



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CLAUDIA LUZ MARTINS DE CARVALHO

O DIREITO À PRIVACIDADE FRENTE AO TRATAMENTO DE
DADOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO POR MEIO
ELETRÔNICO

Salvador

2014

CLAUDIA LUZ MARTINS DE CARVALHO

O DIREITO À PRIVACIDADE FRENTE AO TRATAMENTO DE
DADOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO POR MEIO
ELETRÔNICO

Monografia apresentada ao curso de
graduação em Direito, Faculdade Baiana de
Direito, como requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Flávia da Fonseca
Marimpietri.

Salvador

2014

TERMO DE APROVAÇÃO

CLAUDIA LUZ MARTINS DE CARVALHO

O DIREITO À PRIVACIDADE FRENTE AO TRATAMENTO DE
DADOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO POR MEIO
ELETRÔNICO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2014

A
Denise Luz, minha mãe, por ter
proporcionado essa realização. Sem
ela, jamais seria possível.

AGRADECIMENTOS

A Dra. Flávia Marimpietri pela orientação e disponibilidade para a conclusão deste trabalho.

A Dra. Ana Thereza Meireles pelo suporte e solicitude.

A Matheus Maron pela contribuição e incentivo incessantes.

Aos colegas, em especial Daniela Dias, pelo estímulo constante.

Aos docentes, em especial, ao colegiado da Faculdade Baiana de Direito pelo acolhimento.

RESUMO

O crescente mercado de consumo eletrônico é uma realidade já estabelecida na sociedade atual. Durante o desenvolvimento da relação de consumo por meio eletrônico, dados pessoais do consumidor são captados, frequentemente de forma oculta, sem o consentimento do consumidor, colocando em situação de risco direitos individuais, sobretudo a privacidade e intimidade, que refletem em outros direitos fundamentais inerentes à personalidade. Diante desta realidade, este trabalho monográfico tem o objetivo de analisar as consequências das técnicas de tratamento de dados pessoais sobre a esfera privada do consumidor, bem como as possíveis soluções que a ciência jurídica apresenta para a efetiva proteção da privacidade individual nas relações de comércio eletrônico de consumo. Para tanto, será demonstrada a caracterização da relação de consumo no âmbito eletrônico, suas peculiaridades sobre as demais relações de consumo presenciais, perpassando sobre os princípios e normas jurídicas aplicáveis a este tipo de relação. Será feita uma delimitação conceitual sobre o direito à privacidade, estabelecendo um panorama histórico sobre o seu estudo e aplicação prática, no direito do consumidor sobre as relações firmadas no meio eletrônico. Por fim, será demonstrada, diante do tratamento de dados pessoais e da ameaça a direitos fundamentais do consumidor, a análise de normas presentes no ordenamento brasileiro atual para a proteção desses direitos, bem como perspectivas futuras para a efetividade da tutela dos direitos fundamentais de privacidade e dignidade da pessoa humana no mercado eletrônico de consumo.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Direitos do Consumidor; Comércio eletrônico; Tratamento de dados; Privacidade, Proteção de dados pessoais;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CDC	Código de Defesa do Consumidor
ENDC	Escola Nacional de Defesa do Consumidor
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

1 INTRODUÇÃO	7
2 RELAÇÃO DE CONSUMO NO ÂMBITO ELETRÔNICO	11
2.1 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO	11
2.1.1 Consumidor	11
2.1.2 Fornecedor	13
2.1.3 Produtos e serviços	14
2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO COMÉRCIO ELETRÔNICO	15
2.2.1 A importância dos princípios nas relações eletrônicas de consumo	16
2.2.2 Princípio da Boa-fé Objetiva	18
2.2.3 Princípio da Vulnerabilidade	20
2.2.4 Princípio da Transparência e dever de informação	23
2.2.5 Princípio da confiança	25
2.2.6 Coibição e repressão eficientes a abusos	26
2.3 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE O COMÉRCIO ELETRÔNICO	27
2.3.1 Breve contexto histórico	27
2.3.2 Definição	29
2.3.3 Peculiaridades do comércio eletrônico	31
2.4 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO COMÉRCIO ELETRÔNICO	35
2.5 OS CONTRATOS POR MEIOS ELETRÔNICOS	38
2.6 PRÁTICAS ABUSIVAS NO ÂMBITO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO	40
3 O DIREITO A PRIVACIDADE E SUA EVOLUÇÃO PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	42
3.1 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA	46
3.2 A PRIVACIDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL	48
4 TUTELA JURÍDICA DOS DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO POR MEIO ELETRÔNICO	52
4.1 O TRATAMENTO DE DADOS E A AMEAÇA AO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE DO CONSUMIDOR	53
4.1.1 A utilização de dados pessoais nas relações de consumo	55
4.1.2 Técnicas de tratamento de dados comumente utilizadas	56
4.1.3 Consequências negativas do tratamento de dados aos direitos do consumidor	58
4.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	59

4.3 DIÁLOGO DAS FONTES NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO DE CONSUMO	61
4.3.1 A Constituição Federal de 1988	62
4.3.2 O Código Civil de 2002	64
4.3.3 O Código de Defesa do Consumidor de 1990	65
4.3.4 O Projeto de Lei do Senado Federal n.º 281 de 2012	66
4.3.5 A Lei 12.965 de 2014 (Marco Civil da Internet)	70
4.4 PERSPECTIVAS PARA UMA EFETIVA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	73
5 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

O comércio eletrônico é um fenômeno que vem ganhando destaque no mercado de consumo. Por sua praticidade, proporciona grandes vantagens aos consumidores, como maiores possibilidades de pesquisa de preço, facilidade e disponibilidade dos produtos e serviços. Por outro lado, as transações comerciais via internet ainda suscitam importantes questionamentos, sobretudo no que concerne a fatores de segurança e meios de proteção das informações pessoais.

Com o desenvolvimento da tecnologia e o crescimento do comércio eletrônico, a vulnerabilidade, condição inerente ao consumidor, pode tornar-se potencializada. Ao estabelecer contratos de consumo em meio virtual, consumidores são conduzidos a fornecer uma infinidade de informações pessoais, o que não ocorre normalmente em uma relação presencial. Nesse contexto, fornecedores vêm servindo como captadores de informações pessoais dos consumidores, invadindo a sua esfera privada através da coleta e tratamento eletrônico de dados.

Os dados pessoais dos consumidores tornam-se objeto de comércio, todavia, sem o conhecimento, tampouco a autorização dos seus proprietários. Através do tratamento de dados, fornecedores traçam suas estratégias de marketing e planos de negócios. Para a coleta dos dados são utilizadas as mais diversas tecnologias, desde simples preenchimentos de cadastros, em que os próprios consumidores fornecem suas informações, até técnicas de captação e rastreamento de sites visitados e redes sociais.

Diante dessa realidade, faz-se necessário a análise das implicações do tratamento de dados sobre o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, sob a ótica do microsistema jurídico do consumo, com a aplicação das normas específicas de defesa do consumidor e normas esparsas no ordenamento jurídico em conjunto com proteção de direitos fundamentais, salvaguardados pela Constituição Federal de 1988.

O tema apresenta imensa relevância social, uma vez que a garantia do direito à intimidade e à vida privada está elencada no rol dos direitos fundamentais individuais,

constitucionalmente tutelados e sua violação envolve uma série de outros direitos associados, como a privacidade, liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

A temática revela-se igualmente relevante do ponto de vista jurídico, pois verifica-se a necessidade de tutela sob a ótica não somente do microsistema consumerista, com as normas trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), como também a aplicação de princípios e normas trazidas pela Constituição Federal. A questão aponta para a ponderação de interesses, observando a necessidade de se sopesar interesses, de um lado a tutela de direitos inerentes à pessoa humana, como a intimidade e a vida privada e de outro, partindo da perspectiva econômico empresarial, com a notável alavancagem do mercado eletrônico de consumo e novas modalidades de publicidade.

Em face desse panorama, o presente trabalho tem por escopo estudar de que forma o Direito pode contribuir para resguardar direitos fundamentais do consumidor, como a intimidade, a privacidade e a dignidade da pessoa humana, no intuito de minimizar os impactos que as práticas de tratamento e compartilhamento de dados podem causar à esfera privada de cada indivíduo, evitando a abusividade e visando à efetividade do direito do consumidor e ao estabelecimento do equilíbrio contratual na relação de consumo.

Para tanto, pretende-se verificar as condições de vulnerabilidade do consumidor na formação do contrato por meio eletrônico, diante da criação e tratamento de cadastros com informações pessoais dos consumidores pelos fornecedores, comparando tais condições com as do consumidor comum, além de verificar quais são os direitos dos consumidores que podem estar em risco quando fornecem seus dados, muitas vezes como requisito para a formação dos contratos de consumo por meio digital. Dessa forma, busca-se analisar quais as consequências do tratamento de dados pessoais do consumidor, identificando quais são os princípios jurídicos e legislação aplicáveis ao tema, perpassando sobre a possível necessidade de haver um regramento específico a ser criado para o comércio eletrônico com vistas a proteger os fundamentais do consumidor.

O segundo capítulo do presente trabalho visa a caracterizar a relação de consumo

no âmbito eletrônico, diferenciando-a das demais relações de consumo presenciais. Será traçado um panorama histórico, ressaltando influência do desenvolvimento tecnológico sobre as relações de consumo. Em seguida, definir-se-á, neste sentido, o comércio eletrônico, destacando as suas peculiaridades, sobretudo o fenômeno da despersonalização e suas consequências para a dogmática contratual. No referido capítulo será ressaltada a dificuldade de aplicação da legislação nas relações virtuais, diante das características peculiares do contrato eletrônico de consumo, principalmente no que tange à desterritorialização, apontando para importância da aplicação dos princípios jurídicos, que visam balizar a hermenêutica do sistema jurídico e a aplicação das normas a fim de que o direito acompanhe as transformações, considerando a velocidade das modificações da tecnologia, que tendem a se refletir no Direito. Por fim, o capítulo demonstra a previsão das práticas comerciais abusivas no contexto das relações de consumo, visando a caracterização da abusividade da prática de tratamento e compartilhamento de informações pessoais do consumidor.

Em seguida, o terceiro capítulo deste trabalho terá por objetivo apresentar a delimitação conceitual, estabelecendo um panorama histórico do estudo do direito à privacidade e sua evolução, que transita pela autodeterminação informacional, que é a tendência atualmente suscitada de proteção dos dados pessoais. Será abordada a divergência quanto à terminologia, incluindo a distinção entre privacidade e vida privada, que, conjuntamente desenvolvem o núcleo do direito à privacidade. Ao final do capítulo, será estabelecida a caracterização da privacidade como um direito de natureza fundamental.

Por fim, o quarto capítulo busca elencar as normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro que podem ser aplicadas no contexto do comércio eletrônico, a fim de elevar a proteção da privacidade e dados pessoais e, como consequência, a dignidade do consumidor como pessoa humana. Será destacada a possível ameaça que a formação e compartilhamento de bancos de dados podem trazer aos direitos fundamentais do consumidor, exemplificando alguns meios de coleta e utilização dos dados pessoais nas relações de consumo por meio eletrônico. O capítulo é finalizado com a sugestão do diálogo das fontes para uma tutela efetiva dos direitos

do consumidor, ressaltando importantes normas contidas na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil, na nova lei do Marco Civil da Internet e em recentes propostas legislativas que estão, atualmente, em tramitação no legislativo brasileiro e poderão vir a ser aplicáveis ao tema.

2 RELAÇÃO DE CONSUMO NO ÂMBITO ELETRÔNICO

As relações jurídicas de consumo são estabelecidas quando é possível identificar em um dos polos o consumidor, em outro o fornecedor, tendo como objeto a transação de um produto ou serviço. (NUNES, 2012, p. 120). Esses elementos estão conceituados no Código de Defesa do Consumidor, lei protetiva que rege as relações de consumo e constrói um microsistema de tutela do consumidor. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013, p. 56). Antes de definir a relação de consumo no âmbito eletrônico, portanto, é necessário conceituar seus elementos, de modo que se permita delimitar o campo de aplicação do microsistema consumerista.

2.1 ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

A aplicação do Direito do Consumidor requer uma análise precisa, a fim de que sejam excluídas do seu campo de incidência as relações que não são objeto de sua tutela, como as relações comerciais entre empresas ou ainda as relações entre empresas e entes da administração pública. (LORENZETTI, 2004, p. 379). Portanto, a identificação da relação jurídica de consumo e seus elementos é critério basilar para determinar o âmbito de aplicação das normas de Direito do Consumidor, sobretudo, o CDC. (MIRAGEM, 2013, p. 135).

2.1.1 Consumidor

O Consumidor é definido em quatro dispositivos diferentes do CDC (art. 2º caput e parágrafo único, art. 17 e art. 29 do CDC). O art. 2º do CDC dispõe que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza serviço como destinatário final”. Porém a interpretação do termo “destinatário final”, necessária para essa definição, a princípio, foi feita de forma distinta por, basicamente, duas correntes doutrinárias:

finalista e maximalista. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013, p.92).

A teoria finalista (ou subjetiva) foi, por muito tempo a majoritária no ordenamento brasileiro. Para os finalistas, a tutela ao consumidor só existe por este ser a parte vulnerável da relação de consumo, portanto, o titular desses direitos protetivos deve ser bem delimitado. Neste sentido, portanto, para essa corrente, a expressão “destinatário final” deve ser interpretada de forma restritiva, ou seja, deverá ser considerado consumidor somente aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica, possibilitando, dessa forma, um maior grau de proteção somente nos casos em que o consumidor é caracterizado, de fato, como o sujeito mais vulnerável da relação jurídica. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013, p. 94).

Em contrapartida, a teoria maximalista (ou objetiva) interpreta como destinatário final o sujeito, seja este pessoa física ou jurídica, que realiza um ato de consumo. Assim, oferece uma conotação mais ampla ao sujeito protegido pelo microssistema consumerista, sendo considerada irrelevante a destinação final do produto ou serviço. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 60).

Neste sentido, são também considerados pelo CDC como consumidores por equiparação, a fim de promover o equilíbrio da relação sempre que estiver conferida a vulnerabilidade: “à coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” as vítimas de um acidente de consumo (fato do produto ou serviço), ainda que não tenham realizado pessoalmente o ato de consumo, mas lesados em sua saúde, vida ou segurança e, por fim, os sujeitos expostos às práticas comerciais abusivas, previstas no capítulo V do CDC. (MIRAGEM, 2013, p. 139-145). Esta acepção ampla do conceito de consumidor permite um tratamento adequado não só de interesses pessoais do consumidor, mas também de direitos difusos, coletivos e homogêneos. (LORENZETTI, 2004, p. 382).

Atualmente, por outro lado, é possível identificar uma terceira teoria, em que há uma mitigação do critério finalista. A teoria Finalista Aprofundada resulta do estabelecimento de critérios mais específicos para a extensão conceitual dos conceitos estabelecidos pelo CDC, por equiparação. (MIRAGEM, 2013, p. 151).

Desse modo, a interpretação do conceito de consumidor, de acordo com a teoria finalista aprofundada, adota dois critérios. O primeiro de que a extensão do conceito de consumidor por equiparação é medida excepcional, conforme o regime do CDC. Segundo, que a configuração da vulnerabilidade, seja ela econômica, jurídica ou técnica, é critério essencial para a equiparação da parte a ser considerada como consumidor. (MIRAGEM, 2013, p. 151).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem sustentado esse entendimento em seus julgados, no sentido de somente admitir a aplicação das normas protetivas do CDC à pessoa jurídica quando evidente a sua vulnerabilidade, ou nos casos de equiparação previstos pela lei. O critério da vulnerabilidade, de acordo com esse entendimento, pode ser utilizado também para afastar a aplicação da norma, quando presentes particularidades do caso concreto que, eventualmente, coloquem o consumidor em posição de superioridade em relação ao fornecedor.

2.1.2 Fornecedor

Para que se configure a relação de consumo, é elemento essencial também a figura do fornecedor, caracterizado como aquele que oferece os produtos e serviços no mercado de consumo. (MIRAGEM, 2013, p. 155). O conceito de fornecedor é trazido pelo CDC, em seu art.3º como o seguinte:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Cumpre-se destacar o caráter amplo da definição proposta pelo CDC, que relaciona extensa gama de ações que dizem respeito ao fornecimento de produtos e à prestação de serviços, o que implica que, para o CDC, são fornecedores todos os membros da cadeia de fornecimento. Essa definição repercutirá na extensão de deveres jurídicos, sobretudo no tocante à responsabilidade civil. (MIRAGEM, 2013, p. 156).

Segundo Cavalieri Filho (2011, p. 73), a estratégia do legislador leva a considerar

fornecedores todos aqueles que, mesmo sendo entes despersonalizados, atuam nas diversas etapas do processo produtivo, antes do produto chegar ao seu destinatário final. Porém, para interpretação do conceito, há também os requisitos de atividade profissional, habitual e com finalidades econômicas.

2.1.3 Produtos e serviços

O objeto central da relação jurídica de consumo é o fornecimento de produto ou a prestação de um serviço. (MIRAGEM, 2013, p. 161).

Define-se produto como bem móvel ou imóvel, material ou imaterial. Essa definição é bastante ampla, e considera, inclusive, como produto de consumo os bens imóveis, quando configurados os sujeitos da relação de consumo. (MIRAGEM, 2013, p. 164).

Ademais, conforme leciona Bruno Miragem (2013, p. 165), há também a importância da abrangência do conceito de produto também para bens imateriais, quando se observa o crescimento da importância da informática e dos bens e serviços produzidos exclusivamente por este meio. O autor afirma que:

Ao prever expressamente a caracterização do produto como bem imaterial, o legislador do CDC, de modo consciente ou não, antecipou-se à regulação do fenômeno da informática e da internet, determinando as normas de proteção do consumidor como plenamente aplicáveis às relações estabelecidas e desenvolvidas por este meio.

Os serviços são definidos, para fins de aplicação do direito consumerista, através da característica de serem prestados de forma onerosa. Há expressa ressalva da prestação de serviços decorrente de relação de trabalho, a qual, em que pese ser onerosa, claramente não está abrangida pela legislação de proteção ao consumidor. Igualmente, há, além da contra prestação pecuniária, os requisitos de habitualidade e profissionalidade. Há de se destacar, aqui, que a remuneração do serviço pode ser de forma direta ou indireta, sendo, de logo, excluídos da incidência do CDC apenas os serviços puramente gratuitos. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 77).

Além das relações jurídicas que têm por objeto produtos e serviços com a finalidade de consumo, há também os comportamentos unilaterais que criam expectativa a

respeito da qualidade ou preço de um bem ou serviço destinado ao consumo e, ainda, as práticas comerciais, que são fatos jurídicos, condutas econômicas praticadas no mercado que têm impacto sobre os consumidores. (LORENZETTI, 2004, p. 383).

2.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Para melhor compreensão acerca dos princípios que regem as relações jurídicas de consumo no comércio eletrônico, é necessário fazer uma breve distinção entre princípios e regras. Conforme doutrina de Robert Alexy (2011, p. 86-90), a principal distinção entre essas duas espécies normativas é que, enquanto os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível (dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes), as regras são normas que poderão ser satisfeitas ou não. Assim, enquanto os princípios são mandamentos de otimização, as regras são determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Neste sentido, ao contrário das regras, os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, logo, havendo colisão entre princípios, um terá que ceder na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização, fazendo sopesamento entre interesses conflitantes. (ALEXY, 2011, p. 95).

Ainda a respeito dos os princípios, Humberto Ávila (2005, p. 70) leciona sobre o caráter finalístico dessa espécie normativa, vale dizer, os princípios estabelecem um fim a ser atingido. Representam uma função diretiva, para a determinação de uma conduta exprimindo uma orientação prática a partir de um conteúdo desejado.

O art. 4º do CDC estabelece a Política Nacional das Relações de consumo, composta por princípios que têm por objetivo a melhoria da qualidade de vida dos consumidores e a defesa dos seus interesses econômicos, além do atendimento das suas necessidades, o respeito à dignidade, saúde e segurança. (LIMA, 2013, p. 66).

Neste sentido, evidencia-se a importância dos princípios para a concretização das finalidades do Direito do Consumidor, considerando que a interpretação do microsistema consumerista deve ser realizada sob a égide dos princípios.

2.2.1 A importância dos princípios nas relações eletrônicas de consumo

A partir do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, a boa-fé foi consagrada no sistema de direito privado brasileiro como um dos princípios fundamentais das relações de consumo e como cláusula geral para controle das cláusulas abusivas.

Assim, no dizer de Ricardo Maurício Freire Soares (2008, p. 126):

Por essa razão o legislador estabeleceu, no art. 4º do CDC, uma política nacional de consumo, adotando princípios específicos a serem seguidos pelo hermenêuta, que definem os direitos fundamentais do consumidor, tais como a transparência, a vulnerabilidade, a igualdade, a boa-fé objetiva, a repressão eficiente a abusos, a harmonia do mercado, a equidade e a confiança nas relações de consumo. A obediência a tais princípios é imperativa, pelo que as relações de consumo devem se desenvolver e serem interpretadas sem qualquer afastamento dos propósitos que os revestem e o caracterizam. (SOARES, 2008, p. 126).

De acordo com Ricardo Maurício Freire Soares (2008, p. 125), a principiologia funciona como norte hermenêutico do Código de Defesa do Consumidor. Existe o princípio da defesa do consumidor, que foi elevado à categoria de princípio constitucional. A partir da previsão deste, torna-se necessária a concretização da defesa do consumidor e, portanto, relevantes outros princípios jurídicos que foram positivados pela legislação consumerista. Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor contempla, além de normas de conduta e de organização, outra espécie normativa, que traz os objetivos do Direito do Consumidor, com um inegável caráter principiológico. (SOARES, 2008, p. 125).

Conforme considerado no presente trabalho, parte dos doutrinadores, como Laura Mendes (2011, p. 79), Sophia Vial (2013, p. 251) e Silney Tadeu (2011, p. 97) entende que deve ser formulada uma nova legislação, com normas e princípios próprios a serem aplicadas ao comércio eletrônico. Por outro lado, alguns entendem que os princípios e normas do microsistema consumerista já existentes são perfeitamente aplicáveis a esse tipo diferenciado de contratação, bastando que sejam submetidos à correta interpretação e aplicação. (MODENESI, 2011, p. 92-93).

Nesse desiderato, os princípios assumem papel essencial à flexibilidade do sistema normativo, ganhando enorme relevância na regulação do comércio eletrônico,

conforme traz Pedro Modenesi (2011, p. 94):

Acredita-se que mediante a aplicação dos princípios jurídicos já consagrados no Direito Civil e no Direito do Consumidor, é possível encontrarem-se soluções para as novas demandas sociais e jurídicas advindas do desenvolvimento do consumo online. A formulação de uma adequada regulamentação legal no comércio eletrônico – capaz de tutelar os legítimos interesses e expectativas dos ciberconsumidores – envolve a devida consideração dos princípios jurídicos, compreendidos como mandamentos de otimização que se caracterizam por poderem ser satisfeitos e graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Conforme leciona Ricardo Lorenzetti (2004, p. 83), as funções dos princípios são: integrativa, interpretativa, finalística, delimitativa e fundante.

A função integrativa diz respeito à habilidade de preencher lacunas do ordenamento jurídico através dos princípios. Função interpretativa é “um modo de subsumir o caso em enunciado mais amplo”, auxiliando o intérprete para uma correta interpretação adequada aos valores fundamentais. Por sua vez, a função finalística permite orientar a interpretação do direito a fins mais amplos. A função delimitativa estabelece limite à competência legislativa, negocial e judicial e, por fim, a função fundante oferece os valores para a criação das normas. (LORENZETTI, 2004, p. 83).

É necessário se garantir o mesmo nível de proteção ao consumidor, não importando qual o meio que ele utiliza para firmar os contratos com seus fornecedores, seja de forma presencial ou por meios eletrônicos. Para tanto, é preciso adequar a legislação já aplicável ao direito do consumidor aos contratos celebrados pela internet e, ainda, complementá-la com normas específicas aos aspectos inovadores, numa perspectiva civil-constitucional, visando sempre à preservação da dignidade da pessoa humana. (KLEE, 2008, p. 96)

Ainda que existam projetos de leis com o intuito de estabelecer normatização própria em prol da segurança do consumidor no mercado de consumo eletrônico, é importante salientar que a legislação consumerista já existente é perfeitamente aplicável às relações contratuais estabelecidas pela internet. (KLEE, 2008, p. 97-99).

“A ‘nóvel Ciência Consumerista’, muito mais do que um conjunto de normas e princípios que regem a tutela dos consumidores de modo geral, direciona-se à implementação efetiva de instrumentos que os coloquem em prática.” (FILOMENO,

2012, p. 10).

Em virtude da dinamicidade da disciplina do comércio eletrônico, torna-se, de extrema importância o conhecimento acerca dos princípios que regem as relações de consumo como mecanismos de tutela ao consumidor. Adiante, serão destacados os alguns princípios considerados importantes às relações de comércio eletrônico, sem o intuito de esgotá-los, levando-se em consideração que o rol principiológico aplicado ao microsistema consumerista não é exaustivo e utiliza diversas fontes, podendo ser influenciado por leis, tratados, convenções, além do Código de Defesa do Consumidor.

Primeiramente será abordado o princípio da boa-fé, considerado por Cesar Viterbo Santolim (2005, p. 83) como princípio "finalístico". Em seguida, os princípios "instrumentais" da transparência, vulnerabilidade e a coibição e repressão eficientes a abusos, pela importância de sua aplicabilidade no âmbito das contratações eletrônicas. Há de se expor também o princípio da confiança, defendido por Claudia Lima Marques (2011, p. 127) como um princípio fundamental ao comércio eletrônico e complementar à boa-fé objetiva.

2.2.2 Princípio da Boa-fé Objetiva

Antes do CDC, e também durante a vigência do Código Civil de 1916, o termo boa-fé era utilizado somente sob o sentido subjetivo, vinculado ao estado anímico do sujeito. O advento do CDC em 1990, com fulcro no atendimento das necessidades específicas das relações de consumo na proteção de interesses como dignidade, saúde e segurança, trouxe em seu art. 4º o princípio da boa-fé objetiva no direito brasileiro, como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo (SCHREIBER; TEPEDINO, 2007, p. 209-211).

O princípio da boa-fé objetiva é tratado, não apenas como um princípio jurídico, mas também como um princípio moral e, como tal, deve ser aplicado a todas as relações humanas, jurídicas ou não. Entretanto, nos contratos celebrados por meios eletrônicos torna-se mais visível essa necessidade, pois as partes contratantes ficam

prejudicadas quanto às percepções que poderiam ter umas das outras no caso de uma contratação presencial. Torna-se essencial o dever de lealdade e a confiança que as partes necessitam ter. (ANDRADE, 2004, p. 104-107)

Em verdade, conforme sustentam Anderson Schreiber e Gustavo Tepedino (2007, p. 212), a boa-fé é, em sua versão original germânica, uma cláusula geral que, ao assumir diferentes faces, impõe às partes o dever de colaboração mútua para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato. Embora em sua origem não tenha sido criado com um caráter protetivo em si, por se tratar de uma sujeição a ambas as partes aos padrões objetivos de lealdade e colaboração, acabou por ser empregado como instrumento de proteção ao consumidor. E foi considerado o principal fundamento do CDC brasileiro. (SCHREIBER; TEPEDINO, 2007, p. 212).

No contexto do mercado eletrônico a boa-fé merece destaque no combate a práticas comerciais desleais e abusivas, no sentido de equilibrar as relações de consumo, diante da maior vulnerabilidade do consumidor no meio virtual. (MODENESI, 2011, p. 95).

No âmbito do comércio eletrônico, evidencia-se a importância da boa-fé, sobretudo no tocante à proteção dos consumidores em relação aos dados pessoais enviados aos fornecedores. Isso ocorre porque, enquanto na relação de consumo física é possível que um consumidor permaneça anônimo e "passe despercebido", na relação pro meio eletrônico, mesmo aquelas de menor valor econômico que possa, será exigido que o consumidor indique seus dados pessoais, tanto para a entrega do bem ou a prestação do serviço quanto para efetuar o pagamento. (SANTOLIM, 2005, p. 70).

Desse modo, quando solicita ao consumidor os dados pessoais para realização de uma transação eletrônica de consumo, o fornecedor deve assumir a obrigação de agir de acordo com a boa-fé e probidade em relação a esses dados, sem desviá-los das finalidades para as quais foram captados. (SANTOLIM, 2005, p. 72).

2.2.3 Princípio da Vulnerabilidade

A vulnerabilidade é característica intrínseca às relações de consumo (GONZALEZ, 2009, p. 111). Esse princípio basilar está previsto no art. 4º do CDC como um dos norteadores da Política Nacional das Relações de Consumo. Constitui-se na presunção legal absoluta de que há uma situação de disparidade e fragilidade do consumidor em relação ao fornecedor. Esta não se confunde com a hipossuficiência, que, por sua vez, nem sempre está presente nas relações de consumo.

Ricardo Lorenzetti (2004, p. 46) afirma que a vulnerabilidade do consumidor no meio eletrônico é incrementada. Para este autor, o meio digital proporciona mais disparidades entre os sujeitos da relação. Estas disparidades são classificadas por três categorias: as disparidades econômicas, as de informação quanto ao objeto e as disparidades tecnológicas. (LORENZETTI, 2004, p. 363-365).

Ainda, Cláudia Lima Marques (2011, p. 323-324), distingue a vulnerabilidade do consumidor em técnica, jurídica, fática e informacional.

Entende-se por vulnerabilidade técnica a insuficiência de conhecimento especializado pelo consumidor acerca dos produtos e serviços que pretende contratar. Por sua vez, a vulnerabilidade jurídica revela-se quando o consumidor não tem a consciência dos seus direitos e deveres que decorrem da relação de consumo da qual participam. A vulnerabilidade fática ou socioeconômica abrange diversas situações concretas em que o consumidor será identificado como o sujeito mais sensível da relação, sendo a mais comum a vulnerabilidade econômica. Por fim vulnerabilidade informacional, decorre da deficiência de informações do consumidor frente ao fornecedor, que é especialista. (CANTO, 2013, p. 189-190).

No mercado eletrônico de consumo existe um importante desequilíbrio informacional e diante disso, observa-se a prática bastante corriqueira dos fornecedores em disponibilizar uma grande quantidade de formulários, políticas de privacidade, dentre outras extensas informações, que muitas vezes acabam sendo excessivas e desnecessárias, e, por vezes, manipuladas, desviando, assim a finalidade que deveria ser a ampla informação ao consumidor. (MODENESI, 2011, p. 89)

Todavia, há duas correntes a respeito da vulnerabilidade do consumidor no comércio

eletrônico. A primeira entende que a vulnerabilidade a que o consumidor está exposto no comércio eletrônico é igual ou menor do que a que se submetem os consumidores de relações tradicionais, pois não estão sujeitos à mesma carga de pressão e deturpação da informação por parte de vendedores. Assim entendem Fábio Ulhôa Coelho (2006) e Fernanda Gonzalez (2009, p. 118).

A segunda corrente, que será adotada neste estudo, entende que o consumidor está em situação de maior vulnerabilidade no comércio eletrônico, uma vez que no ambiente virtual o consumidor tem menos controle sobre as situações, pode não saber discernir o que é realidade e o que é fraude, além de ter que expor suas informações pessoais, reduzindo a privacidade (MARQUES, 2004, p. 71-72). Nesta linha, seguem Claudia Lima Marques (2004, p. 72), Ricardo Lorenzetti (2004, p. 363), Cesar Viterbo Santolim (2005, p. 77) e Pedro Modenesi (2011, p. 80).

Insta destacar que a maior parte da doutrina entende que os contratos celebrados via internet submetem o consumidor a maior vulnerabilidade que os contratos tradicionais, sobretudo no que diz respeito à informação de dados pessoais, clamando, portanto por maior proteção e intervenção estatal (LORENZETTI, 2004, p. 46).

Nesse sentido, confirma Rodrigo Canto (2013, p. 193):

A contratação por intermédio da Internet apresenta novos desafios para operadores do direito no que se refere ao agravamento da vulnerabilidade do consumidor, porquanto ela possibilita a fusão de técnicas de contradição em massa num único meio, a exemplo da união do contrato de adesão das condições gerais dos contratos, ao marketing agressivo, à catividade do cliente, e à internacionalização intrínseca de muitas relações à distância entre fornecedor e o consumidor.

Canto (2013, p 196) afirma, ainda que a vulnerabilidade transforma-se com o advento das novas tecnologias, gerando uma fragilidade do consumidor e incumbindo o direito a garantir o reequilíbrio contratual das relações jurídicas de consumo.

No mesmo sentido afirma Pedro Modenesi (2011, p. 80-84). Segundo o autor, no comércio eletrônico o consumidor coloca-se em uma posição mais fraca e vulnerável em relação ao fornecedor, que em regra é detentor de amplo conhecimento acerca dos métodos tecnológicos necessários à realização da transação. Afirma, ainda, o

autor:

O funcionamento de assinaturas e certificados digitais, o modo pelo qual dados e informações são transmitidos e armazenados nas redes, entre outros aspectos, são verdadeiros mistérios para a maioria dos consumidores que busca realizar seus hábitos de consumo por meio desse novo e complexo sistema de redes eletrônicas. Parece óbvio que o advento do comércio eletrônico um nível de complexidade às transações realizadas entre consumidores e fornecedores. O desequilíbrio informacional entre consumidor e fornecedor – que sempre foi considerado uma das principais falhas do mercado de consumo a justificar uma intervenção protetiva – tende, com a utilização das novas tecnologias, a agravar-se nas relações de consumo online.

Na formação de cadastros de consumidores, constata-se de claramente a vulnerabilidade dos consumidores que, potencialmente, tem seus dados pessoais, como documentos, endereços, dados bancários, e até gostos e preferências, muitas vezes compulsoriamente coletados e armazenados como requisito para a contratação. (PEZZI, 2007, p. 160).

O problema da vulnerabilidade do consumidor, especificamente no comércio eletrônico, demonstra que a autorregulamentação do mercado é insuficiente para garantir a proteção do consumidor (CANTO, 2013, p. 191) e que o comércio online suscita questões peculiares, exigindo, dessa forma, soluções igualmente específicas, que podem ser diferentes daquelas já existentes para a relação de consumo tradicional.

2.2.4 Princípio da Transparência e dever de informação

O Princípio da Transparência tem previsão no Art. 4, caput, do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo que o fornecedor tem obrigação em divulgar com clareza o conteúdo do contrato pactuado com o consumidor, oportunizando a este ter pleno conhecimento daquilo que está sendo convencionado (NUNES, 2012, p. 185).

Neste mesmo sentido, o dever de informação é apresentado pelo referido Diploma Legal como sendo direito básico do consumidor, conforme se infere do Art. 6º inciso II, desta forma, além do dever de informar ao mercado de consumo acerca das condições do produto ou serviço ofertado, o fornecedor tem a obrigação de apresentar as cláusulas estipuladas no contrato de adesão (NUNES, 2012, p. 185-186).

Sobre o tema, Claudia Lima Marques (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013, p. 245) define que:

A informação, no mercado de consumo, é oferecida em dois momentos principais. Há, em primeiro lugar, uma informação que precede (publicidade, por exemplo) ou acompanha (embalagem, por exemplo) o bem de consumo. Em segundo lugar, existe a informação passada no momento da formalização do ato de consumo, isto é, no instante da contratação.

Nesta senda, no que tange à fase pré-contratual, as cláusulas do contrato que regulam as relações de consumo devem ser redigidas de forma que facilitem a compreensão do consumidor, bem como, as que limitem o seu direito, devem ser redigidas em destaque, oportunizando o rápido e fácil conhecimento da parte mais fraca da relação, segundo Art. 54, §§ 3º e 4º e Art. 46, ambos do CDC (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013, p. 245).

Conforme descrito em tópico próprio, o consumidor é parte vulnerável na relação de consumo, sendo necessária a proteção da lei consumerista contra as práticas abusivas do mercado de consumo, haja vista que, independente do nível de escolaridade e do conhecimento sobre o produto a ele ofertado, o consumidor não tem condições de ter profundo conhecimento acerca de todas as cláusulas

contratuais apresentadas pelo fornecedor, por isso, é essencial que as informações contratuais sejam apresentadas de forma clara e fácil. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013, p. 248).

Ainda referente à fase pré-contratual, o CDC prevê no Art. 31, apresentando rol exemplificativo, os elementos que devem estar inseridos na oferta do produto ou serviço, devendo ser apresentados pelo fornecedor informações suficientes à concretização dos interesses do consumidor. (NUNES, 2012, p. 477).

No comércio eletrônico, da mesma forma, o fornecedor deve abordar com clareza as ofertas e condições gerais do contrato, ou por meio da oferta, ou no próprio documento contratual, necessário, inclusive, para atrair a confiança do consumidor ao contratar um serviço ou adquirir um produto no âmbito virtual. (MARQUES, 2004, p. 247 -255).

Desta forma, os princípios da transparência e informação têm a finalidade de evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, evitando que este assumira obrigações previstas no contrato que não possa suportar ou não deseje ou que adquira um produto sem conhecimento prévio de suas características. (MARQUES, 2004, p. 247).

2.2.5 Princípio da confiança

A confiança é o marco inicial de qualquer relação entre indivíduos, inclusive a relação contratual, tornando possível o contrato firmado através do meio eletrônico, (SALGARELLI, 2010, p.116-117) ou até como um diferencial competitivo no mercado eletrônico de consumo.

Claudia Lima Marques parte do pressuposto que o contrato de consumo serve para proporcionar ao consumidor uma maior segurança possível, remediando a desconfiança básica entre as pessoas. (MARQUES, 2006, p. 27).

Nesta esteira, o princípio da transparência é meio de construir a confiança do consumidor, notadamente na fase pré-contratual, que é dividido em três momentos diversos. O primeiro momento é a aproximação negocial, na qual o consumidor visita o domínio virtual de um fornecedor de serviço ou produto e é possibilitado a este a ter conhecimento de quais serão os próximos passos do negócio, sem ser pego de surpresa com práticas abusivas. O segundo momento, a transparência é essencial através da clareza nas informações, e formalidade informativa forte, oportunidade que o fornecedor tem de conquistar a confiança do consumidor, tendo em vista que, após o primeiro momento, este optou pela permanência no domínio virtual. O terceiro momento, fase decisiva na contratação, o consumidor deve receber todas as informações acessórias, tais quais, prazo de entrega, meios de contato com o fornecedor, bem como informações aptas a criar confiança da existência do fornecedor, como o endereço e registros do contratado. (MARQUES, 2004, p. 142-143).

Em síntese, Claudia Lima Marques (2004, p. 273) leciona que:

Em resumo, o meio eletrônico não pode ser um meio de “desinformação” e de simples “manipulação dos consumidores”, levados a uma contratação impensada por simples clicks, como animais em um brete, que para chegar ao texto contratual têm que entrar naquela contratação e depois dela se arrepender.

Logo, a confiança é construída por intermédio da informação e transparência, tanto na fase pré-contratual, no momento da oferta do produto ou serviço, quanto na fase

pós-contratual, na confiança que os direitos fundamentais do consumidor serão resguardados. (SALGARELLI, 2010, p. 124).

No que tange ao tema específico do presente trabalho, evidencia-se a necessidade de plena aplicação da confiança do consumidor na formação da relação de consumo, acreditando que, ao fornecer seus dados para contratar um serviço ou adquirir um produto através do comércio eletrônico, estes serão utilizados somente para fins especificados no ato da contratação.

Após elucidar questões elementares das relações de consumo, bem como os princípios aplicáveis cumpre-se caracterizar as relações de consumo estabelecidas através do comércio eletrônico, eis que serão estas objeto de estudo no presente trabalho monográfico.

2.2.6 Coibição e repressão eficientes a abusos

O legislador do CDC indicou a necessidade de que a aplicação da norma deve ter em vista a proteção eficiente do consumidor. Neste, sentido, o art. 4º VI do CDC prevê a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”. Igualmente, depreende-se tal princípio do art. 6º V do CDC, quando estabelece “à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. (MIRAGEM, 2013, p 132).

Deste modo, as normas do CDC demonstram uma preocupação evidente com a efetividade da tutela legal, o que se pode verificar, também nas normas relativas à responsabilidade por danos causados ao consumidor, estabelecendo o CDC que deverá ser solidária, objetiva, podendo, inclusive haver desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor, caso seja obstáculo à reparação. (MIRAGEM, 2013, p. 1330).

Observa-se, portanto, a finalidade precípua do legislador, ao visar à efetividade da tutela legal do CDC, buscando com isso a equidade nas relações de consumo.

(MIRAGEM, 2013, p. 133).

2.3 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE O COMÉRCIO ELETRÔNICO

As relações de consumo, embora sejam atemporais, caracterizam-se de acordo com o momento histórico em que são consolidadas. Acompanham a evolução da sociedade, sendo reinventadas, trazendo características diferentes, conforme o período em que acontecem. Pode-se perceber que as relações de consumo outrora marcadas pela pessoalidade, hoje são caracterizadas por ampla impessoalidade, trazendo novos objetos merecedores de tutela (GONZALEZ, 2009, p. 107).

A Internet, na atualidade, desponta como um revolucionário meio de comunicação, destacando-se como importante ferramenta para difusão do conhecimento e, ainda, um ambiente para lazer e diversão de alcance global, além de uma nova plataforma de transações comerciais (MODENESI, 2011, p. 66).

Faz-se necessário, portanto, contextualizar o momento atual, relacionando com um breve relato histórico sobre o surgimento da Internet como meio de comunicação e o desenvolvimento das relações de consumo através da evolução tecnológica.

2.3.1 Breve contexto histórico

Segundo Angelo Volpi Neto (2011, p. 25), a Internet é uma interligação de redes de computadores de alcance mundial, que têm em comum os mesmos padrões de transmissão de dados: os protocolos.

O surgimento da Internet remonta à década de sessenta, em tempos de Guerra Fria, quando o governo norte-americano criou uma rede de computadores de uso exclusivamente militar. (CORRÊA, 2002, p. 9). O projeto Arpanet (Advanced Research Projects Agency Network) visava à criação de um sistema de telecomunicação que evitasse que um possível ataque nuclear russo interrompesse a corrente de comando central dos Estados Unidos. (CAVALIERI FILHO, 2011, p.

281). Houve a criação de pequenas redes locais dispostas em locais estratégicos do país e interligadas por meio de redes de telecomunicação geográfica (WAN).

Mais adiante, ao fim da Guerra Fria, o uso da rede foi cedido a Universidades. (PAESANI, 2003, p. 25). A primeira conexão entre dois computadores aconteceu em 1969, na Universidade da Califórnia. Esse tipo de comunicação foi se propagando em ritmo acelerado e, ao final da década de 70, a rede havia crescido tanto que a sua tecnologia inicial (Protocolo NCP – Network Control Protocol) não era mais adequada, dando origem a um novo protocolo chamado TCP/IP (Transmission Control Protocol / Internet Protocol) que permitia o crescimento praticamente ilimitado da rede. (SALGARELLI, 2010, p. 51-52).

Ao final dos anos oitenta houve a definição do HTTP (Hyper Text Transfer Protocol) e a criação da linguagem HTML (Hyper Text Markup Language). Estes possibilitaram o surgimento da Web, www ou Wide World Web. Daí em diante acelerou-se ainda mais o processo de desenvolvimento da web, com conteúdos mais atraentes, incorporando sons e imagens, permitindo que os usuários conectados possam usufruir serviços de informação e comunicação de alcance mundial. (SALGARELLI, 2010, p. 52-53).

Com a propagação da Internet, o comércio tradicional começou a utilizar meios tecnológicos e logo a rede passou a se tornar uma rede mundial de consumo. Em 1980 houve um grande marco para o comércio eletrônico, que foi o cancelamento da proibição anteriormente imposta pela NSF (US National Science Foundation) às companhias de utilizar a Internet como meio comercial. Em 1994 criou-se a primeira floricultura a aceitar encomendas via Internet e a cadeia "Pizza Hut" começou a oferecer serviço de vendas on-line. (SALGARELLI, 2010, p. 58)

Quando introduzidas pela primeira vez, essas ferramentas foram consideradas revolucionárias. Essas tecnologias de comunicações e informações tornaram possível que empresas e consumidores fizessem inúmeras transações comerciais eletronicamente. Esse crescimento explosivo de informação, redes de comunicação e tecnologia criou um mundo digital sem fronteiras, no qual mercadorias e serviços podem ser trocados em qualquer parte do globo, quase instantaneamente. Quase todo computador no mundo já vem com acesso à Internet, o que explica o número de pessoas que utilizam a web e seu crescimento em velocidade tão astronômica. (SALGARELLI, 2010, p. 59).

Surgia o comércio eletrônico, um modo de contratação inovador, que trazia

novidades e vantagens tanto para consumidores quanto para fornecedores, possibilitando que ofertas, informações e produtos estejam disponíveis em qualquer parte do mundo, em tempo real e vinte e quatro horas por dia. (CANUT, 2011, p. 133). Para o Direito, emerge o dever de interpretar as normas já postas, buscando sua aplicação neste novo contexto.

Em que pese tratar-se de um novo método de contratação através da Internet, os contratos eletrônicos são espécie de venda à distância, o que já existia anteriormente no mercado, nas contratações via correspondência ou via telefone. (MULHOLLAND, 2006, p. 72).

2.3.2 Definição

São encontradas na doutrina diversas definições de comércio eletrônico. Conforme Newton de Lucca (2012, p. 117) de forma simplificada, entende-se comércio eletrônico como um conjunto das relações jurídicas celebradas no âmbito virtual, cujo objeto é a produção ou circulação de bens ou de serviços. Utiliza-se o meio eletrônico e documentos eletrônicos, com os quais a ciência jurídica ainda não está adaptada por completo.

Ricardo Lorenzetti (2004, p. 76) define o comércio eletrônico ou as relações jurídicas por meios eletrônicos como uma forma de compra e venda à distância, que se constitui na aquisição de bens e/ou serviços através de equipamentos eletrônicos de transmissão de dados, por meio dos quais são enviadas e recebidas informações.

No mesmo sentido, Cláudia Lima Marques (2004, p. 35-36) define comércio eletrônico:

[...] comércio clássico 'de atos negociais entre empresários e clientes para vender produtos e serviços, agora realizado através de contratações à distância, conduzidas por meios eletrônicos (e-mail, mensagem de texto etc.), por Internet (on-line) ou por meios de telecomunicação de massa (telefones fixos, televisão a cabo, telefones celulares, etc.). Tais negócios jurídicos finalizados por meio eletrônico são concluídos sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar, daí serem denominados, normalmente, contratos à distância no comércio eletrônico, e incluem trocas de dados digitais, textos, sons e imagens.

Em contrapartida, alguns entendem que somente as transações de bens que circulam pela rede (ou seja, produtos que podem ser transferidos de uma máquina para outra, como programas e sistemas de computador, livros digitais, músicas digitalizadas, dentre outros) caracterizam o comércio eletrônico. (VOLPI NETO, 2011, p. 29). Esta concepção não é majoritária e não será a adotada pelo presente estudo.

Pode-se conceituar comércio eletrônico de maneira estrita, como sendo uma das modalidades de contratação à distância para a aquisição de produtos e serviços através do meio eletrônico. De maneira ampla, define-se como um novo método de fazer negócios por meio de sistemas e redes eletrônicas. (MARQUES, 2004, p. 38).

Lato sensu, pois, o comércio eletrônico abrangeria qualquer forma de transação ou troca de informação comercial ou visando a negócios, aquelas baseadas na transmissão de dados sobre redes de comunicação, como a Internet, englobando todas as atividades negociais, juridicamente relevantes, prévias e posteriores à venda ou à contratação. (MARQUES, 2004, P. 38-39).

Nesse desiderato, é possível qualificar como comércio eletrônico lato sensu todas as atividades que tenham por fim os negócios jurídicos por meios eletrônicos, de bens físicos (materiais) ou digitais (imateriais). (MARQUES, 2004, p. 39)

Vale ressaltar, dessa forma, que são englobadas no comércio eletrônico, relações jurídicas de diversas naturezas. Pode haver a relação de Direito Público (negócios jurídicos entre comerciantes e o Estado ou entre consumidores e o Estado, conhecidos por siglas oriundas da língua inglesa B2G –business to government - e C2G - consumer to government - respectivamente) ou de Direito Privado. (FINKELSTEIN, 2011, p. 17).

Inseridas nas relações de Direito Privado, haverá aquelas que envolvem relações comerciais entre empresas visando à comercialização de produtos e prestação de serviços entre fabricantes, produtores, fornecedores e importadores sem a participação direta do destinatário final, que são chamadas de B2B - business to business. Esse tipo de relação não é disciplinado pelo Direito do Consumidor, pois compõe objeto do Direito Comercial, uma vez que, em geral, consistem em comércio de produtos e insumos entre empresas, realizados no âmbito virtual. (FINKELSTEIN, 2011, p. 17).

De outro lado, o B2C – business to consumer – é ditado pelas normas

consumeristas. Há uma relação jurídica entre fornecedor e consumidor, em que os fornecedores disponibilizam suas ofertas através do meio eletrônico e comercializam seus produtos ou serviços para o consumidor final. É o chamado varejo eletrônico, onde há claramente uma relação de consumo de acordo com os critérios estabelecidos pelo CDC. (FINKELSTEIN, 2011, p. 17).

Há, ainda, outras espécies de relação jurídica realizadas no âmbito eletrônico, porém não serão relevantes para o presente estudo. Este trabalho adotará a definição do comércio eletrônico em sentido amplo e, especificamente, será estudada a relação de consumo no âmbito do comércio eletrônico (B2C).

2.3.3 Peculiaridades do comércio eletrônico

A internet, a partir da década de 90, destaca-se como um novo espaço para a efetivação das relações de consumo. A pós-modernidade traz essa nova realidade contratual (MARQUES, 2011, p. 113). As características específicas da internet, como sua velocidade na troca de informações, sua efemeridade e praticidade que proporciona ao consumidor usuário, demandam dos fornecedores e empresários uma consideração mais cautelosa sobre as peculiaridades presentes no mercado eletrônico (MODENESI, 2011, p. 81)

Em princípio, uma particularidade marcante nos contratos de consumo formados por meios eletrônicos é o lapso temporal que, impreterivelmente ocorre entre a aceitação da oferta e a entrega da coisa, o que, nos contratos de consumo presenciais ocorre quase que simultaneamente. (SANTOLIM, 2004, p. 53).

Destaca-se que a modalidade eletrônica de contratação é caracterizada por muitas peculiaridades. Explica Claudia Lima Marques (2004, p. 63) que essa forma de contratação deflagra os fenômenos ou desafios de desconstrução, que modificam a dogmática contratual, gerando os “desafios de reconstrução”, no sentido de reinterpretar alguns elementos da relação jurídica, quando esta passa a ocorrer por meio eletrônico.

Os principais desafios são a “despersonalização” da relação jurídica; a “

desmaterialização ” do meio de contratação, do objeto; a “desterritorialização ” e atemporalidade na contratação eletrônica e, por fim, a desconfiança dos consumidores no comércio eletrônico (MARQUES, 2004, p. 63).

Quanto à desmaterialização ou imaterialidade do comércio eletrônico, vale esclarecer que o termo pode fazer alusão ao meio ou ao objeto da contratação. A imaterialidade evidencia-se no contrato eletrônico, uma vez que, sendo escrito, o consumidor enfrenta a dificuldade em acessar e armazenar o texto e as condições da contratação, além de frequentemente sequer existir um contrato escrito. (MELO, VASCONCELOS, p. 9). Há a imaterialidade também quanto ao objeto do contrato eletrônico, quando se tratar de bens intangíveis, como, por exemplo, o comércio de músicas, filmes, softwares e e-books. (MARQUES, 2004, p. 79-80).

No que tange à desterritorialização, no dizer de Ricardo Lorenzetti (2004, p. 29-31), tem-se que o “espaço virtual ” sequer é assemelhado ao espaço real, visto que não está fixo nem é localizável. É um espaço característico da pós modernidade, que gera incerteza quanto ao local físico onde se dá a relação de consumo, dificultando, dessa forma, a aplicação da lei.

No presente trabalho, destaca-se, sobretudo, o fenômeno da despersonalização da relação jurídica e as técnicas de repersonalização e sua possível ameaça aos direitos fundamentais do consumidor.

Claudia Lima Marques (2004, p. 64) ensina que há uma modificação na concepção dos sujeitos no comércio eletrônico, o que vem causando uma “crise de despersonalização extrema ” após a superada crise de massificação, ocorrida nos primórdios do estudo dos contratos de adesão.

O fornecedor, por exemplo, passa a ter uma série de intermediários, como portal, site, link, provedor, empresas de cartão de crédito, etc. Não há um endereço de sede nem tempo e utiliza-se da linguagem virtual para o marketing, negociação e contratação (MARQUES, 2004, p. 63).

O consumidor, por sua vez, é um sujeito também despersonalizado, que realiza a contratação diante de um aparelho eletrônico e cujas características individuais são, a princípio desconhecidas. Pode ser identificado por uma senha, assinatura

eletrônica, número de cartão de crédito ou por impressões biométricas. Trata-se da chamada “desumanização do contrato”, que retira a oportunidade do consumidor dialogar com o fornecedor sobre as suas necessidades, gerando uma “negociação silenciosa.” (MARQUES, 2004, p. 64-67).

Surge o desafio da repersonalização, ao entender que os sujeitos da relação são indivíduos declarantes de vontade. Assim, são desenvolvidas técnicas de identificação e representação das partes envolvidas no negócio jurídico eletrônico, como a criação de senhas e logins individuais, criptografias e chaves nas assinaturas eletrônicas, além das certificações de origem das mensagens, imagens e dados. Porém, dados como a capacidade do contratante são mais complexos de se aferir e serão consideradas através de presunções. (MARQUES, 2004, p. 101).

Um segundo tipo de instrumento para “repersonalização” do sujeito consumidor é desenvolvido através coleta de informações pessoais. Os fornecedores captam as informações, com a justificativa da necessidade de identificação dos consumidores e da personalização do serviço. A partir dessa coleta, nem sempre de forma transparente, fornecedores direcionam seus serviços e sua publicidade para determinados perfis de consumidores e é exatamente neste ponto que o cumprimento das regras tutelares do Direito do Consumidor começa a ser ameaçado. (MARQUES, 2004, p. 101-102).

Segundo Sophia Vial (2011, p. 299), o principal problema encontrado no comércio eletrônico é a falta de confiança dos consumidores, atrelada à ideia de boa-fé e de manutenção do equilíbrio e equidade contratual.

De acordo com Claudia Lima Marques (2004, p. 43-44):

As práticas comerciais no comércio eletrônico tem se revestido de uma grande originalidade, onde os paradigmas da conduta de boa-fé perante o contratante vulnerável nem sempre prevalecem. A segurança nas formas de pagamento e nos dados coletados também é inferior à do comércio tradicional.

Apesar de tantas peculiaridades, Claudia Lima Marques (2004, p. 58), afirma não restar dúvida que a prática comercial de realizar oferta de produtos e serviços através da Internet é considerada oferta de consumo e o contrato resultante, concluído por meio da aceitação da oferta à distância é um contrato de consumo e

será regido pelas normas de Direito do Consumidor. Todavia, embora tenha alcançado um destaque econômico tão significativo, com clara tendência de se intensificar, o comércio via internet ainda suscita muitos desafios e questionamentos, principalmente no que diz respeito à proteção do ciberconsumidor. (MODENESI, 2011, p. 64).

Diante de tais características inerentes ao comércio eletrônico e, considerando as práticas cada vez mais recorrentes de captação e tratamento de dados pessoais, surge como desafio ao operador do direito, garantir a efetividade de direitos fundamentais do consumidor, sobretudo no que tange à privacidade e intimidade em meio ao fenômeno informático.

É notório o fato de que o comércio eletrônico traz inúmeras vantagens para o consumidor. Dentre estas vantagens, pode-se destacar a comodidade de realizar transações de consumo sem a necessidade de deslocamento ao estabelecimento comercial, proporcionando uma vasta gama de opções, além da possibilidade de uma rápida pesquisa de preços, permitindo ao consumidor escolher com qual fornecedor pretende contratar. Ademais, uma contratação por meio eletrônico exigirá menos tempo para a realização. (LUCCA, 2012, p. 119).

Entretanto mercado eletrônico de consumo, como uma forma peculiar de contratar, traz consigo também diferentes falhas de mercado, que colocam em risco os direitos do consumidor, podendo se identificar uma abundância de condutas abusivas e desleais às quais podem estar submetidos os consumidores. (MODENESI, 2011, p. 84).

Segundo Modenesi (2011, p. 84), as principais falhas de mercado encontradas no comércio eletrônico - entre elas a insegurança em relação aos dados do consumidor - são as seguintes:

A não entrega ou entrega em endereço errado, as taxas não especificadas de correio ou de recebimento, o retardo na entrega, a falta de sanção pelo retardo na entrega, a falta de garantia pelo produto, a impossibilidade de executar o direito de arrependimento (produto aberto, software já enviado, endereço incongruente ou incompleto, a lei aplicável, a jurisdição competente, por vezes até uma cláusula arbitral compulsória, a venda casada, a recusa de venda, a falha na segurança com os dados do consumidor, dados privados e dados sensíveis, como o seu número de cartão de crédito, a falha na cobrança do cartão de crédito (cobrança a mais, cobrança antes da entrega, etc), as diferenças entre as fotografias do site e

os produtos recebidos, a compra involuntária ao apertar o ícone, o erro não sanável na contratação, etc.

Tais problemas não são exclusivos do mercado eletrônico brasileiro, pois, como o fenômeno do ciberconsumo ocorre em nível internacional, há uma grande semelhança nas repercussões, características e condições enfrentadas pelos consumidores, partilhada de maneira universal. (MODENESI, 2011, P. 84).

2.4 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Atualmente, um dos principais desafios com relação ao comércio eletrônico diz respeito à definição de como legislar sobre o tema e ao estabelecimento de um nível adequado de efetividade às normas específicas produzidas para regular as relações por meio da Internet, além da interpretação adequada dessas normas. (MIRAGEM, 2013, p. 292).

Diante da ubiquidade da Internet (característica de estar igualmente disponível em qualquer lugar) há o fenômeno da desterritorialização, que emerge como um grande obstáculo para a aplicação do Direito. Antes do advento do comércio via Internet, apesar de certo grau de globalização, não havia dúvidas quanto à aplicação da lei consumerista às relações firmadas no território de determinado Estado. Na atualidade, cria-se um impasse quanto à legislação aplicável, diante da extensa globalização inerente ao comércio eletrônico e da possibilidade de contratos internacionais. (VIAL, 2011, p. 301).

Em consequência desse fenômeno, discute-se a necessidade de uma possível convenção internacional com o intuito de regular questões pertinentes ao comércio eletrônico. (LUCCA, 2012, p. 118). Ademais, há dificuldade em se estabelecer o momento da formação do contrato e, portanto, o de aplicação da lei. (VIAL, 2011, p. 296).

No que tange ao comércio eletrônico no âmbito nacional, salienta-se que parte da doutrina defende a posição de que as normas de Direito do Consumidor já postas no ordenamento são suficientes para regular as relações de consumo estabelecidas através do meio eletrônico.

De outro lado, há a defesa, por autores como Claudia Lima Marques (2004, p 289), Pedro Modenesi (2011, p. 83) e Cesar Santolim (2005, p. 55) de que as particularidades do comércio online exigem normas com soluções igualmente particulares, que devem ser diferentes das existentes para as relações de consumo tradicionais.

Todavia, César Santolim (2005, p. 54) afirma que não há necessidade de que todas as normas sejam refeitas, vez que é possível uma complementaridade entre as existentes e as que devem ser desenvolvidas especificamente para o comércio eletrônico.

Assim, conforme afirma Rodrigo do Canto (2013, p. 198-199):

Apesar das soluções satisfatórias do CDC questões relativas à formação do contrato eletrônico, ao seu reconhecimento como contrato à distância, à garantia do direito de arrependimento do art. 49 do CDC, à tutela da confiança do consumidor pelo princípio da boa-fé objetiva, confiança e dos deveres anexos de lealdade, informação, transparência, esclarecimento, veracidade, honestidade e probidade, a ciência do direito ainda é conduzida a indagar sobre a necessidade de produção de novas regras.

Embora não haja regulamentação específica sobre diversos aspectos concernentes ao comércio eletrônico no ordenamento jurídico pátrio, como exemplo questões relativas à privacidade de dados pessoais dos consumidores, entende-se que o Código de Defesa do Consumidor, e os princípios inerentes ao Direito Consumerista, em diálogo com o Código Civil, são capazes de regular a proteção do consumidor também nos contratos eletrônicos, uma vez que estes são também contratos típicos.

De todo modo, a proteção aos Direitos do Consumidor foi constitucionalmente tutelada e positivada pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º XXXII, que inclui a defesa do consumidor no rol dos direitos e garantias fundamentais, tendo sempre como finalidade primordial a dignidade da pessoa humana. Como tal, a proteção aos direitos do consumidor não comporta qualquer mitigação (MIRAGEM, 2013, p. 48-49), devendo ser aplicada aos contratos de consumo celebrados no âmbito eletrônico.

Ademais, o decreto 7.962, recentemente editado em Março de 2013 veio para regulamentar o CDC para sua aplicação ao comércio eletrônico sobre os seguintes aspectos, conforme art. 1º do decreto:

Este decreto regulamenta a Lei n º8.078, de 11 de Setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos:

- I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor;
- II - atendimento facilitado ao consumidor; e
- III - respeito ao direito de arrependimento.

Portanto, conforme este decreto, não resta dúvida quanto à aplicação do CDC às relações de comércio eletrônico de consumo, inclusive destacando a efetividade do direito de arrependimento, que está previsto no art. 49 do CDC para as contratações realizadas à distância.

Todavia, ainda existem algumas lacunas no microsistema relativas ao direito do espaço virtual (que, quando da promulgação do CDC, em 1990, sequer se imaginava, mas hoje é uma realidade consolidada no mercado de consumo). Entende-se, pois, que quanto maior for a previsão legal específica dos fenômenos que ocorrem com esse tipo de contratação, mais ampla e efetiva será a proteção do consumidor vulnerável. (AZEVEDO; KLEE, 2013, p. 224-226).

Portanto, justifica-se a importância de atualização do CDC e da criação de leis esparsas no sentido de gerar uma regulação casuística a fim de garantir equilíbrio e justiça nas relações de consumo. (AZEVEDO; KLEE, 2013, p. 225-227).

Atualmente encontra-se em tramitação o projeto de lei do Senado n º281/2012, que visa a atualizar a lei consumerista no que tange ao comércio eletrônico. O projeto adota entre os seus objetivos o reforço da dimensão da confiança, efetividade e segurança jurídica do CDC (SANTOLIM, 2012, p. 74), uma vez que este, criado em 1990, ainda não aborda de forma específica as relações de consumo estabelecidas por meios eletrônicos, o é uma realidade da economia na sociedade atual. (AZEVEDO; KLEE, 2013, p. 251). O presente trabalho destacará, em capítulo seguinte, os principais dispositivos propostos no projeto 281/2012 para a proteção da privacidade no âmbito do comércio eletrônico.

Cesar Viterbo Santolim (2005, p. 55-57) afirma que a existência de novas demandas sociais, resultantes da utilização cada vez mais intensa da tecnologia da informação, leva à necessidade de novas soluções jurídicas, seja pela modificação de leis já existentes ou pela criação de leis específicas para dirimir eventuais conflitos na

sarea do comércio eletrônico.

Entretanto, o autor pondera que devem-se considerar a velocidade e efemeridade dos efeitos da tecnologia sobre o Direito, somados à impossibilidade de se produzirem leis específicas o suficiente para tratar minuciosamente cada assunto. Desse modo, evidencia-se a importância dos princípios aplicáveis ao microsistema de proteção do consumidor para verificar a sua adequação e aplicação sobre a relação de consumo no âmbito eletrônico, buscando garantir a segurança jurídica e a equidade contratual. (SANTOLIM, 2005, p. 55-57).

2.5 OS CONTRATOS POR MEIOS ELETRÔNICOS

Para Sérgio Cavalieri Filho (2011, p. 280), o termo contrato eletrônico não designa uma espécie de contrato em si. Refere-se a contratos comuns, como a compra e venda, a prestação de serviços, a locação de coisas, dentre outros, porém com a peculiaridade quanto ao meio utilizado para celebração.

Conforme Maria Eugênia Finkelstein (2011, p. 175):

O contrato eletrônico é o negócio jurídico bilateral que resulta do encontro de duas declarações de vontade e é celebrado por meio da transmissão eletrônica de dados. Ele geralmente é formado pela aceitação de uma oferta pública disponibilizada na Internet ou de uma proposta enviada a destinatário certo, via correio eletrônico, contendo, no mínimo a descrição do bem e/ou produto ofertado, preço e condições de pagamento.

No mesmo sentido, demonstra Pedro Modenesi (2011, p.71) que contrato eletrônico, embora não seja ainda bem definido e regulamentado pelas normas jurídicas pátrias, é definido pela doutrina como o “acordo de vontades que utiliza o meio digital para a sua celebração ou execução”. Esse tipo de contratação, apesar de apresentar peculiaridades em relação à categoria contratual convencional, sobretudo no tocante ao meio pelo qual é formalizado, não representa uma nova tipificação jurídica, mas tão somente uma nova forma de realização e de efetivação dos contratos. Portanto, não se afastam dos contratos eletrônicos os regramentos já estabelecidos e consolidados para as espécies contratuais, como a da compra e venda e do fornecimento de bens e serviços em geral.

Dessa forma, são mantidas as características essenciais do contrato, devendo ser negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam. (VIAL, 2011, p. 281).

A aceitação da proposta acontece, comumente, por envio de mensagem eletrônica ao ofertante ou através de preenchimento de formulários eletrônicos padrão, disponibilizados em um sítio da Internet, ou por meio de um mero click na tecla “aceitar”. Esta aceitação torna perfeita a contratação, obrigando as partes nos termos estipulados na oferta. Destaca-se que, sobretudo quando têm sua origem em ofertas públicas disponibilizadas na Internet, são caracterizados como contratos de adesão, tendo em vista que não possibilitam a negociação dos termos pelos consumidores contratantes. (VIAL, 2011, p. 289)

Ao ser caracterizado como um contrato tradicional, será regido, portanto, pelas normas jurídicas já existentes. Pela falta de previsão legal específica, as condições de validade a serem aplicadas no contrato eletrônico são as mesmas estabelecidas para os contratos tradicionais (FINKELSTEIN, 2011, p. 181)

Contudo, por ser um meio diferenciado, o contrato realizado por meios eletrônicos suscita inúmeras discussões, como a lei aplicável, a validade das contratações.

Claudia Lima Marques (2011, p. 113) afirma que dentre as técnicas de contratação de massa na sociedade atual (pós-moderna), a contratação à distância através do contrato eletrônico de consumo merece grande destaque. Segundo a autora, esse meio de contratação introduz dois novos elementos aos contratos de adesão: o espaço, que é expandido à medida em que o comércio eletrônico ultrapassa os limites físicos de um Estado, gerando uma banalização da internacionalidade; e a virtualidade, que caracteriza o próprio contrato como algo imaterial

A autora destaca, ainda, como “novo e específico” do contrato eletrônico o meio em que ocorrerá a negociação e a contratação (que é o meio virtual) e as modificações dos conceitos de tempo real e de território, dando lugar ao tempo virtual e a “desterritorialização”. (MARQUES, 2011, p. 116)

Ademais, há uma peculiaridade marcante nos contratos de consumo formados por meios eletrônicos que é o lapso temporal que, impreterivelmente ocorre entre a

aceitação da oferta e a entrega da coisa, o que, nos contratos de consumo presenciais ocorre quase que simultaneamente. (SANTOLIM, 2004, p. 53).

Dentre os problemas mais comuns encontrados nos contratos de venda on-line, estão, além das práticas comerciais abusivas, previstas no CDC, outros relacionados à entrega do produto, falta de informação adequada ao consumidor e a falha na segurança com os dados privados do consumidor. (MARQUES, 2011, p. 118).

2.6 PRÁTICAS ABUSIVAS NO ÂMBITO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O Código de Defesa do Consumidor estabelece no seu Art. 6º IV, que é direito básico do consumidor a proteção contra práticas e cláusulas abusivas. (NUNES, 2012, p. 187).

Rizzato Nunes (2012, p.188) define o abuso do direito “como o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem.” Nesta senda, a prática abusiva consiste na prática irregular do direito. Por tal motivo, anteriormente a expressão “abuso do direito” era considerado sinônimo de antídireito ou ato ilícito, porém, na prática restou caracterizado que, muitas vezes, não havia ato ilícito, e sim, o próprio exercício do direito poderia caracterizar o abuso, com previsão, inclusive, no Art. 187 do Código Civil de 2002, que expressamente prevê que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.” (NUNES, 2012, p. 187).

A prática abusiva pode ocorrer tanto na fase pré-contratual (Art. 39, I, II e III e Art. 40, ambos do CDC), contratual (Art. 39, XII e Art. 51, ambos do CDC), ou pós-contratual (Art. 39, VII, do CDC), sendo que, as práticas abusivas previstas na lei consumerista, notadamente no seu Art. 39, tem o rol meramente exemplificativo. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013, p. 277-278).

O Art. 45 do CDC previa que o fornecedor que cometesse abuso, além de reparar o consumidor pelos danos morais e materiais eventualmente causados, poderia, ainda, sofrer sanção civil, porém tal artigo foi vetado, havendo apenas sanções

administrativas e penais. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013, p. 278).

No tocante à formação de cadastro dos consumidores, com a coleta, armazenamento, sobretudo quando há compartilhamento indevido e divulgação dos dados pessoais, tal fato pode ser caracterizado abuso do direito, podendo o infrator ser condenado a pena de detenção de seis meses a um ano ou multa, nos termos do Art. 72 do CDC, e podendo sofrer ainda sanções administrativas, nos termos do Art. 56 do mesmo Diploma Legal.

Além das sanções administrativas e penais, o ofensor deve ainda reparar os danos morais e materiais causados ao consumidor, com previsão no Art. 5º, V da Constituição Federal e Art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor.

3 O DIREITO A PRIVACIDADE E SUA EVOLUÇÃO PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A ideia de proteção à intimidade e à vida privada é fruto da modernidade ocidental. (MARTINS, 2002, p. 338). A noção de privacidade, conforme explica Danilo Doneda (2006, p. 8) passou a ganhar notoriedade jurídica ao final do século XIX, período em que a percepção a respeito da pessoa humana estava passando por importante transformação.

No Brasil, o direito à privacidade veio a ganhar destaque somente a partir de 1988, quando foi contemplado no âmbito da proteção aos direitos fundamentais. Ao contrário das constituições brasileiras anteriores, a Constituição Federal de 1988 previu em seu texto a proteção à privacidade, que é trazida em sentido amplo para acolher todas as manifestações da esfera privada e íntima da personalidade humana. (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 683).

Esse direito está contido no art. 5^º X da Constituição de 1988, no rol dos direitos fundamentais, que dita o seguinte:

Art. 5^º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.

Deste modo, a privacidade, segundo Dirley da Cunha Júnior, (2010, p. 683-684) consiste na:

[...] faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida particular e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre privacidade e intimidade de cada um, e também proibir que sejam divulgadas informações sobre esta área de manifestação existencial do ser humano.

É necessário esclarecer, a priori, que não há consenso quanto à nomenclatura utilizada no que concerne ao direito à privacidade. Encontra-se na doutrina brasileira, além de "privacidade", termos como "vida privada", "intimidade", "segredo", "sigilo", "privatividade", dentre outros menos utilizados. Porém, tal falta não ocorre

exclusivamente no Brasil. (DONEDA, 2006, p. 101). Explica-se essa pluralidade pela própria essência do direito de que se trata, posto que a privacidade engloba diversas esferas de interesses individuais. (MENDES, 2008, p. 19).

Paulo José da Costa Jr. (2007, p. 17) critica o termo "privacidade", justificando a origem deste na língua inglesa e defende o uso de "privatividade", que derivaria da palavra "privativo" (de raiz latina, derivado do verbo *privare*). No entanto, Danilo Doneda (2006, p. 112) opta pela nomenclatura "privacidade", por entender ser esta a mais adequada a unificar os valores, exprimindo tanto os contidos no termo "intimidade" quanto em "vida privada".

Sobre o tema, Ana Paula Pezzi (2007, p. 31) afirma o seguinte:

O uso do termo privacidade é, atualmente, o mais corrente na doutrina que desperta para a questão da tutela desse direito que constantemente se vê atingido em suas mais variadas esferas, posto que trata da essência da pessoa humana enquanto sujeito de direitos.

Ao analisar o dispositivo da Constituição de 1988 (Art. 5º inciso X), nota-se que além da previsão do direito à honra e à imagem, há o emprego de duas expressões distintas relacionadas à privacidade do indivíduo, o que leva a concluir que existe diferenciação entre a intimidade e a vida privada. (PEZZI, 2007, p. 29). Esse é, pois, o entendimento majoritário na doutrina, não obstante haja entendimento como o de Milton Fernandes (apud PEZZI, 2007, p. 29) no sentido de considerar os termos como sinônimos.

De fato, entende-se que, embora intimidade e vida privada tenham conceitos abstratamente diversos, e cada um faça menção a determinadas amplitudes da proteção à privacidade, essa distinção não chega a operar efeitos jurídicos, afinal ambos fazem parte do mesmo âmbito de proteção. (MENDES, 2008, p. 20). É imprescindível observar de maneira teleológica a aplicação do direito fundamental em questão. (DONEDA, 2006, p. 110).

Nesse sentido, de acordo com Danilo Doneda, (2006, p. 26-27) é necessário observar a função do direito à privacidade, reconhecendo a complexidade dos interesses a este relacionados.

Historicamente, pode-se tomar como referência e marco doutrinário da tutela jurídica à privacidade, o artigo pioneiro dos advogados americanos Samuel Warren e Louis

Brandeis (1890), intitulado "The Right to Privacy" (DONEDA, 2006, p. 8). Nesta obra os autores constataam que fotografias, jornais e novas tecnologias da época estavam invadindo os domínios da vida privada dos indivíduos. (MENDES, 2008, p. 14).

Baseados em análise de precedentes, os autores defenderam a necessidade de reconhecimento do direito à privacidade (right to privacy), sendo considerado como o "direito de o indivíduo estar só com seus pensamentos, emoções e sentimentos". A obra trouxe grande contribuição à doutrina da privacidade, uma vez que inovou ao diferenciar o direito à privacidade do direito à honra, destacando que, enquanto este protege o indivíduo quanto à divulgação de fatos maliciosos ou inverídicos que maculam a reputação do indivíduo, aquele protege o seu titular considerando mesmo os dados verdadeiros e o impacto da divulgação à personalidade do indivíduo. (VIEIRA, 2007, p. 33).

O artigo já fazia a diferenciação entre o direito à privacidade (right to privacy) e o "direito de ser deixado só" (right to be let alone), que nos tempos atuais correspondem à vida privada e à intimidade, respectivamente. (GONÇALVES; BERTOTI; MUNIZ, 2013, p. 55). Neste estudo, concluíram os autores que o direito à privacidade não seria absoluto, uma vez que, quando o próprio indivíduo ou a lei permitisse, este direito poderia ser mitigado. (VIEIRA, 2007, p. 33).

Porém, nota-se que, a princípio, o direito à privacidade era tido como uma concepção individualista e até de cunho patrimonial. Com a evolução, a doutrina foi estabelecendo os contornos desse direito sob o aspecto fundamental e o considerando como parte do desenvolvimento da personalidade humana. (DONEDA, 2006, p. 8-9).

O direito à privacidade destacou-se no âmbito internacional, ao ser reconhecido na Declaração Universal de Direitos do Homem, em 1948, ao final da Segunda Guerra Mundial. Após ser contemplado na Convenção Europeia de Direitos do Homem em 1950, passou a ocupar a pauta de diversas conferências internacionais e a ser recepcionado pelos ordenamentos jurídicos de diversos países, principalmente europeus. (PEZZI, 2007, p. 25).

A partir do tratamento informatizado de dados, surgem novos desafios ao

ordenamento jurídico. Além de adquirir caráter positivo e ser reconhecido no âmbito internacional, o direito à privacidade transformou-se para fazer emergir a dimensão de proteção de dados pessoais. (DONEDA, 2006, p. 27).

Danilo Doneda destaca, ainda, que em primeiro momento a privacidade é destinada a evitar, de forma individualista, intromissões exteriores na esfera privada. Em segundo momento, vem a defender os dados pessoais em suas várias modalidades, porém, mantendo os pressupostos ontológicos da privacidade, no sentido de possibilitar a efetiva tutela da dignidade e dos interesses fundamentais da pessoa humana. (DONEDA, 2006, p. 26-27).

Neste sentido, Laura Schertel Mendes (2011, p. 50). afirma que primeira geração de normas a fim de proteger a privacidade surgiu como reação ao processamento eletrônico de dados por entes governamentais e privados e a evolução das legislações sobre o tema convergiram para a consolidação de um conceito de privacidade ligado à proteção de dados pessoais.

Na evolução do conceito de privacidade, tem-se como referência uma decisão do Tribunal Constitucional alemão ao julgar a Lei de Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho ; no ano de 1982. Nesse julgamento o tribunal decidiu pela inconstitucionalidade parcial da referida lei ao invocar a existência de um direito à "autodeterminação informativa ; com base na proteção á dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade, segundo o qual o indivíduo tem o poder para determinar o fluxo de suas informações na sociedade. (MENDES, 2011, p. 51).

A formulação desse direito à autodeterminação da informação criou um marco para teoria da proteção de dados pessoais, ao reconhecer um direito subjetivo fundamental e conferir ao indivíduo a capacidade de conduzir o processo de tratamento de seus dados, desde a coleta ao armazenamento e transmissão dessas informações. (MENDES, 2011, p. 51)

É necessário esclarecer que dados pessoais são informações das pessoas físicas e que permitem sua identificação. No tratamento tecnológico, são formados cadastros que armazenam alguns dados que possuem conteúdo especial: os denominados dados sensíveis. Tais dados podem conter informações referentes a questões como

ideologia, crença, saúde, opção sexual, origens, preferências, dentre outras informações inerentes à esfera privada do sujeito. (LIMBERGER, 2008, p. 233).

A necessidade de proteção a esses dados sensíveis revela-se diante da proteção ao princípio da isonomia. A tutela dos dados pessoais, seja no momento da captação, seja quanto à segurança do armazenamento, deve ser resguardada, evitando que estes sejam utilizados com desvio de finalidade, o que poderia ocasionar situações prejudiciais e discriminatórias ao indivíduo. (LIMBERGER, 2008, p. 234).

A informação é objeto da privacidade, destacando sua participação na construção da esfera privada pessoal, que está diretamente ligado ao livre desenvolvimento da personalidade e tem o fulcro sempre na dignidade da pessoa humana. (PEZZI, 2007, p. 60).

A proteção de dados de caráter pessoal é, portanto, um dos elementos que compõem o conteúdo do direito fundamental à privacidade. Esta é, exatamente, a conotação atual que se dá ao direito à privacidade, no sentido de proteger a privacidade, sobretudo (mas não somente) através da proteção de dados pessoais. (DONEDA, 2006, p. 30).

Percebe-se que a formação de cadastros, que têm cada vez mais capacidade de armazenar grande quantidade de dados pessoais de consumidores, avançam os limites do direito à privacidade colocando em risco a dignidade da pessoa humana em prol das estratégias de mercado (PEZZI, 2007, p. 10).

3.1 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

Embora parte da doutrina não faça distinção entre o direito à privacidade, à intimidade e à vida privada, tratando como um conjunto que compõe o direito à privacidade, a maior parcela interpreta como direitos distintos e específicos. (PEZZI, 2007, p. 71). A Constituição Federal faz essa distinção e trata a intimidade com direito subjetivo autônomo, separando-o dos demais direitos da personalidade. (CUNHA JUNIOR, 2010, p. 684).

Constata-se que o direito à privacidade consiste na faculdade que cada pessoa possui de obstar intromissão de estranhos em sua intimidade e vida privada, assim

como a de controlar as próprias informações, evitando acesso e divulgação. Observa-se, todavia, que o direito à privacidade possui dois componentes distintos: a vida privada e a intimidade. (VIEIRA, 2007, p. 28).

A vida privada, em sentido estrito, relaciona-se com os eventos e informações ligados à privacidade que o indivíduo mantém com pessoas mais próximas. (VIEIRA, 2007, p.28). Trata-se da vida pessoal e familiar do indivíduo e suas escolhas, que compartilha com as pessoas mais próximas, com quem estabelece uma relação de confiança. (GONÇALVES; BERTOTI; MUNIZ, 2013, p. 55).

De outro lado, a intimidade é entendida como os pensamentos do indivíduo, suas ideias e emoções. (VIEIRA, 2007, p. 28). Refere-se ao direito que o indivíduo possui de guardar apenas para si determinadas informações e convicções, tais como confidências e informações pessoais mais íntimas. (GONÇALVES; BERTOTI; MUNIZ, 2013, p. 55).

O termo privacidade, lato sensu, por sua vez, representa a ideia abrangente que se trata da proteção do indivíduo na sua esfera privada. Pode ser entendida, portanto, como gênero, do qual intimidade e vida privada são espécies. (MENDES, 2008, p. 20).

Tal distinção tem por base a Teoria das Esferas (Sphärentheorie), criada na doutrina alemã, por Heinrich Hubmann (apud PEZZI, 2007, p. 58), que divide a privacidade em esferas, chamadas de círculos concêntricos, que representam os diferentes graus de manifestação da privacidade traduzidos em: Esfera privada (privatsphäre), que é a de maior amplitude e seria a exclusão do conhecimento de terceiros sobre aspectos específicos da vida da pessoa; esfera da intimidade (vertrauenssphäre), que é a faculdade de o indivíduo levar a conhecimento apenas de pessoas de sua confiança elementos da sua intimidade; a esfera do segredo (geheimsphäre), que seria o mais restrito, estaria no núcleo da esfera privada, compreendendo os assuntos que o indivíduo reserva para si, optando por não compartilhar com terceiros. (PEZZI, 2007, p. 58). Em torno da esfera privada estaria a esfera pessoal que abrange a vida pública (Öffentlichkeitsbereich). (DONEDA, 2006, p. 108).

Danilo Doneda critica a utilização de tal teoria, alegando que não há objetivo em

estudar uma “conceitualística que intensifique as conotações e diferenças semânticas dos dois termos.” Segundo o autor, no que tange à aplicação na proteção de dados pessoais a teoria foi abandonada até mesmo pela própria doutrina alemã que a criou. Ademais, argumenta que os vocábulos são carregados de alto grau de subjetividade e o esforço em limitar os conceitos desviaria o foco do problema, que é a efetiva proteção do indivíduo. (DONEDA, 2006, p. 110).

Ainda, segundo Fulgêncio Madrid Conessa (apud VIEIRA, 2007, p. 31), as informações pessoais devem ser protegidas com a mesma intensidade, independente da esfera em que se situem, pois, embora isoladamente possam parecer inofensivas à violação da esfera privada, todas compõem, em conjunto, a personalidade do indivíduo.

Apesar da existência de críticas sobre a distinção entre vida privada e intimidade, por serem operacionalmente utilizados para designar o mesmo recorte jurídico (DONEDA, 2006, p. 111), é importante evidenciar a diferença entre esses componentes da privacidade, tendo em vista, não só a disposição constitucional (MARTINS, 2002, p. 343), como também, a aplicação prática para caracterização do dano e eventual indenização em decorrência da violação desses direitos. (VIEIRA, 2007, p. 32). Segundo Tatiana Vieira (2007, p. 32), quanto mais estrita for a esfera atingida, maiores serão os danos à privacidade, exigindo, portanto, maior rigor na punição, por parte do Estado.

Para o presente trabalho, será utilizado o termo privacidade de maneira genérica, partindo do pressuposto que este é o termo mais abrangente para designar esfera privada do indivíduo, compreendendo o direito à intimidade à vida privada. No que diz respeito à sua tutela, será estudado o direito à privacidade lato sensu, sem fazer distinções quanto aos seus componentes.

3.2 A PRIVACIDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Em primeira análise, verifica-se que o direito à privacidade pode ser considerado no ordenamento jurídico pátrio, um direito fundamental sob o ponto de vista formal, vez

que o constituinte optou por inseri-lo, juntamente com outros direitos inerentes à personalidade (honra e imagem) no rol dos direitos humanos que foram reconhecidos pela ordem constitucional brasileira. Vale dizer que esse sob a forma da garantia de inviolabilidade da intimidade e vida privada.

Do mesmo modo, pode-se verificar a materialidade (ou fundamentalidade substancial) do direito à privacidade, tendo em vista que esse direito consiste em uma das posições jurídicas essenciais que tendem a explicitar e concretizar a dignidade da pessoa humana. Segundo Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 540), esse é o critério basilar (porém, não exclusivo) para caracterizar a materialidade dos direitos fundamentais, em razão do conteúdo de importância para a preservação da dignidade da pessoa humana.

No dizer de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 77):

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Tomando como base a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, os direitos fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro foram positivados, em sua maioria, em linguagem aberta e indeterminada. Assumem, portanto, uma forma principiológica, com alto grau de generalidade, apesar da existência também de normas caracterizadas como regras. (VIEIRA, 2007, p. 63).

Os direitos fundamentais, conforme doutrina de José Gomes Canotilho (1993, p. 541), têm por objetivo a defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: como normas de competência negativa, em um plano jurídico-objetivo, impõe ao poder público a proibição de interferência na esfera jurídica individual. Em um plano jurídico-subjetivo o poder de exercer positivamente esses direitos e exigir a atuação do Estado no sentido de defendê-los.

A respeito disso, referindo-se ao direito à privacidade, como espécie de direito da personalidade, Laura Schertel Mendes (2008, p. 120) assevera o seguinte:

O direito à privacidade, como uma espécie de direito da personalidade,

constitui um direito tanto de caráter negativo (direito de defesa), como de caráter positivo (direito à prestação). Negativo por delimitar uma esfera de proteção que não pode sofrer intervenção do poder estatal ou privado, exigindo abstenção do Estado nesse âmbito. Positivo por ensejar também a obrigatoriedade de uma ação do Estado para garantir tal proteção. Assim, por exemplo, exige-se a intervenção estatal ao determinar a obrigatoriedade de prestar informações pelos órgãos que realizam o tratamento de dados pessoais.

Neste sentido, Têmis Limberger (2008, p 225), afirma que “a relação entre o direito à intimidade e a informática apresenta um duplo aspecto: o positivo e o negativo”. A autora explica que o aspecto positivo se configura no que diz respeito ao resguardo geral de dados, em particular os dados sensíveis e, ainda, pelo direito à informação, ao acesso e à retificação. Já o aspecto negativo está relacionado com o direito ao esquecimento, ressaltando a importância da lei estabelecer um prazo para a guarda desses dados.

Insta ressaltar que, conforme teoria defendida por Daniel Sarmiento (2006, p. 235), a Constituição e os direitos fundamentais que ela consagra vinculam não somente as relações entre indivíduos e o Estado. Todos devem ajustar seus comportamentos aos ditames da Constituição, que é a “Lei Maior”. Segundo o autor, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira, vem defendendo a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A adoção de tal teoria é legitimada pela adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, tido como núcleo da ordem jurídica, capaz de legitimar e modelar, inclusive, o direito positivado. Vale dizer, segundo o autor as potencialidades interpretativas do texto constitucional devem ser esgotadas o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível. Dessa forma, defende o autor que o respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição, para que tenham eficácia nas relações particulares, não está condicionado à sua positivação pelo legislador infraconstitucional. (SARMENTO, 2006, p. 245).

Constata-se que, diante de constante ameaça ao direito fundamental à privacidade, proporcionada pelos avanços tecnológicos da pós-modernidade, como o comércio eletrônico, torna-se necessário alargar o âmbito de proteção desses direitos, impondo abstenções, prestações e até mesmo reparação pelos danos decorrentes da sua violação. Destaca-se que a categoria de direitos da personalidade, a qual a privacidade faz parte, é caracterizada por um sistema híbrido de proteção da pessoa,

seja frente ao Estado ou a outros particulares. (GONÇALVES; BERTOTI; MUNIZ, 2013, p. 50).

4 TUTELA JURÍDICA DOS DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO POR MEIO ELETRÔNICO

Conforme a Escola Nacional de Defesa do Consumidor (ENDC) (2010, p. 22) bancos de dados são, em sua acepção fundamental, um conjunto de informações estruturado de acordo com uma determinada lógica. Esta lógica costuma ser utilitarista e procura proporcionar a extração do máximo de proveito possível a partir de um conjunto de informações. (ENDC, 2010, p. 22).

Sobre bancos de dados, Ana Paula Gambogi Carvalho (2003, p. 88) assevera:

Considera-se banco de dados, em sentido amplo, toda compilação de informações, obras e outros materiais organizados de forma sistemática e ordenada, segundo determinados critérios e finalidades específicas, feitas por pessoa física ou jurídica, privada ou pública, sob a forma de fichas, registros ou cadastros, por processo manual, mecânico ou eletrônico, para uso próprio ou fornecimento a terceiros, de forma a facilitar o seu acesso e manuseio.

Não é de hoje que prática de coleta sistematizada de dados é realizada pelo poder público sobre os cidadãos. O Estado, com fins de planejar suas funções para garantir aos administrados um nível eficiente de segurança e assegurar a demanda de uma gama de direitos sociais, passou a realizar coleta de dados através dos censos e pesquisas sobre os seus cidadãos. Há, inclusive, estabelecimento de regras que tornam compulsório o fornecimento de informações pelos indivíduos. (PEREIRA, 2003, p. 142).

Fora da esfera estatal, o uso das informações individuais era limitado. Não porque não fosse útil para os particulares, mas sim porque os meios para a coleta eram de difícil acesso tinham altos custos. (DONEDA, 2006, p. 15).

O interesse pela defesa do direito à privacidade, nesse contexto, visava inicialmente à proteção dos indivíduos frente ao poder do Estado. A proteção desse direito decorria de um direito fundamental de primeira geração, exigindo uma abstenção do Estado. (RIBEIRO, 2002, p. 151).

Embora não seja novidade na história da humanidade os bancos de dados

adquiriram um maior destaque com o advento da sociedade de consumo e a evolução da informática. (CARVALHO, 2003, p. 88).

4.1 O TRATAMENTO DE DADOS E A AMEAÇA AO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE DO CONSUMIDOR

No cenário brasileiro ganharam destaque, principalmente os bancos de dados de controle de crédito do consumidor. Estes passaram a auxiliar os participantes das relações jurídicas de consumo na difícil tarefa de identificarem e avaliarem o grau de confiabilidade e capacidade creditícia daqueles com quem contratam, ante a massificação das relações de consumo. (CARVALHO, 2003, p. 89).

Os bancos de dados têm sido utilizados para fins diversos, desde o mero arquivamento de informações simples, como nome e endereço do consumidor com intuito de facilitar a identificação nas relações com fornecedores de bens e serviços, até o cruzamento de dados mais complexos para se traçar um perfil mais detalhado do usuário, de seus gostos, hábitos e preferências. (CARVALHO, 2003, p. 89).

Com o desenvolvimento das tecnologias e o objetivo de geração de receitas, a privacidade dos cidadãos enfrenta novos desafios, contra inimigos diversos. As empresas, ávidas pelo incremento de seu lucro, concluíram que a melhor forma de conquistar o consumidor é traçando seu perfil, através de preciso conhecimento quanto aos seus desejos, necessidades, e condições financeiras. A partir da definição do perfil do consumidor, as ofertas de produtos e serviços serão dirigidas de forma específica e individual, aumentando a possibilidade de concretização de negócios. (RIBEIRO, 2002, p. 152).

Ressalta-se, porém, que a coleta e tratamento de dados pessoais não geram apenas ameaças ao consumidor. A caracterização do perfil do consumidor é capaz também de trazer-lhe benefícios, vez que possibilita conferir-lhe tratamento especializado, baseado em informações obtidas, caracterizando seu estilo de vida e suas necessidades. Dessa forma, os fornecedores de produtos e serviços conseguem oferecer um atendimento personalizado, possibilitando o tratamento do

consumidor como um sujeito singular, o que há muito foi perdido nas relações de consumo massificadas. (RIBEIRO, 2002, p. 152).

Por outro lado, deve haver muita cautela no regramento dessa questão, pois a captação de dados, caso seja utilizada de forma desregrada, visando somente ao lucro e benefícios dos fornecedores, pode acarretar prejuízos desastrosos ao consumidor. (RIBEIRO, 2002, p. 153).

Silney Alves Tadeu (2011, p. 95) destaca que as informações, comumente fornecidas no âmbito da Internet (através de compras on line, redes sociais, preenchimento de cadastros, reservas de vôos, hotéis, dentre outros meios), revelam aspectos importantes da personalidade do indivíduo e que o seu uso indiscriminado por terceiros, sobretudo sem o conhecimento do seu titular, pode acarretar nas mais diversas espécies de danos.

Para exemplificar essa questão, Luciana Ribeiro (2002, p. 153) apresentou um caso ocorrido nos Estados Unidos, em que uma empresa seguradora negou-se a contratar seguro de saúde com pessoas que haviam visitado sites relacionados a AIDS, informação esta que havia sido coletada através de bancos de dados sobre consumidores. Esse caso evidencia como a coleta e o tratamento indevido de dados pode violar os direitos fundamentais dos consumidores.

Segundo Cesar Viterbo Santolim (2012, p. 75), as informações fornecidas pelos consumidores podem sofrer tanto um tratamento estático como dinâmico, havendo, entre estes, importantes diferenças na proteção dessas informações.

Quando se coleta do consumidor os seus dados pessoais, tendo em vista transação a ser realizada eletronicamente e estes dados guardam conexão e proporção com a finalidade da relação jurídica a ser estabelecida, caberá ao fornecedor, apenas a responsabilidade pela conservação e pela utilização das informações. É, nessa hipótese, o que se denomina de tratamento estático da informação. (SANTOLIM, 2012, p. 75).

Contudo, ao submeter as informações obtidas a um cruzamento, cotejo ou integração com outras informações sobre o mesmo consumidor, através de processo dinâmico de manipulação de dados, pode-se estar diante de violações de

privacidade, tuteláveis através da proteção dos direitos da personalidade. (SANTOLIM, 2012, p. 75).

É nesse sentido que o avanço tecnológico caracteriza-se como uma ameaça para o direito à privacidade. A facilitação de novas formas de interferência e divulgação da vida privada para um número incontável de pessoas e lugares transpõe os limites da personalidade do indivíduo e a positivação do direito à proteção de dados pessoais tornou-se imprescindível para a efetivação do livre desenvolvimento da personalidade. (MAURMO, 2013, p. 128).

4.1.1 A utilização de dados pessoais nas relações de consumo

Para estabelecer ações de marketing e tomada de decisões em relação ao mercado, empresas utilizam-se da coleta massiva de informações sobre os consumidores, seus hábitos, gostos e comportamentos. Desse modo, oferecem uma publicidade direcionada para cada grupo da sociedade, o que é chamado de economia customizada. A tecnologia, cada vez mais avançada, auxilia essa prática, possibilitando um tratamento mais apurado, com cruzamento de dados, resultando em informações cada vez mais precisas. (MENDES, 2008, p. 81-82).

Com a multiplicação dos cadastros de informações de consumidores, formados, sobretudo, nas contratações eletrônicas, os consumidores perdem o controle sobre como, em que circunstâncias e por quem são utilizados os seus dados. Esse problema ainda é agravado quando há a indústria dos cadastros de consumidores, em que há o cruzamento de dados de um fornecedor para o outro. (PEZZI, 2007, p. 162).

Segundo Laura Schertel Mendes (2008, p. 82), há quatro objetivos principais em se realizar o tratamento de dados pessoais de consumidores pelas empresas privadas, quais sejam: i) previsibilidade e diminuição de riscos; ii) interação com o consumidor (p. ex. marketing direto); iii) diferenciação de produtos e iv) diferenciação de serviços.

”

Nota-se a extrema vulnerabilidade e a potencialidade de dano às quais estão submet

idos os consumidores, sobretudo nos casos em que há coleta sem o consentimento, repasse indevido e até o uso das informações das informações dos consumidores como objeto de comércio entre os fornecedores. (PEZZI, 2007, p. 160).

Nesse contexto, os consumidores ficam expostos a riscos à personalidade. O uso indevido dos dados pessoais e a consequente violação da privacidade dos indivíduos pode acarretar lesões, quando utilizados com fins de classificar os consumidores, impondo-lhes comportamentos padronizados e de forma discriminatória. (MENDES, 2011, p. 47).

4.1.2 Técnicas de tratamento de dados comumente utilizadas

O tratamento de dados tem o caráter notadamente dinâmico, visto que consiste na ação de manejar a informação, relacionando e reelaborando dados, visando à obtenção de conclusões baseadas em critérios preestabelecidos. (MENDES 2007, p. 73).

Utiliza-se a expressão "tratamento de dados pessoais" para designar as operações técnicas que podem ser efetuadas sobre os dados pessoais, de modo informatizado ou não, com finalidade de se refinar a informação, tornando-a mais valiosa ou útil. São formas de tratamento definidas pela Diretiva Europeia 95/46/CE, a coleta, o registro, a organização, a conservação, a adaptação ou a alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, o apagamento, ou a destruição. (MENDES, 2008, p. 73).

Para esse tipo de prática, as empresas do mercado virtual utilizam diversos mecanismos de coleta de dados a fim de enquadrá-los em um determinado perfil. A categoria do perfil é estabelecida através de dados como comportamentos observados em compras anteriores, sites visitados, produtos visualizados, além de outros dados pessoais disponíveis. A partir desse perfil, é desenvolvida a "publicidade comportamental". O consumidor passa a ser exposto a publicidade direcionada, cuja chance de se enquadrar dentro dos seus interesses é maior. (ENDC, 2010, p. 32).

Essa obtenção de dados é feita através de diversas técnicas com fins de realizar a publicidade comportamental. Deste modo, há, basicamente, duas espécies de coleta

de dados do consumidor. A primeira delas, a mais simples, se dá através do uso de formulários, em que os próprios consumidores fornecem informações pessoais. A outra consiste no desenvolvimento de mecanismos ocultos capazes de vigiar os passos do consumidor enquanto navega na rede, registrando cada um de seus acessos. São chamados cookies. (RIBEIRO, 2002, p. 157).

A Escola Nacional de Defesa do Consumidor (2010, p. 65-68) destaca algumas dessas técnicas de coleta de dados, que serão trazidas no presente trabalho com o intuito, não de esgotar o assunto, mas de expor, de maneira exemplificativa, mecanismos comumente utilizados no âmbito do comércio eletrônico.

O monitoramento da navegação na internet (tracking) é um mecanismo oculto e baseia-se na navegação em determinados sites, vinculado a um dos diversos serviços de monitoramento. Este pode ocorrer dentro de um determinado site, grupos de sites pertencentes à mesma organização, ou ainda sites pertencentes a organizações independentes que utilizam o serviço de monitoramento. (ENDC, 2010 p. 65).

O deep packet inspection é um modelo oculto de obtenção de dados consiste na implementação de um serviço de interceptação do fluxo de dados entre o usuário da Internet e o site que ele visita. Esta interceptação baseia-se no próprio provedor de acesso à Internet, funcionando através da análise do fluxo bruto de informações entre o usuário e o provedor de acesso, buscando informações consideradas relevantes dentro dos pacotes de informação (containers). (ENDC, 2010, p. 66).

Essa modalidade que utiliza monitoramento da navegação através do provedor de acesso coloca o consumidor em situação ainda menos favorecida em relação a, uma vez que faz com que toda a sua navegação esteja potencialmente sujeita a interceptação. Além disso, por estar instalado diretamente no provedor de acesso, o mecanismo está completamente fora do controle do usuário. (ENDC, 2010, p. 66).

Com a utilização desses mecanismos, a privacidade dos consumidores fica fragilizada, visto que, na maioria dos casos o consumidor sequer tem ciência de que a sua navegação está sendo monitorada, tampouco ofereceu seu consentimento para essa prática. (ENDC, 2010, p. 67).

4.1.3 Consequências negativas do tratamento de dados aos direitos do consumidor

Percebe-se que a prática de vigilância dos consumidores, através da tecnologia da informação, tornou-se algo corriqueiro e característico da sociedade atual. Os mais diversos tipos de empresas realizam a vigilância dos cidadãos, consumidores em potencial, no intuito de classificá-los para fins comerciais. (MENDES, 2008, p. 82).

Sob essa perspectiva, evidenciam-se os riscos aos quais os consumidores e a sociedade estão submetidos. Observa-se a ameaça à liberdade e à igualdade dos consumidores e, ainda, a latente perda do equilíbrio do mercado de consumo uma vez que esses dados sejam utilizados com fins discriminatórios. (MENDES, 2008, p. 83).

Há o risco de violação à liberdade, que ocorre na medida em que a vigilância de dos comportamentos individuais pelas empresas enseja a perda de controle sobre as suas informações que circulam na sociedade, gerando, assim, uma pressão causada pela participação social em informações privadas. 'Ademais, se o consumidor não consegue determinar quais informações sobre si são conhecidas na sociedade e podem ser utilizadas para a tomada de decisões que influenciem a sua vida, ele terá a capacidade de autodeterminação reduzida.' (MENDES, 2008, p. 83).

O consumidor está, igualmente, submetido ao risco de ter reduzido o seu direito à igualdade, caso receba tratamento diferenciado em relação a outro grupo de consumidores, tenha seu acesso a bens e serviços do mercado de consumo negado ou tenha suas chances de vida diminuídas, em razão das informações armazenadas em bancos de dados, utilizados de forma discriminatória. (MENDES, 2008, p. 83).

'Afeta também a sociedade democrática como um todo, pois, mesmo sendo exercida no setor privado, enseja a inibição da expressão da individualidade e as aspirações a ela, da liberdade de escolha e da autodeterminação.' (MENDES, 2008, p. 83).

Os riscos aos direitos da personalidade do consumidor frente a essas práticas é tão

significativo, aumentando a sua vulnerabilidade que criou-se na doutrina a expressão ‘consumidor de vidro’, que traduz a fragilidade que o consumidor se encontra ao expor suas informações aos bancos de dados no mercado de consumo. (MENDES, 2008, p. 84).

Insta observar que o ambiente virtual é mais propenso às violações da privacidade, porém de uma forma mais imperceptível e silenciosa que o ambiente físico. Isso porque o espaço físico possibilita a constatação mais nítida do nível de privacidade disponível e permite que a pessoa tome as decisões a fim de aumentar ou diminuir a sua privacidade, o que nem sempre é possível no espaço virtual, vez que não se sabe quais informações estão sendo capturadas, nem o momento em que esse controle é realizado. (MENDES, 2008, p. 94).

Risco maior aos direitos e interesses do consumidor fica configurado quando os dados são compartilhados entre as empresas dos mais variados ramos de atividade que o coletam. Vale dizer que atualmente existem empresas cuja finalidade única é o tratamento de dados pessoais para comercialização ou cessão. Esses riscos são multiplicados, uma vez que as informações passam a circular na sociedade, comumente de forma não fidedigna e são pulverizadas sem que o consumidor tenha ciência do seu destino. (MENDES, 2008, p. 110).

O tratamento de dados pessoais, mormente quando processados em meio informático, ameaça os direitos do consumidor, pois possibilita maior exposição e utilização indevida ou abusiva dos dados. Além disso, percebe-se um risco ainda maior quando se considera a possibilidade de esses dados terem sido captados erroneamente, não representando corretamente o seu titular, ou estarem desatualizados. (ENDC, 2010, p. 39).

4.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Diante do desenvolvimento do conceito de privacidade como proteção de dados pessoais, estabeleceu-se um quadro básico de princípios que devem nortear a atividade de tratamento de dados os quais podem ser depreendidos de algumas

normas internacionais. (MENDES, 2013, p. 52). Alguns são encontrados também, de forma implícita, no art. 43 do CDC, que trata sobre os bancos de dados. Demonstra-se, a seguir, uma síntese desses princípios.

O princípio da finalidade indica que a utilização de dados pessoais deve obedecer ao propósito previamente comunicado ao interessado antes de sua coleta. Esse princípio possibilita estabelecer um parâmetro para avaliar se a finalidade informada e o meio de coleta de dados obedecem à razoabilidade. Ademais, o princípio evidencia a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros. A utilização de dados pessoais que não obedeça ao princípio da finalidade é caracterizada como abusiva. (DONEDA, 2006, p 216).

O princípio da transparência ou publicidade, estabelecido também como uma forma de combater abusos, exige que a existência de um banco de dados pessoais seja de conhecimento público. Em alguns países é exigida autorização estatal prévia para criação de bancos de dados. (MENDES, 2011, p. 53).

Outro importante princípio é o da exatidão, segundo o qual os dados armazenados devem corresponder à realidade. Tal princípio informa a necessidade de cautela na formação de bancos de dados no sentido de manter a veracidade das informações e a atualização periódica dos dados, de acordo com a necessidade. (DONEDA, 2006, p. 216).

Para cumprimento do que dita o princípio da exatidão, é fundamental o direito ao livre acesso, retificação e cancelamento da inscrição dos dados nos cadastros. O indivíduo deve ter acesso acerca das informações contidas sobre ele em bancos de dados, a fim, inclusive de facilitar a possibilidade, controle, de retificação e cancelamento dessas informações. (DONEDA, 2006, p. 217).

Ressalta-se, com igual importância, o princípio da segurança física e lógica dos dados, referindo-se à exigência de que qualquer banco de dados deve estar protegido contra extravios, modificações, destruições e desvios da finalidade, não autorizados. (MENDES, 2011, p. 54).

E, por fim, o princípio da responsabilidade visa assegurar a reparação adequada de eventuais danos morais e materiais causados à pessoa em razão da violação da sua

privacidade. (MENDES, 2011, p. 54).

4.3 DIÁLOGO DAS FONTES NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO DE CONSUMO

Diante do exposto, nota-se que as relações de consumo no âmbito eletrônico são propensas a oferecer ameaças de violação ao direito de privacidade do consumidor. Deste modo, cabe à ciência jurídica criar soluções no sentido de dar efetividade a esse direito, garantindo a proteção de dados pessoais no intuito final do Direito do Consumidor, que é estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo.

Nessa linha, é mister o conhecimento das normas jurídicas às quais as relações de consumo estão sujeitas. Aplica-se uma pluralidade de normas do ordenamento jurídico pátrio com o intuito de proteger o consumidor (MENDES, 2008, p. 118) e também de coibir as práticas abusivas que utilizam e compartilham, de forma oculta, os dados pessoais e ainda são largamente utilizadas pelos fornecedores, afetando, assim, os direitos fundamentais dos consumidores.

No que tange à tutela do direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que esta pode ser desenvolvida através das normas nacionais existentes. Estas são pautadas, basicamente, em princípios gerais, que terão aplicabilidade enquanto valores fundamentais da ordem jurídica. Portanto, as relações firmadas por meio eletrônico deverão observar esse conjunto de normas. (RIBEIRO, 2002, p. 159).

Laura Schertel Mendes (2011, p. 47) entende que o ordenamento jurídico brasileiro pode oferecer instrumentos e conceitos aptos à proteção de dados, se interpretados de acordo com a evolução social e tecnológica advindas da sociedade da informação.

Porém, aponta-se também para a necessidade de criação de normas específicas, tanto para a proteção de dados pessoais, quanto para a normatização do âmbito virtual a fim de dar maior efetividade à tutela de direitos fundamentais dos consumidores.

Diversos ordenamentos jurídicos estabelecem, atualmente, a regulação autônoma da proteção de dados pessoais. Essa é uma tendência que levou ao desenvolvimento de um novo direito fundamental à proteção de dados. (ENDC, 2010, p. 40). No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção de dados pessoais não é explícita, porém é evidenciada quando analisados os riscos que o tratamento de dados traz à proteção da personalidade à luz dos direitos fundamentais de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana somados com a proteção constitucional da intimidade e da vida privada. (ENDC, 2010, p. 50).

O dialogo das fontes é necessário para a aplicação de um sistema jurídico eficiente e justo, diante da necessidade de coordenação entre as fontes normativas de um mesmo ordenamento. Através dessa ideia, entende-se que as normas jurídicas, ainda que pertencentes a ramos jurídicos distintos, guardam entre si uma relação de complementaridade. (VIAL, 2013, p. 238).

4.3.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Conforme pontuado no capítulo anterior, tem-se que o direito à privacidade encontra tutela constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que existe a proteção dos direitos à privacidade e à intimidade, direitos estes inerentes à personalidade humana que foram erigidos pela Constituição Federal na condição de direitos fundamentais. (CARVALHO, 2003, p. 84).

Além de consagrada no art. 5º X, da CF/1988, a proteção à esfera privada pode ser verificada em outros dispositivos constitucionais que visam a resguardar aspectos particulares do indivíduo, tais como a inviolabilidade de domicílio (art. 5º XI) e a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações (art. 5º XII). (CARVALHO, 2003, p. 85-86).

A inviolabilidade do domicílio consiste na proteção do espaço físico domiciliar do indivíduo e de sua família. A inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telefônicas, telegráficas e de dados caracteriza-se como a proteção de exteriorizações dos sentimentos e pensamentos individuais. Nesta categoria pode

-se incluir a tutela do indivíduo contra a coleta e divulgação de seus dados pessoais sensíveis, bem como a violação de sua vida privada através de manipulação de bancos de dados, sobretudo, os informatizados. (CARVALHO, 2003, p. 86).

Além do mais, há a previsão do habeas data, instrumento processual que visa a dar efetividade a esses direitos. (GONÇALVES; BERTOTI; MUNIZ, 2013, p. 51). A ação, que está prevista pela CF/1988 (art. 5º LXXII), busca permitir o acesso do interessado às suas informações pessoais registradas em bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. O sentido de “caráter público” foi ampliado, podendo ser incluídos os bancos de dados referentes a consumidores, mesmo que administrados por particulares. (DONEDA, 2011, p. 104). Isto porque, por tratar de direitos da personalidade, qualquer banco ou registro de dados deve ser interpretado como público. (MENDES, 2011, p. 75). Contudo, de acordo com Danilo Doneda (2011, p. 104):

A ação não é acompanhada, porém, de instrumentos que possam torná-la ágil e eficaz o suficiente para a garantia fundamental de proteção dos dados pessoais: além do seu perfil estar demasiadamente associado à proteção de liberdades negativas, algo que se percebe em vários dos seus pontos estruturais, como a necessidade de sua interposição por meio de advogado ou então a necessidade de demonstração de recusa de fornecimento dos dados por parte do administrador de banco de dados, ela é, substancialmente, um instrumento que proporciona uma tutela completamente anacrônica e ineficaz à realidade das comunicações e tratamento de dados pessoais na sociedade da informação.

Outrossim, há de se reconhecer o direito à informação como direito fundamental do consumidor. Este pode ser observado sob o aspecto positivo, que encontra guarida na garantia constitucional à informação, de modo geral (art. 5º XIV) somado à garantia de defesa do consumidor, cláusula geral encontrada também no rol de direitos fundamentais (art. 5º XXXII). Denota o valor atinente à livre manifestação de vontade, uma vez que a plena informação permite que o consumidor exerça a sua liberdade de escolha. Sob o aspecto negativo (da não informação), percebe-se a garantia da proteção contra a propagação de informações que interessam exclusivamente ao consumidor e de práticas que venham a ferir o direito à privacidade do consumidor, a exemplo do compartilhamento de bancos de dados entre as empresas e da imposição agressiva de técnicas publicitárias baseadas nas informações pessoais. (BARBOSA, 2013, p. 146).

Ainda, a Constituição Federal de 1988 preceitua a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, vinculando, dessa forma, o legislador ordinário a calcar todo o sistema jurídico nesse fundamento básico, estabelecendo um norte valorativo às demais normas infraconstitucionais (MAURMO, 2013, p. 140). Desse modo, os direitos do consumidor devem ser protegidos a fim de resguardar a dignidade do consumidor como pessoa humana. (BARBOSA, 2013, P. 148).

Portanto, ao se defender um dever constitucional de proteção ao consumidor, estabelece-se a necessidade de haver um diálogo entre as fontes normativas no intuito de obter um equilíbrio do ordenamento jurídico. O objetivo é aumentar a tutela dos consumidores, como titulares direitos fundamentais. Nesse desiderato, os valores constitucionais, sobretudo de proteção à pessoa e ao livre desenvolvimento da personalidade informam o caminho pelo qual as normas de direito privado devem seguir. (DUQUE, 2009, p. 163).

Pode-se afirmar, destarte, que a base da tutela à privacidade e proteção de dados pessoais, no ordenamento jurídico brasileiro, são os direitos e garantias instituídos pelas normas constitucionais. (CARVALHO, 2003, p. 86). Conforme preconiza Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p 234), a criação e hermenêutica das normas infraconstitucionais deve ser baseada na correspondência substancial aos valores que, incorporados ao texto constitucional, passam a conformar todo o sistema jurídico.

4.3.2 O Código Civil de 2002

Além da perspectiva constitucional acerca da proteção da esfera particular dos indivíduos, vislumbra-se também a aplicação do Código Civil de 2002. Para aplicação do Direito nas relações de consumo, estabelecer-se-á um diálogo entre o CDC e o Código Civil de 2002, devendo este ser interpretado como um código central do direito privado no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo a aplicação simultânea, coordenada e coerente dessas fontes normativas visando à proteção efetiva do consumidor. Deste modo, o CC/2002 deve ser aplicado subsidiariamente,

complementando as normas específicas de Direito do Consumidor. (MARQUES, 2004, p. 40).

Ademais, caberá aplicação do CC/2002 sobre a proteção da privacidade do consumidor, uma vez que há disposto no art. 21 que a vida privada da pessoa natural é inviolável, incumbindo ao judiciário, a requerimento do interessado, a competência de adotar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar eventual ato atentatório. Poderá ensejar, portanto, a imputação de indenização por danos morais ou materiais decorrentes da divulgação de informações sem autorização e violação ao direito de privacidade. (GONÇALVES; BERTOTI; MUNIZ, 2013, p. 56).

4.3.3 O Código de Defesa do Consumidor de 1990

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, ao construir um microsistema de proteção ao consumidor, inovou no sistema jurídico brasileiro ao ocupar-se em estabelecer uma série de direitos e garantias em relação às informações pessoais presentes em bancos de dados e cadastros. (ENDC, 2010, p. 51). O art. 43 do CDC determina em seu caput a ampla acessibilidade do consumidor sobre as suas informações pessoais presentes em bancos de dados. O artigo estabelece também em seus parágrafos os deveres impostos aos que promovem a criação ou gestão dos cadastros de consumidores. Dentre estes, está o de manter a veracidade das informações armazenadas, garantindo ao consumidor o direito de reclamar imediata correção de dados em caso de inexatidão. Além disso, determina que a inclusão do consumidor nos cadastros deve estar condicionada a prévia comunicação por escrito, quando esta não for solicitada por ele. (MIRAGEM, 2013, p. 297).

Ainda, o CDC tipifica criminalmente as infrações de impedir ou dificultar ao consumidor acesso a seus dados pessoais e deixar de atualizá-los quando sabidamente incorretos. (art. 72 e 73).

O principal objetivo do CDC, neste sentido, é estabelecer limites à utilização de dados, de forma a evitar a perda da efetiva liberdade de escolha, evitando a

discriminação do consumidor baseada no tratamento das suas informações pessoais. (DONEDA, 2006, p. 338). Ressalta-se que o CDC não proíbe a formação dos cadastros de consumidores, vez que estes podem ser úteis à dinamicidade da economia, beneficiando o fornecedor e também o consumidor. Há, entretanto, evidente preocupação da lei em, impor limites e regras, considerando a ameaça que os arquivos de consumo podem representar à privacidade e à honra dos indivíduos. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013, p. 305).

Para que os bancos de dados sejam considerados legítimos, segundo o CDC, e não ensejem responsabilidade civil, administrativa e penal de seus organizadores, devem atender a alguns requisitos que delimitam o direito à autodeterminação informacional do consumidor, composto pelos direitos de tomar conhecimento sobre o arquivamento e uso de suas informações por terceiros, além de controlá-los e até impedi-los. (CARVALHO, 2003, p. 93).

4.3.4 O Projeto de Lei do Senado Federal nº 281 de 2012

Conforme pontuado em capítulo anterior, atualmente encontra-se em tramitação o projeto de lei nº 281/2012 do Senado Federal, que tem por objetivo a alteração do CDC com a criação de uma nova seção para tratar especificamente sobre comércio eletrônico.

Diante da carência de normas casuísticas sobre temas que à elaboração do CDC ainda não eram conhecidos ou apresentavam-se incipientes (AZEVEDO; KLEE, 2013, p. 251), as novas regras a serem implementadas tratam sobre a divulgação dos dados do fornecedor, proibição de spams, direito de arrependimento de compra e das penas para práticas abusivas contra o consumidor. (VIAL, 2013, p. 249).

Dentre os objetivos estabelecidos na explicação da ementa do PLS 281/2012, destaca-se sobre o tema: “preservar a segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.” (VIAL, 2013)

O projeto de lei tem o objetivo de conferir ao consumidor uma proteção ainda maior. Destaca-se sobre a segurança o acréscimo dos incisos XI e XII ao art. 6º do CDC,

que passaria a vigorar com a seguinte redação (AZEVEDO; KLEE, 2013, p. 236):

Art. 6º São direitos básicos do consumidor (...):

XI – a autodeterminação, a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico;

XII – a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, sendo vedada qualquer forma de discriminação e assédio ao consumo.

Segundo Cesar Viterbo Santolim (2012, p. 73), ao mencionar a “autodeterminação das informações” como “direito básico do consumidor”, além da “privacidade” e da “segurança”, o anteprojeto foca na utilização dinâmica da informação pelo fornecedor. Com isso, detém-se que o uso dessas informações deve ser objeto de autorização prévia do consumidor. Deste modo, no dizer do autor, há um “robustecimento” na tutela do consumidor, pois a partir dessa alteração legislativa poderão ser invocadas, não só as normas anteriormente positivadas sobre a proteção da privacidade (como a Constituição Federal e o Código Civil), que possuem caráter preponderantemente genérico. Será possível invocar a legislação protetora específica das relações de consumo, pois será esse direito consagrado de modo específico no CDC.

No dizer de Fernanda Barbosa (2012, p. 168), há, explicitamente, a partir do possível ingresso do inciso XII ao art. 6º do CDC, a criação da figura do “assédio de consumo”, que consolidará o direito da pessoa a ser protegida de todo o “cerco ao consumo”. Aplicam-se a esse conceito de “assédio de consumo” as propagandas abusivas e o envio de mensagens eletrônicas não solicitadas de conteúdo publicitário, muito corriqueiras na prática do e-commerce. (BARBOSA, 2013, p. 168).

São criados importantes dispositivos para integrar o CDC e incluir a seção específica sobre a proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico. O projeto cria uma nova seção VII – Do comércio eletrônico e é esquematizado do seguinte modo (VIAL, 2013, p. 23):

O art. 45-A determina a aplicação do CDC às relações de consumo que utilizem o meio eletrônico na contratação ou similar; o art. 45-B coloca as informações obrigatórias que o fornecedor deve disponibilizar em sua página; os arts. 45-C e 45-D impõem obrigações ao fornecedor sobre a prover ao consumidor provas de contratação e manutenção de canal de comunicação; art. 45-E proíbe o spam; aumenta as possibilidades do exercício do direito de arrependimento no art. 49, bem como facilita o

acesso à justiça inserindo dispositivos no art. 101 do CDC. (VIAL, 2013, p. 237).

Ao analisar as os objetivos estabelecidos na explicação da ementa do PLS 281/2012, percebe-se claramente a preocupação com a segurança de dados e privacidade do consumidor. (AZEVEDO; KLEE, 2013, p. 233). Destacam-se sobre o tema os objetivos:

Altera a Lei n^o 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – para aperfeiçoar as disposições gerais constantes do Capítulo I do Título I, estabelecendo que as normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor e dispor sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, preservar a segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais; as normas aplicam-se às atividades desenvolvidas pelos fornecedores de produtos ou serviços por meio eletrônico ou similar; estabelece que o consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço; dispõe que caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo para o consumidor; tipifica como infração penal o ato de veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais. (sem grifos no original). (SENADO, 2012).

Cesar Viterbo Santolim (2012, p. 76) assevera, ainda, que ao mencionar a liberdade de escolha "como direito básico" do consumidor, evidencia-se a importância da aplicação do princípio da autonomia privada nas relações de consumo, além de indicar de modo específico, situações onde essa autonomia deverá se exercer:

Na não discriminação tecnológica e na insusceptibilidade de qualquer forma de assédio. Há um esforço de realizar a "repersonalização" do consumidor, posto em um ambiente (o ambiente virtual), onde a despersonalização, ao lado da desmaterialização e da desterritorialização, é característica natural.

São criados importantes dispositivos para integrar o CDC e incluir a seção específica sobre a proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico. O projeto cria uma nova seção: "VII – Do comércio eletrônico" e é esquematizado do seguinte modo (VIAL, 2013, p. 237):

O art. 45-A determina a aplicação do CDC às relações de consumo que utilizem o meio eletrônico na contratação ou similar; o art. 45-B coloca as informações obrigatórias que o fornecedor deve disponibilizar em sua página; os arts. 45-C e 45-D impõem obrigações ao fornecedor sobre a prover ao consumidor provas de contratação e manutenção de canal de comunicação; art. 45-E proíbe o spam; aumenta as possibilidades do exercício do direito de arrependimento no art. 49, bem como facilita o

acesso à justiça inserindo dispositivos no art. 101 do CDC. (VIAL, 2013, p. 237).

Destaca-se o proposto art. 45-A, que tem a seguinte redação:

Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.

O dispositivo tem o fito de fortalecer a confiança e assegurar a tutela efetiva do consumidor, prevendo a aplicação das normas do CDC ao meio eletrônico ou similar. (AZEVEDO, KLEE, 2013, p. 238).

Por sua vez, o art. 45-B proposto, determina a disponibilização ao consumidor de um conjunto de informações sobre o fornecedor, no intuito de conferir um mínimo necessário de certeza da existência desse contratante (fornecedor). Observa-se com isso o objetivo de assegurar a transparência, subprincípio da boa-fé, permitindo, dessa maneira, que o consumidor tenha acesso ao fornecedor e aos detalhes da oferta. (SANTOLIM, 2012, p. 78).

Há de se destacar, ainda, o art. 45-E, proposto no projeto, que proíbe o envio de mensagens eletrônicas não solicitadas aos consumidores, a não ser que estes tenham optado, previamente, por recebê-las. Percebe-se que a questão dos envios de mensagens não solicitadas tem direta relação com o uso, tratamento e compartilhamento de cadastros de consumidores. (AZEVEDO, KLEE, 2013, p. 240).

Ademais, deve-se notar, que o projeto propõe o acréscimo de um tipo penal, que caracteriza como crime contra as relações de consumo, determinando as respectivas penas, as seguintes ações:

Veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais.

Tal medida adota como bem jurídico os dados pessoais, ressaltando, novamente a importância da proteção à privacidade e a autodeterminação informacional no mercado eletrônico de consumo.

Sophia Vial (2013, p. 251) afirma que as alterações pretendidas são importantes no objetivo de aumentar a confiança nas contratações eletrônicas e facilitar a formação

do vínculo contratual.

4.3.5 A Lei 12.965 de 2014 (Marco Civil da Internet)

Há de se destacar sobre o tema a recente inovação legislativa brasileira no que concerne ao uso da Internet. Em 23 de Abril de 2014 foi sancionada pela presidente da República a lei 12.965, que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet” e representa um marco civil da internet no Brasil. A lei entrará em vigor 60 (sessenta) dias após a sua publicação oficial (esta, ocorrida em 24 de Abril de 2014).

A lei estabelece fundamentos para o uso da Internet no Brasil, tendo como alicerce o respeito à liberdade de expressão, bem como os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais. Prescreve como fundamentos, também, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Danilo Doneda, (apud LUCA, 2014), em Painel ocorrido no IV Fórum da Internet, destacou que a lei do Marco Civil tem muitas regras relacionadas à privacidade e, ainda, traz um avanço a reconhecer os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais em separado, uma vez que, segundo seu entendimento, tratam-se de dois direitos fundamentais apartados, apesar de bastante relacionados.

Além disso, Danilo Doneda (apud LUCA, 2014), relacionou algumas dessas regras trazidas pela nova lei que têm por escopo proteger a esfera pessoal dos usuários da internet. Destaca que no artigo 7º o Marco Civil passa a tratar mais claramente dos direitos dos usuários, abrangendo nos quatro primeiros incisos, o direito à inviolabilidade da intimidade da vida privada, à inviolabilidade ao sigilo das comunicações e à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas armazenadas. Mais adiante, outro inciso trata do não fornecimento a terceiros de dados pessoais, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou em hipóteses previstas em lei. (LUCA, 2014)

Segundo Danilo Doneda (apud LUCA, 2014), o consentimento ao tratamento dos

dados pessoais é uma das modalidades de legitimação do tratamento de dados, que é possível e até desejado pelo cidadão, em muitas hipóteses, ou sempre que haja o interesse público”. É por esse motivo que a lei traz o princípio da finalidade, incluído no inciso VIII do art. 7º da lei 12.965 de 2014. Esse princípio estabelece que coleta e o tratamento de dados pessoais só são justificáveis para as atividades declaradas, sendo vedado o uso para fins diversos, pois, do contrário, o titular dos dados passaria a perder o controle sobre o uso de suas informações. Mais adiante o inciso IX trata do não fornecimento a terceiros de dados pessoais, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou em hipóteses previstas em lei. (LUCA, 2014).

Ainda no art. 7º da lei, o inciso X inclui, conforme Danilo Doneda (apud LUCA, 2014), uma modulação do direito ao esquecimento ao tratar do direito à exclusão definitiva dos dados pessoais, a pedido do usuário titular, ao término das relações entre as partes. Porém destaca que, em uma interpretação mais temerosa, isso pode significar uma limitação, tendo em vista que o dispositivo obriga o responsável pela coleta e tratamentos dos dados a apagá-los apenas mediante requerimento do titular.

Danilo Doneda (apud LUCA, 2014) explica que o artigo 8º, por sua vez, inclui no Marco Civil uma cláusula já consagrada no Direito do Consumidor, que é justamente a nulidade de todas as cláusulas contratuais que impliquem em ofensa ao sigilo das comunicações privadas. (LUCA, 2014)

Um dos pontos mais polêmicos do Marco Civil, diz respeito à guarda de registro de acesso por parte dos provedores de conexão, que, conforme disposto no art. 13 da nova lei, deve ser armazenado sob sigilo pelo prazo de um ano, além dos provedores de aplicações de Internet, que devem, conforme o art. 15, manter os registros de acesso pelo prazo de 6 meses. (LUCA, 2014).

Tal determinação de guarda de registros foi alvo de diversas críticas. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC, 2014) manifestou-se contra essa determinação de guarda em massa dos registros, entendendo ser mais apropriado que estes passassem a ser armazenados de maneira direcionada, como no curso de uma investigação policial ou diante de suspeitas de práticas ilegais na rede, caso contrário poderia violar a presunção de inocência. (IDEC, 2014)

Sobre a determinação há grande preocupação com a vulnerabilidade e sujeição a usos indevidos dos dados armazenados (ISTOÉ, 2014), destacando a possibilidade de tais informações constrangerem a liberdade de expressão e serem utilizadas para fins comerciais. Ademais, a guarda de dados em massa dos usuários foi considerada inconstitucional por cortes na Romênia, Alemanha e República Tcheca. (CARTA CAPITAL, 2014). Segundo Danilo Doneda (apud LUCA, 2014), nenhum outro país obriga diretamente a guarda de registros de acesso a aplicações internet. (LUCA, 2014). A Europa havia aprovado, em 2006, uma diretiva similar, que obrigava empresas a armazenar dados pessoais de usuários com fins de combater o terrorismo e o crime organizado. Entretanto, o Tribunal de Justiça Europeu declarou a invalidade da norma. (ISTOÉ, 2014).

Sob o ponto de vista de Danilo Doneda, é imprescindível a edição da lei específica sobre a proteção de dados pessoais no Brasil e esta não é apenas uma preocupação que se relaciona ao Direito do Consumidor, mas uma questão de Direito Fundamental. (LUCA, 2014). Sobre o assunto, encontra-se em tramitação um projeto de lei específico, o qual será abordado o tópico seguinte.

De acordo com Laura Schertel Mendes (2013, p. 256), em que pese tanto o Marco Civil quanto a proposta de alteração do Código de Defesa do consumidor representem um importante avanço em relação ao panorama legal existente, estes ainda são insuficientes para enfrentar a complexidade do tema da segurança na sociedade da informação.

No mesmo sentido, Patrícia Peck (2014) afirma que o Marco Civil não deixa de ser um grande passo, mas ao se retirar do texto o que já havia previsão na legislação vigente, como a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e o Código Penal, os avanços são percebidos ainda de forma singela para dar um tratamento adequado à realidade virtual, que ultrapassa território e ordenamento jurídico.

4.4 PERSPECTIVAS PARA UMA EFETIVA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Observa-se que, apesar das normas citadas, que podem ser aplicáveis à proteção de dados pessoais, o Brasil ainda encontra-se em uma situação de insegurança jurídica, pois a proteção de dados pessoais ainda é incipiente. A construção para uma política pública de segurança da informação é necessária para que o cidadão possa contratar livremente através do comércio eletrônico, sem que isso possa acarretar em limitações ao desenvolvimento da sua personalidade e liberdade de escolha. (MENDES, 2013, p. 259).

Há, atualmente em tramitação, diversas iniciativas legislativas sobre a proteção de dados pessoais. Dentre estas, destaca-se a formulação pelo Ministério da Justiça, projeto de lei específica, que tem por objetivo disciplinar a proteção de dados pessoais no Brasil visando a assegurar ao cidadão o controle e a titularidade sobre suas próprias informações pessoais, como forma de garantia do direito constitucional à privacidade. O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça promoveu consulta pública sobre o tema, entre Novembro de 2010 e Abril de 2011, que resultou no anteprojeto. (MATSUKI, 2013).

Segundo Danilo Doneda (apud LUCA, 2014), o projeto contemplará os princípios essenciais, bem como as regras aplicáveis para o setor público e privado para proteção de dados, além de sanções civis e da criação de uma autoridade pública para regulamentar e administrar a aplicação da lei.

O anteprojeto prevê dispositivos sobre segurança da informação, tais como o princípio da segurança física e lógica de dados pessoais, a obrigação do responsável sobre o tratamento de dados pessoais para adotar medidas necessárias para um nível adequado de segurança dos dados, bem como a responsabilização civil em casos de descumprimento. (MENDES, 2013, p. 257).

Danilo Doneda (apud LUCA, 2014), afirma que a ter uma lei de proteção de Dados Pessoais é imperativo para o Brasil e que não se trata apenas de um problema de Direito do Consumidor, e sim de uma extensão das garantias a de proteção de dados pessoais em todas as relações que o cidadão estabeleça, seja com entes de caráter público ou privado, em que seus dados estejam expostos.

5 CONCLUSÃO

O crescente mercado de consumo eletrônico é uma realidade já estabelecida na sociedade atual. Durante o desenvolvimento da relação de consumo por meio eletrônico, dados pessoais do consumidor são captados, frequentemente de forma oculta, sem o consentimento do consumidor, colocando em situação de risco direitos individuais, sobretudo a privacidade e intimidade, que refletem em outros direitos fundamentais inerentes à personalidade.

As relações de consumo são regidas por um microsistema protetivo, o qual possui normas e princípios próprios, porém balizado pela Constituição Federal e pelo sistema do Direito Civil. Para que uma relação jurídica seja regida por esse microsistema, devem estar configurados os elementos essenciais das relações de consumo, quais sejam: a presença do consumidor e do fornecedor como partes, e o produto ou serviço como objeto.

O desenvolvimento da tecnologia e o crescimento da Internet como rede mundial de comunicação entre computadores fez com que o mercado de consumo passasse a utilizar o meio virtual para estabelecer suas relações. Ao analisar a relação estabelecida através do comércio eletrônico observa-se que esta pode ser considerada uma relação de consumo, quando presentes os elementos essenciais e, portanto será regida pelo microsistema consumerista. Dessa forma, percebe-se que o meio eletrônico, apesar de modificar alguns elementos da formação contratual e apresentar particularidades quando comparado à relação de consumo presencial, não desconfigura a espécie de relação de consumo, sendo apenas um meio diferenciado de contratação que, por sua vez, é uma das espécies do gênero contratação à distância, já previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Em que pese ser o comércio por meio eletrônico uma prática comercial bastante corriqueira na atualidade, observa-se que ainda existem diversos fatores que tendem a dificultar a relação de consumo e a confiança do consumidor, como o lapso temporal para a entrega do produto, a aplicação correta das normas de proteção ao consumidor, o não cumprimento das obrigações por parte do fornecedor, a

obrigatoriedade de fornecimento de dados pessoais, incluindo dados bancários.

Conclui-se que as relações de consumo efetuadas no âmbito eletrônico geram um acréscimo à vulnerabilidade do consumidor e, portanto, deve haver uma atenção especial e essa espécie de prática comercial, a fim de promover o equilíbrio da relação.

Há, porém, uma dificuldade quanto à aplicação nas relações estabelecidas no âmbito virtual, tendo em vista ser “desterritorializado”. É nesse sentido que os princípios ganham destaque no comércio eletrônico, a fim de proteger o consumidor e equilibrar a relação de consumo. Destacam-se os princípios da boa-fé objetiva, da vulnerabilidade, da transparência e da confiança.

A disponibilização de informações pessoais do consumidor aos fornecedores gera um questionamento quanto à privacidade e proteção desses dados, pois, observa-se que é comum a prática de tratamento, venda e compartilhamento de dados entre os fornecedores.

Nota-se que o direito à privacidade, previsto na Constituição Federal, sofreu transformações quanto a sua interpretação, ao longo da história, sendo inicialmente um caráter individualista, notadamente sob seu caráter negativo. As transformações sociais e tecnológicas levaram também a uma reformulação da interpretação da privacidade. Tornou-se uma garantia de controle do próprio indivíduo sobre as suas informações e dados pessoais, o que caracteriza a “autodeterminação informacional”. E por fim, depreende-se que o direito à privacidade é um direito fundamental e está intrinsecamente relacionado com outros direitos fundamentais, como a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

É evidente nas relações de consumo por meio eletrônico a violação do direito à privacidade, sobretudo nas situações em que há desvio da finalidade da coleta de dados, bem como a venda e cruzamento com outros cadastros pelo fornecedor, a fim de promover ações de marketing direcionadas ou de oferecer um tratamento discriminatório aos consumidores.

A fim de tutelar o direito à privacidade e à autodeterminação informacional, concluiu-se que existem princípios que devem nortear a atividade de tratamento de dados,

notadamente, os princípios da finalidade, da transparência, do consentimento, da qualidade, da segurança física e lógica dos dados.

Percebe-se que a legislação brasileira vem avançando no sentido de promover a proteção da privacidade. Para aplicação dessa tutela, entende-se que é necessário haver um diálogo entre as fontes normativas do ordenamento jurídico pátrio. Observou-se que, a fim de promover o direito à proteção de dados pessoais, são aplicáveis as normas constitucionais, o CC/2002, o CDC/1990 e que existem inovações legislativas sobre o tema, como a lei 12.965/2014, que visa a disciplinar o uso da internet, além de propostas legislativas que se encontram em tramitação, notadamente o PLS 281/2012, que busca atualizar o CDC para prever e disciplinar o comércio eletrônico no rol das práticas comerciais.

Nesse desiderato, é possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro possui, atualmente, normas capazes de tutelar o direito fundamental à privacidade no âmbito do comércio eletrônico, entretanto, por se tratar de uma relação de consumo composta por diversas peculiaridades, destaca-se a necessidade de um arcabouço legislativo mais específico, que possa ser aplicado sobre a proteção de dados pessoais e sobre as transações comerciais por meios eletrônicos. Além dessa base legislativa, é imperioso que se busquem meios que possam garantir a efetividade aos direitos fundamentais do consumidor.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. Contrato Eletrônico do Novo Código Civil e no Código do Consumidor. Barueri: Manole, 2004.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Fernando Costa de; KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Considerações sobre a proteção dos consumidores no comércio eletrônico e o atual processo de atualização do Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos tribunais, v. 85, jan/mar 2013, p. 209-257.

BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação e consumo: a proteção da privacidade do consumidor no mercado contemporâneo da oferta. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos tribunais, v. 88, jul/ago 2013, p. 145-174.

BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL, Senado. Projeto de Lei 281/2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106768>.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Decreto n º7.962 de 15 de Março de 2013. Regulamenta a Lei n º8.078, de 11 de Setembro de 1990, para dispor sobre contratação no comércio eletrônico. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 mar. 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>.

_____. Lei n º8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

_____.Lei n º10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

_____.Lei n º12.965, de 23 de Abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.

CANTO, Rodrigo Eidelvein do. Direito do Consumidor e Vulnerabilidade no Meio Digital. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, mai/jun. 2013, p. 179-210.

CANUT, Letícia. Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico. Curitiba: Juruá, 2011.

CARTA CAPITAL. Mais proteção, menos privacidade. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/798/mais-protecao-menos-privacidade-127.html>>. Acesso em: 23 mai. 2014.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O Consumidor e o Direito à Autodeterminação Informacional. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 46, 2003, p. 77-119.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. Direitos do Consumidor no Comércio Eletrônico. Disponível em < <http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/doutrina/54-direitos-do-consumidor-no-comercio-eletronico.html> >. Acesso em 03 nov. 2013.

CORRÊA, Gustavo Testa. Aspectos Jurídicos da Internet. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só. Tutela penal da intimidade. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 4. Ed. São Paulo:

Juspodivm, 2010.

DONEDA, Danilo. A Proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental. Espaço Jurídico. Joaçaba: Unoesc. v. 12 n. 2, jul./dez. 2011, p. 91-108.

_____. Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUQUE, Marcelo Schenk. A Proteção do Consumidor Como Dever de Proteção Estatal de Hierarquia Constitucional. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 71, 2009, p. 142-167.

Escola Nacional De Defesa Do Consumidor (ENDC). A proteção dos dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7BA0FC0A0A%2D687A%2D423E%2DA00A%2D37E4802B2AE1%7D>>. Acesso em: 15 de Abril de 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Direito do Comércio Eletrônico. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GONÇALVES Andrey Felipe Lacerda; BERTOTI, Monique; MUNIZ, Veyzon Campos. O direito fundamental à privacidade e à intimidade no cenário brasileiro na perspectiva de um direito à proteção de dados pessoais. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, Abr/jun, 2013.

GONZALEZ, Fernanda C. Villa. A Questão da Vulnerabilidade do Consumidor no Comércio Eletrônico. Revista de Direito Empresarial. Curitiba: Forum, v. 12, jul/dez. 2009, p.105-122.

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, Porque o Idec apoia o Marco Civil. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/porque-o-idec-apoia-o-marco-civil>>. Acesso em 23 mai. 2014.

ISTOÉ, Privacidade em jogo, Sanção do Marco Civil da Internet traz importantes avanços na proteção de dados na rede, mas ainda é o internauta o grande responsável por manter a salvo suas informações pessoais. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/359703_PRIVACIDADE+EM+JOGO>. Acesso em: 23 mai. 2014.

KLEE, Antônia Espíndola Longoni. A Proteção do Consumidor Eletrônico no

Mercosul. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v.33, jan/mar. 2008, p. 37-72.

_____. A formação do vínculo no contrato eletrônico e a proteção do consumidor. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

LIMA, Camilla Mello. Comércio Eletrônico: Principais práticas abusivas e a imprescindível proteção do consumidor à luz da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor. 2013. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) –Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

LIMBERGER, Têmis. Proteção de dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 67, jul-set 2008, p. 215-241.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Comércio eletrônico. Trad. de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LUCA, Cristina de. O Marco Civil e a proteção dos seus dados pessoais –o que muda? Idignow. Disponível em < <http://idgnow.com.br/blog/circuito/2014/04/29/o-marco-civil-e-a-protecao-dos-seus-dados-pessoais-o-que-muda/>>. Acesso em: 8 mai. 2014.

LUCCA, Newton de. Comércio Eletrônico na perspectiva de atualização do CDC. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Curitiba: Bonijuris Ltda. e J.M., v. II, setembro de 2012, p.113-132.

MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, n °07, 2004.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 57, 2006, p. 9-59.

MAURMO, Júlia Gomes Pereira. A privacidade como direito da personalidade e suas primeiras formas de tutela. Revista de Direito Constitucional e internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 85, out./dez. 2013, p. 119-162.

MARTINS, Luciana Mabilia. O direito civil à privacidade e à intimidade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 337-371.

MATSUKI, Edgard. Saiba o que é o Projeto de Proteção dos Dados Pessoais, que aguarda aprovação do Marco Civil. EBC, 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2013/08/saiba-o-que-e-o-projeto-de-protecao-dos-dados-pessoais-que-aguarda-aprovacao-do>>. Acesso em: 24 mai. 2014.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 79, 2011, p.45-81.

_____. Segurança da informação, proteção de dados e confiança. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 90, nov/dez 2013, p. 245-261.

_____. Transparência e Privacidade: Violação e Proteção da Informação Pessoal na Sociedade de Consumo. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Aspectos característicos da disciplina do Comércio Eletrônico de Consumo –Comentários ao Dec. 7.962, de 15.03.2013. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: revista dos Tribunais, v. 86, mar-abr, 2013, p. 287- 299.

MODENESI, Pedro. Comércio eletrônico e tutela do ciberconsumidor. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, v.48, out/dez. 2011, p. 63-98.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: PUC, v. 9, n. 29, jul/dez 2006, p. 233-258.

MULHOLLAND, Caitlin. Internet e Contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAESANI, Liliana Minardi. Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. Direito à intimidade na internet. 1.ed.(2003). 6.reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

PEZZI, Ana Paula Jacobus. A Necessidade de Proteção dos Dados Pessoais nos Arquivos de Consumo: Em busca da concretização do direito à privacidade. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Aprovado o marco civil flex. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/patricia-peck-pinheiro/aprovado-o-marco-civil-flex_b_5039791.html>. Acesso em: 23 mai. 2014.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A Privacidade e os Arquivos de Consumo na Internet – Uma primeira reflexão. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, 2002, p. 151-165.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. 2004. Dissertação. (Doutorado em Direito) –Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

_____. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. revista de direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 55, jul, 2005

_____. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor na parte referente ao comércio eletrônico. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 83, jul, 2012, p. 73.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Leituras complementares de Direito Civil. Salvador: Juspdivm, 2007.

SILVA, Eduardo Silva da. Segurança na Sociedade da Informação: Uma Visão Desde a Autonomia Privada. 2006. Tese (Doutorado em Direito) –Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35. Ed. São

Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A Proteção Constitucional dos Direitos Fundamentais do Consumidor. Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, n.16, 2008.1.

TADEU, Silney Alves. Um novo Direito Fundamental. Algumas reflexões sobre a proteção da pessoa e o uso de seus dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 79, jul-set, 2011

VIAL, Sophia Martini. A Sociedade da (des)informação e os contratos de comércio eletrônico. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 88, 2013.

_____. Contratos de Comércio Eletrônico de Consumo: Desafios e Tendências. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos tribunais, v. 80, out-dez, 2011.

VIEIRA, Tatiana Malta. O direito à privacidade na sociedade da informação. Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) –Universidade de Brasília, Brasília.

VOLPI NETO, Angelo. Comércio eletrônico –Direito e Segurança. 1ª ed. (2001), 9ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.