9786556276380. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556276380/>. Acesso em: 08 nov. 2023.

MARQUES, Cláudia; MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MCKENZIE, Wark. **O Capital está morto**. São Paulo: Sobinfluência, 2022.

MENDES, Laura S. Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica - **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor : linhas gerais de um novo direito fundamental**, 1ª Edição. Editora Saraiva, 2014. E-book. ISBN 9788502218987. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218987/>. Acesso em: 20 out. 2023.

MOREIRA, N. C. **A função simbólica dos direitos fundamentais**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, [S. l.], n. 2, p. 163–192, 2007. DOI: 10.18759/rdgf.v0i2.45. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/45>. Acesso em: 25 set. 2023.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Aspectos históricos da construção da sub(cidadania) no Brasil: o tortuoso percurso do estado social e os desafios do (jovem) constitucionalismo dirigente em “terrae brasilis”**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 9, n. 1, p. 186-219, fev. 2014. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/519/397>. Acesso em: 02 out. 2023.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. Volume Único. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559648054. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648054/>. Acesso em: 08 nov. 2023.

TEIXEIRA, Tarcisio. **A LGPD e o e-commerce**. Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598155. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598155/>. Acesso em: 10 out. 2023.

TREVISAN, Nanci M.; LERY, Fernanda; KERR, Michael A.; *et al.* **Publicidade On-line**. Grupo A, 2020. E-book. ISBN 9786556900247. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556900247/>. Acesso em: 08 nov. 2023.