

Organizadores:

Plinio Lacerda Martins

Renato Cerceau

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

e as novas tecnologias

AUTORES:

ARTHUR C. DA C. L. CÂNDIDO

FRANCISCO D. DOS S. E SILVA

CARLOS H. C. FRINHANI

CYRO W. DE A. COELHO

DANIELA JULIANO SILVA

EDVALDO DE A. P. MOITA

FRANCISCO A. C. HORTA FILHO

HEMILY AKEMI ITO

IRINEU C. DE O. SOARES

JOÃO VÍTOR M. C. SIQUEIRA

LUIZA S. C. BRANCO

MARCELA A. B. DE J. AMADO

MÁRCIO SANTORO ROCHA

MARCOS CESAR DE S. LIMA

MARIA JOSÉ MARCOS

NATÁLIA R. DE OLIVEIRA

PATRICK A. B. DE CARVALHO

PEDRO NASCIMENTO ARAUJO

PLINIO LACERDA MARTINS

RENATA A. B. J. OLIVEIRA

RENATO CERCEAU

RODRIGO H. ROCA PIRES

ROGERIO PACHECO ALVES

SONIÁRLEI VIEIRA LEITE

THALLES PASSOS DE OLIVEIRA

VICTÓRIA CÁSSIA MOZANER

VINICIUS LEANDRO S. DA ROZ

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E NOVAS TECNOLOGIAS



Editores

Ana Claudia de Macedo Viana
Renato Cerceau

Conselho Editorial

Elaine Ribeiro Sigette | Jorge Juan Zavaleta Gavidia | Laci Mary
Barbosa Manhães | Luis Alfredo Vidal de Carvalho | Marcos
Cesar de Souza Lima | Plinio Lacerda Martins | Raimundo José
Macário Costa | Ricardo Cerceau | Ricardo Pires Mesquita |
Sergio Manuel Serra da Cruz

Comissão Científica do Seminário:

A Proteção do Consumidor e Novas Tecnologias

Prof. Dr. Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro | Prof. Dr. Plinio
Lacerda Martins | Prof. Dr. Guilherme Magalhaes Martins |
Prof. Dr. Guilherme Mucelin | Profa. Dra. Lucia de Aquino |
Prof. Dr. Renato Cerceau | Profa. Dra. Paula Cristiane Pinto
Ramada | Prof. Dr. Sidney Rosa | Prof. Dr. Eduardo Chow De
Martino Tostes | Prof. Dr. Jose Maria Pinheiro Madeira | Prof.
Dr. José Renato Torres | Prof. Dr. Marcos Cesar de Souza Lima
| Prof. Dr. Carlos Alberto Pereira Aguiar | Profa. Dra. Rosana
Maria de Moraes e Silva Antunes | Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen
Braga | Prof. Dr. Fernando Gama | Prof. Dr. Rogerio Pacheco
Alves | Profa. Dra. Marcia Michele Garcia Duarte | Prof. Dr.
Candido Duarte | Prof. Dr. Marcelo Pereira | Profa. Dra.
Fernanda Pontes Pimentel | Prof. Dr. Pedro Curvello Saavedra
Avzaradel | Prof. Dr. Paulo Roberto dos Santos Corval | Profa.
Dra. Célia Barbosa Abreu | Dr. Arthur Cunha da Costa Lima.

PLÍNIO MARTINS LACERDA
RENATO CERCEAU
ORGANIZADORES

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E NOVAS TECNOLOGIAS

1ª edição

Rio de Janeiro



2024

Todos os direitos desta edição reservados à editora Cerceau© 2024 by Plínio Lacerda Martins | Renato Cerceau. Copyright 2024

Categoria: Direito do Consumidor

A editora Cerceau não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra por seu Autor. O selo editorial Cerceau está vinculado à Alda Research Institute.

Nenhuma parte desta obra pode ser impressa e redistribuição em papel, suporte digital ou quaisquer outros meios sem a permissão expressa do autor. O seu conteúdo não pode ser alterado ou transmitido em qualquer forma ou meio, eletrônico, mecânico, fotocópia ou outro sem permissão expressa do autor. Quando expressamente permitida a reprodução parcial ou total desta obra deve ser citada a fonte e a autoria.

Este livro, ou parte dele, não pode ser alterado ou comercializado sem autorização do Editor e dos autores.

1ª edição

Impresso (2024)

CIP - Catalogação na Publicação

M386c

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E NOVAS TECNOLOGIAS / Plínio Lacerda Martins, Renato Cerceau (organizadores). Rio de Janeiro, RJ: Cerceau, 2024.

Inclui bibliografia

DOI: 10.17655/9788567211879

ISBN: 978-85-67211-87-9

1. Direito 2. Direito do Consumidor. 3. Defesa do Consumidor. 4. Direito Digital. 5. Tecnologia Digital 6. Ciência da Computação. I. Editora Cerceau. II. Alda Research Institute III. Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios – PPGDIÑ. IV. Universidade Federal Fluminense – UFF. V FAPERJ. VI. Título

CDD: 340

CDU: 366

Editora Cerceau (Alda Research Institute)

AV MARECHAL CAMARA, 160, sala 1107

CEP: 20020-907

Telefone: (21) 3400-7178 | atendimento@cerceau.com.br

Apoio:



Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo
à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro



ISBN 978-85-67211-87-9



<https://doi.org/10.17655/9788567211879>

SOBRE OS AUTORES

Arthur Cunha da Costa Lima, Professor Adjunto do quadro permanente – UFF. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito Cândido Mendes (1983). Especialização em Direito do Consumidor – UERJ. Doutorado em *Ciencias Jurídicas y Sociales* pela *Universidad Del Museo Social Argentino* – UMSA, República Argentina, reconhecido equivalente ao título de Doutor em Direito. Advogado | Email: arthurcunhacostalima@id.uff.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/0956096918452291>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0004-3688-0510>

Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva, Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito - Mestrado e Doutorado – PPGSD/UFF. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGSD/UFF. Mestre em Direito – UGF; Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil com didática do ensino superior – UNESA. Pós Doutorando pelo PPGD/UERJ | Email: candidoduarte@id.uff.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/2519163473716513>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0000-8151-6153>

Carlos Henrique Cavalcante Frinhani, Especialista em Direito Imobiliário – UVA. Graduação em direito – UNESA. HEAD OF LEGAL – Unimed FERJ. Especialista Regulatório da Federação Nacional dos Planos de Saúde FenaSaúde. Presidente da Comissão de Relacionamento com Clientes da FenaSaúde. Pesquisador. | Email: frinhani.adv@gmail.com.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/1444756021497776>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0003-0223-3123>

Cyro Wojcikiewicz de Almeida Coelho, Bacharel em Direito – Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Pesquisador Egresso do Núcleo de Pesquisa da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Advogado atuante inscrito na OAB/RJ | Email: cyrocoelho5@hotmail.com

LATTES : <https://lattes.cnpq.br/1103436520748727>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0006-8018-7275>

Daniela Juliano Silva, Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia/MG. Especialista em Gestão e Manejo Ambiental – UFL. MBA em Direito Empresarial – FGV/RJ. Advogada com experiência em organizações do Terceiro Setor. Professora Adjunta – UFF. Professora convidada – FGV DIREITO RIO. | Email: danielajulianosilva@id.uff.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/4620285328081573>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0006-5179-9280>

Edvaldo de Aguiar Portela Moita, Doutor em direito – UnB e em sociologia – Universidade de Bielefeld, Alemanha. Mestre em direito com concentração em Ordem Jurídica Constitucional – UFC | Email: edvaldo.apm@gmail.com

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/4448763585796433>

ORCID : <https://orcid.org/0000-0001-5020-9097>

Francisco Alves da Cunha Horta Filho, Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituições e Negócios – PPGDIN/UFF. Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito – UCP. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro | Email: francisco_hortafilho@yahoo.com.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/6393575118083430>

ORCID : <https://orcid.org/0000-0002-0707-3718>

Hemily Akemi Ito, Graduanda em Direito pela UFF, monitora voluntária da disciplina de "Direito do Trabalho I", membro da Liga Acadêmica de IA, Disruptividade e Direito. Estagiária na Defensoria Pública. | Email: hemily.ito@gmail.com

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/4407338494293934>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0005-4981-5889>

Irineu Carvalho De Oliveira Soares, Pós-Doutor em Direito e Negócios pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Doutor e Mestre em Sociologia e Direito – PPGSD/UFF. Advogado. Professor e Coordenador de Pesquisa dos Cursos de Direito do Centro Universitário São José e da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio | Email: irineu.juris@gmail.com

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/9690267141366482>

ORCID : <https://orcid.org/0000-0002-1201-7665>

João Vítor Martin Corrêa Siqueira, Mestrando em Direito (Bolsista CAPES/taxa), Pós-graduando em Gestão de Pessoas e Liderança (*lato sensu*) e bacharel em Direito –UNIMAR. Pesquisador – UNIFOR e da UNIMAR. Membro Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) | Email: vitormartim.correia@hotmail.com

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/7907630923954536>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0006-2146-5191>

Lúcia Souza d’Aquino, Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense | Email: lsdaquino@id.uff.br.

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/5248033690404165>

ORCID : <https://orcid.org/0000-0002-0838-3566>

Luiza Szczerbacki Castello Branco, Doutoranda em Direito – UFF. Mestre em Administração Pública e Governo pela Fundação Getúlio Vargas – EBAPE/FGV. Pós-graduada em Direito Público e Privado – EMERJ. Graduada em Direito – UFF. Advogada | Email: luizabranco@id.uff.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/0366361243471341>

ORCID : <https://orcid.org/0000-0003-3601-7720>

Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado, Promotora de Justiça, titular da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Maricá. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais – UFRJ. Mestre em Justiça Administrativa – UFF. Doutoranda em Direitos, Instituições e Negócios – UFF | Email: marcela-amaral@id.uff.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/0261665137761119>

ORCID : <https://orcid.org/0000-0001-8112-7473>

Márcio Santoro Rocha, Juiz Federal. Ex-advogado da União. Mestre e Doutorando em Direito – UFF | Email: msantoro1980@hotmail.com

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/8435861016957782>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0008-1693-5894>

Marcos Cesar de Souza Lima, Advogado, Sócio Fundador da Souza Lima & Lacerda Advogados Associados. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais – UFF. Mestre em Direito – UGF. Especialista em Direito Civil– UGF. Graduação em Direito – UGF. Professor em cursos de Graduação e Pós-Graduação. Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/RJ. | Email: marcoscesardesouzalima@gmail.com

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/8367519874875860>

ORCID : <https://orcid.org/0000-0002-3354-8676>

Maria José Marcos, Doutoranda em Direitos, Instituições e Negócios – PPGDIN/UFF; Mestra em Direito – UMS/SP; Especialização em Direito do Trabalho – ESA /SP; Especialização em Gestão Estratégica de Pessoas Para Negócios – FIB /SP. Graduação em Direito – FDSL e em Ciências Contábeis – FAI/SP. Pesquisadora e Professora. Membro da OAB/SP, da AASP e da AATSP. Advogada | Email: mariamarcos@id.uff.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/2529070997752064>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0003-3064-7278>

Natália Regueira de Oliveira, Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios – PPGDIN/UFF. Mestre em Políticas Públicas em Direitos Humanos – PPDH/UFRJ. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental – UFF – e em Direito Civil e Direito Processual Civil – UCP. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais – UFRJ. Advogada. Servidora Pública | Email: natalia_regueira@id.uff.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/7548227397357539>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0007-3801-8168>

Patrícia Levin de Carvalho Cidade, Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense | Email: patriciacidade@id.uff.br.

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/8699172555745096>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0002-1352-6055>

Patrick Augusto Belitardo de Carvalho, Advogado, Pós-Graduando em Direito de Família e das Sucessões – UVA. Conciliador judicial | Email: patrickbelitardo@gmail.com

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/0092922426624435>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0009-6835-7579>

Pedro Nascimento Araujo, Graduando em Direito – FPM/Rio. Graduado em Economia – PUC/Rio. Graduado em Administração de Empresas – UFRJ. Estagiário em Silva Neto Advogados Associados | Email: nascimentoaraujo@hotmail.com

LATTES : XXXXXXXXXXXXXXXXX

ORCID : XXXXXXXXXXXXXXXXX

Plinio Lacerda Martins, Doutor em Direito – UFF. Professor Associado da Faculdade de Direito – UFF. Coordenador do Programa em Direito, Instituições e Negócios – PPGDIN/UFF. Coordenador Jurídico da Comissão de Defesa do Consumidor – ALERJ, Promotor de Justiça aposentado. | E-mail: pliniolacerda@id.uff.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/1643533929253579>

ORCID : <https://orcid.org/0000-0002-6603-5623>

Renata do Amaral Barreto de Jesus de Oliveira, Delegada de Polícia – PCERJ. Diretora do Departamento-Geral de Contratações e Convênios – SEPC. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais – UFRJ. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade – UFF. Doutoranda em Direitos, Instituições e Negócios – PPGDIN/UFF | Email: renatab@id.uff.br

LATTES : <https://lattes.cnpq.br/8705441487674096>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0001-6564-3547>

Renato Cerceau, Pós-doutor em Direito pelo Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios – PPGDIN/UFF. Pós-doutor em Medicina/Telemedicina – UERJ. Doutor em Ciências – UFRJ, com período sanduíche na *Université Paris-Dauphine* – Paris IX. Advogado e Médico. Regulador Federal. Diretor e pesquisador na *Alda Research Institute* | Email: renatocerceau@id.uff.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/1652132080233697>

ORCID : <https://orcid.org/0000-0003-3953-4715>

Rodrigo Henrique Roca Pires, Advogado, Mestre em Ciências Penais – UCAM; Pós-graduado em Direito Processual Canônico – UCP; Graduado em Direito – UNESA; Ex-Professor universitário – UNESA; Ex-Membro da Comissão de Estágio e Exame de Ordem – OAB/RJ (Examinador); Ex-Secretário Nacional do Consumidor na Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON/MJSP | Email: rodrigo@rocaadvocacia.com.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/8299677991638567>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0005-1534-0328>

Rogério Pacheco Alves, Graduado em Direito – UFRJ. Mestre em Sociologia e Direito – UFF. Pós-Graduação em Filosofia Contemporânea – PUC-Rio. Doutorado em Teoria do Estado e Direito Constitucional – PUC-Rio. Professor adjunto da UFF. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituições e Negócios – PPGDIN/UFF. Coordenador e professor da Pós-Graduação *lato sensu* em Direitos Humanos – PUC-Rio/IERBB-MPERJ. Membro do Conselho Acadêmico – IERBB-MPERJ. Integrante do Conselho Curador da FEMPERJ. | Email: rogeriopachecoalves@id.uff.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/7362633973737428>

ORCID : <https://orcid.org/0000-0003-0531-8950>

Soniárlei Vieira Leite, Advogado. Bacharel em Direito – UERJ. Licenciado em História – UVA. Pós-doutor em Direito Público pela *Universidad de Santiago de Compostela*. Doutor em Psicologia – UNIVERSO. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino* – UMSA e Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios – UFF. Professor Adjunto, Coordenador do Curso de Direito – UVA. Professor – IBMR. Professor Colaborador do PPGD (*Stricto Sensu*) em Psicologia – UNIVERSO. Professor visitante do MBA Executivo em Economia e Gestão: Relações Governamentais da

FGV-RIO. Advogado. Pesquisador | Email:
soniarlei_leite@id.uff.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/4854711070817863>

ORCID : <https://orcid.org/0000-0002-5587-3787>

Thalles Passos de Oliveira, Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense – PPGDIN/UFF. Mestre em Justiça Administrativa – PPGJA/UFF. Especialista em Direito Público e Privado – EMERJ. Assessor jurídico – TJRJ. Integrante do Grupo Pesquisa Direito, Sociedade Mundial e Constitucionalismo – DISCO/UnB | Email:
thalles_passos@id.uff.br

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/9015726417389914>

ORCID : <https://orcid.org/0000-0002-1053-5987>

Victória Cássia Mozaner, Advogada. Doutoranda em Direito – UNIMAR. Bolsista Capes. Mestre em Direito – UNIVEM. Pós-graduanda em Direito Constitucional – CERS. Especialização em Pós em Advocacia em Direito dos Contratos, execução contratual e responsabilidade civil – LEGALE. Membro da Comissão de Direito Previdenciário – OAB Marília. Membro da Comissão da Jovem Advocacia | Email: **XXXXXX**

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/4543556512897181>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0005-1023-4307>

Vinicius Leandro Santos da Roz, Graduando em Direito – UFF. Membro do Grupo de Pesquisa “Argumentos para a Democracia - Garden”. Estagiário na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro | Email: viniciusroz@id.uff.br.

LATTES : <http://lattes.cnpq.br/9322989434291067>

ORCID : <https://orcid.org/0009-0009-1490-9921>

GRUPOS DE TRABALHO

GRUPO I

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, AUTODETERMINAÇÃO E PRIVACIDADE

Coordenação: Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen Braga, Profa. Dra. Paula Cristiane Pinto Ramada, Profa. Rosana Maria de Moraes e Silva Antunes

GRUPO II

DIREITOS DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO, NOVOS PRODUTOS E SERVIÇOS DIGITAIS/INTELIGENTES E NOVAS VULNERABILIDADES

Coordenação: Prof. Dr. Guilherme Magalhaes Martins, Profa. Dra. Lucia de Aquino, Prof. Dr. Plinio Lacerda Martins, Profa. Dra. Célia Barbosa Abreu

GRUPO III

REGULAÇÃO E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM PLATAFORMAS DIGITAIS, FINTECHS, NOVOS MODELOS DE NEGÓCIO ONLINE

Coordenação: Prof. Dr. Pedro Curvello Saavedra Avzaradel, Prof. Dr. Guilherme Mucelin, Prof. Dr. Eduardo Chow De Martino Tostes, Prof. Dr. Marcelo Pereira de Almeida

GRUPO IV

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, SMART CONTRACTS E RESPONSABILIDADE CIVIL

Coordenação: Prof. Dr. Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro, Prof. Dr. Marcos Cesar de Souza Lima, Profa. Dra. Márcia Michele Garcia Duarte, Prof. Dr. Arthur Cunha da Costa Lima.

COMO CITAR ESTE LIVRO

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879>

[formato ABNT]

Proteção do Consumidor e Novas Tecnologias. [s.l.] : Editora Cerceau, 2024. DOI: 10.17655/9788567211879. Disponível em:

<https://cerceau.com.br/index.php/editora/catalog/book/protecao-do-consumidor-e-novas-tecnologias>. Acesso em: 01 out. 2024.

[formato VANCOUVER]

Proteção do Consumidor e Novas Tecnologias [Internet]. Editora Cerceau; 2024 [citado 22º de outubro de 2024]. Disponível

em: <https://cerceau.com.br/index.php/editora/catalog/book/protecao-do-consumidor-e-novas-tecnologias>

[formato APA]

Proteção do Consumidor e Novas Tecnologias. (2024). Editora Cerceau. <https://doi.org/10.17655/9788567211879>

APRESENTAÇÃO

A Universidade Federal Fluminense, pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN/UFF), com apoio da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) e Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), promoveu o Seminário “A proteção Do Consumidor E Novas Tecnologias”, com o escopo de promover um amplo debate acerca dos desafios enfrentados pelos consumidores na era digital e das medidas necessárias para garantir a sua proteção efetiva.

O evento reuniu pesquisadores, estudantes, profissionais, representantes governamentais, membros da sociedade civil e demais interessados no tema, a fim de fomentar o intercâmbio de conhecimentos e experiências.

A programação do evento foi composta por diversas palestras, mesas-redondas e grupos de trabalho para apresentação e debate de pesquisas acadêmicas relacionadas com a temática dos desafios e perspectivas da proteção do consumidor no contexto das novas tecnologias.

Este volume agrega os artigos apresentados nos grupos de trabalho (GT's): Proteção de dados pessoais, autodeterminação e privacidade (GT1), Direitos do consumidor no comércio eletrônico, novos produtos e serviços digitais/inteligentes e novas vulnerabilidades (GT2), Regulação e proteção do consumidor em plataformas digitais, *fintechs*, novos modelos de negócio online (GT3) e Inteligência artificial, *smart contracts* e responsabilidade civil (GT4).

Rio de Janeiro, 01 de outubro de 2024

Prof. Dr. Plínio Lacerda Martins (UFF)
Coordenador do PPGDIN/UFF

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS		I
APRESENTAÇÃO		V
1.	ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA A PARTIR DO REPASSE PARA OS CONSUMIDORES DAS PERDAS DAS DISTRIBUIDORAS DE ENERGIA ELÉTRICA: O CASO LIGHT <i>Irineu Oliveira Soares e Pedro Nascimento Araujo</i> DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.1	1
2.	DA DESNECESSIDADE DO EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA PARA O INGRESSO EM JUÍZO DE DEMANDAS QUE ENVOLVAM RELAÇÃO DE CONSUMO <i>Plinio Lacerda Martins, Arthur Cunha da Costa Lima e Carlos Henrique Cavalcante Frinhan</i> DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.2	
3.	A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO OPEN INSURANCE <i>Luiza Szczerbacki Castello Branco</i> DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.3	
4.	CONSUMO, DESIGUALDADE E NOVAS TECNOLOGIAS: REFLEXÕES SOBRE DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA <i>Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado e Renata do Amaral Barreto de Jesus de Oliveira</i> DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.4	

5.	<p>CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E CONTROLE E AS NOVAS TECNOLOGIAS: DESAFIOS EM FACE DA AFRONTA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CONSUMIDORES</p> <p><i>Maria José Marcos e Rogério Pacheco Alves</i></p> <p>DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.5</p>	
6.	<p>O ASPECTO TERRITORIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS DANOS CAUSADOS PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL</p> <p><i>Soniárlei Vieira Leite e Marcos Cesar de Souza Lima</i></p> <p>DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.6</p>	
7.	<p>A PUBLICIDADE ABUSIVA E SUAS LIMITAÇÕES AO DIREITO DO CONSUMIDOR NO CONTEXTO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS</p> <p><i>Francisco Alves da Cunha Horta Filho, Hemily Akemi Ito e Vinicius Leandro Santos da Roz</i></p> <p>DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.7</p>	
8.	<p>INFLUENCIADORES DIGITAIS E RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A PERSPECTIVA DO CDC</p> <p><i>Thalles Passos de Oliveira e Edvaldo Moita</i></p> <p>DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.8</p>	
9.	<p>A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS SMART CONTRACTS E O DIREITO DO CONSUMIDOR</p> <p><i>Marcos César de Souza Lima, Patrick Augusto Belitardo de Carvalho e Rodrigo Henrique Roca Pires</i></p> <p>DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.9</p>	

10.	<p>VULNERABILIDADE DIGITAL E A FIGURA DO CONSUMIDOR CATIVO</p> <p><i>Daniela Juliano Silva</i></p> <p>DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.10</p>	
11.	<p>TRIBUTAÇÃO E CONSUMO: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS SOBRE PRODUTOS PARA CORPOS GORDOS NA PLATAFORMA SHEIN</p> <p><i>João Vítor Martin Corrêa Siqueira e Victória Cássia Mozaner</i></p> <p>DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.11</p>	
12.	<p>ALTERAÇÕES DIGITAIS DE TRAILERS NOS FILMES DA MARVEL: PUBLICIDADE ENGANOSA OU LIBERDADE ARTÍSTICA?</p> <p><i>Cyro Wojcikiewicz de Almeida Coelho e Irineu Carvalho de Oliveira Soares</i></p> <p>DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.12</p>	
13.	<p>RACIONALIDADE ESTRATÉGICA, TRATAMENTO DE DADOS E A ÉTICA NA INDÚSTRIA DA SAÚDE.....</p> <p><i>Natália Regueira de Oliveira e Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva</i></p> <p>DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.13</p>	
14.	<p>RESPONSABILIDADE CIVIL E CADEIA DE DESENVOLVIMENTO E OPERAÇÃO DE SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL</p> <p><i>Márcio Santoro Rocha</i></p> <p>DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.14</p>	

15.	EVOLUÇÃO DO MERCADO DE CONSUMO DE PLANOS DE SAÚDE <i>Renato Cerceau e Plínio Lacerda Martins</i> DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.15	
16.	A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS <i>Patrícia Levin de Carvalho Cidade e Lúcia Souza d'Aquino</i> DOI: https://doi.org/10.17655/9788567211879.16	

1**ENRIQUECIMENTO SEM
CAUSA A PARTIR DO
REPASSE PARA OS
CONSUMIDORES DAS
PERDAS DAS
DISTRIBUIDORAS DE
ENERGIA ELÉTRICA****O CASO LIGHT**

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.1>

Irineu Oliveira Soares¹

Pedro Nascimento Araujo²

1 Professor-orientador Doutor, docente na Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio, Rio de Janeiro/RJ.

2 Aluno de graduação em Direito na Faculdade Presbiteriana Mackenzie, Rio de Janeiro/RJ.

RESUMO

No presente artigo, analisaremos as violações legais decorrentes da prática de repassar aos consumidores as perdas da Light, tanto as causadas por problemas operacionais, quanto as causadas por furto de energia. Por meio do uso do método analítico-comparativo, apenas confrontaremos a legislação brasileira e os parâmetros de eficiência das distribuidoras de energia elétrica nacionais com seus pares em países desenvolvidos, para testar a hipótese de exceção no Brasil. Veremos como a ANEEL define o percentual de perdas operacionais e por furto de energia que cada distribuidora pode repassar para os clientes. Apontaremos a ausência de bases legais para o repasse e questionaremos como poderiam os tribunais superiores entender a socialização das perdas como base para enriquecimento sem causa por parte da Light, levando a questão para além da esfera do direito do consumidor e adentrando a esfera do direito civil devido à possibilidade de enriquecimento sem causa, algo expressamente vedado pelo Art. 884 do Código Civil de 2002.

Palavras-chave: Light. Enriquecimento sem causa. Direito civil. Direito do consumidor. ANEEL.

1. Considerações iniciais

1.1. Sobre o artigo

No presente artigo, apresentamos as possíveis consequências jurídicas de as distribuidoras de energia elétrica repassarem suas perdas para os consumidores, tendo o caso da Light, concessionária de distribuição de energia elétrica em 31 municípios do Estado do Rio de Janeiro, incluindo a capital, como base. Mostraremos como e o quanto de suas perdas uma distribuidora de energia elétrica pode repassar para os consumidores e porque isso contraria tanto a legislação que rege as concessões quanto os direitos civis e consumeristas da

legislação brasileira hodierna, a partir do estudo do caso da Light.

Em nosso artigo, analisaremos e proporemos questões que permitirão orientar estudos mais detalhados acerca das violações às legislações de concessão pública e de proteção ao consumidor que decorrem do repasse das perdas da Light para os consumidores. Usaremos, preferencialmente, o método analítico-comparativo para comparar a lei brasileira com a de países mais desenvolvidos, para testar a hipótese de exceção no Brasil. Questionaremos como a ANEEL define o percentual de perdas operacionais e por furto de energia que cada distribuidora pode repassar para os clientes e buscaremos as bases legais para essa terceirização. E também questionaremos se poderiam os tribunais superiores entender a socialização das perdas como base para enriquecimento sem causa por parte da Light.

Em suma, nosso trabalho busca analisar as origens e consequências jurídicas do repasse aos consumidores das perdas das distribuidoras de energia elétrica, com foco nos direitos dos consumidores maculados pelo repasse das perdas.

1.2. Sobre a Light

1.2.1. Contextualização histórica

A Light, concessionária de energia da região metropolitana do Rio de Janeiro, começou a cuidar da iluminação da então capital federal em 1905³. Na década de 1970, foi estatizada sob a Eletrobrás

3 Fonte: BRANDI, Paulo. “Aniversário da Light”, texto postado em 28/05/2021, no Portal Memória da Eletricidade, disponível em:

durante o Regime Militar (1979) e, em 1996, foi privatizada, na esteira das reformas dos governos de Fernando Henrique Cardoso, por meio do Programa Nacional de Desestatização (PND). Entre 2006 e 2019, foi controlada pela Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG), curiosamente uma estatal, e, hodiernamente, tem seu capital pulverizado na B³. Atuando em 31 municípios, a Light é fundamental para a vida de mais de 10 milhões de pessoas, por meio do provimento do serviço essencial de distribuição de energia elétrica, conforme definido no inciso I do Art. 10 da Lei 7.783/1989⁴.

1.2.2. Pedido de recuperação judicial

Empresa essencial, a Light está em processo de recuperação judicial e de renovação da concessão. Simultaneamente. Segundo a própria Light informou, com base em seu balanço trimestral⁵, divulgado em 11 de maio de 2023, a empresa entrou com um pedido de recuperação judicial devido a uma dívida da ordem de R\$ 11 bilhões. Seus credores querem ver a dívida equalizada já, por medo de que o próprio endividamento da empresa impeça a renovação prevista para 2026 e, conseqüentemente, torne impagável a dívida da empresa. Em suma, a Light vive um ciclo vicioso: só poderá renovar a concessão se equalizar a dívida bilionária e só equalizará a dívida bilionária se renovar a concessão. No meio desse fogo cruzado há 10 milhões de consumidores em 4,5 milhões de residências de 31 municípios do Rio de Janeiro.

<https://memoriadaeletricidade.com.br/artigos/54807/aniversario-da-light>. Último acesso em 25/01/2024.

4 Fonte: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7783.htm. Último acesso em 25/01/2024.

5 Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/50b51302-4c48-4351-b296-bfcbe65fd70a/ee6c35fd-ecfa-7217-9721-b9bfb089a2b0?origin=1>. Último acesso em 25/01/2024.

1.2.3. Perdas na distribuição de energia elétrica

O ponto que nos chama a atenção é a exposição de motivos pelos quais a Light alega estar na penúria. A Light argumenta, entre outros motivos, que passou a operar com quase 60% em “perdas não técnicas”, um valor 50% maior do que os 40,04% que a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) permitiu à empresa repassar para os consumidores em 2023, consoante a mais recente Revisão Tarifária (RTP), de 2022⁶. É necessário explicar o que são as “perdas não técnicas” a que a empresa faz menção. São, em português claro, o resultado do furto de energia elétrica, popularmente conhecidos como “gatos de luz”, um crime tipificado no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848/1940): “[f]urto é subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, e] equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.”⁷

Ainda segundo a Light, os “gatos de luz” teriam causado uma perda de geração de caixa (EBITDA) da ordem de R\$ 582 milhões nos últimos 12 meses. Sem entrar no mérito acerca de origens e responsabilidades sobre o drama financeiro da Light, há um ponto que nos parece juridicamente relevante: o fato de a Light ser autorizada pela ANEEL a repassar à coletividade dos consumidores um aumento de 47,78% sobre o que normalmente cobraria – ou seja, a ANEEL autoriza a Light a cobrar 47,78% a mais do que foi consumido, sendo 6,86% a título de “perdas técnicas” e 40,92% a título de “perdas não técnicas”⁸. Trata-se de uma prática com matices questionáveis de legalidade, conforme explicaremos a seguir.

6 Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/reh20223014ti.pdf>, Tabela 8. Último acesso em 25/01/2024.

7 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Último acesso em 25/01/2024.

8 Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/reh20223014ti.pdf>, Tabela 8. Último acesso: 25/01/2024.

2. O repasse das perdas para os consumidores

2.1. Perdas técnicas e perdas não técnicas

2.1.1. Perdas técnicas

Antes de prosseguir, é necessário retirar o bolor burocrático que envolve os termos “perdas técnicas” e “perdas não técnicas”, definindo o que são “perdas técnicas”, as quais, junto com “perdas não técnicas”, compõem aquilo que a ANEEL chama “perdas totais” de energia⁹. As perdas técnicas são decorrentes do próprio processo de distribuição de energia elétrica, seja naturalmente, seja causada por equipamento desatualizado, sucateado ou defeituoso, e é medida pela diferença entre a quantidade de energia que a distribuidora recebe e a quantidade de energia efetivamente distribuída. Consoante as normas hodiernas da ANEEL, consumidores arcam com 50% do custo das perdas técnicas e as distribuidoras de energia elétrica arcam com a metade restante. Trata-se, portanto, de algo sobre o qual os consumidores não têm qualquer influência, mas que a ANEEL os obriga a pagar 50% da fatura – no caso da Light, isso correspondeu a um extra de 3,43% nas faturas de cada consumidor em 2022.

2.1.2. Perdas não técnicas

Por sua vez, as “perdas não técnicas” são definidas pela ANEEL como a diferença entre “perdas totais” e “perdas técnicas”, e dizem respeito a “furto (ligação clandestina, desvio direto da rede) ou

⁹ Fonte: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/distribuicao/perdas-de-energia>. Último acesso: 25/01/2024.

fraude de energia (adulterações no medidor), popularmente conhecidos como ‘gatos’, erros de medição e de faturamento”¹⁰. À parte os erros de medição e de faturamento, cuja reponsabilidade, indubitavelmente, é da concessionária e, portanto, jamais deveriam ser repassados aos consumidores, furtos e fraudes são ações intencionais de agentes particulares que geram as infames “perdas não técnicas” para a Light.

Ou seja, os consumidores não somente pagam por 50% da energia perdida na rede da Light, tanto por riscos inerentes ao negócio quanto decorrentes de equipamento e/ou operação inadequados (perdas técnicas), como também pagam por 100% da energia furtada ou fraudada (perdas não técnicas), até o limite de 40,92%, como a Light ainda pleiteia que esse limite passe a ser de 60%.

2.2. O repasse das perdas para os consumidores perante o hodierno ordenamento jurídico brasileiro

2.2.1. O assento constitucional das concessões

Todo o arcabouço legal brasileiro tem a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como base, e não seria diferente no que tange às empresas concessionárias de serviços públicos. Mais especificamente, a Constituição diz, em seu Art. 175, o seguinte: “[i]ncumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente

10 Fonte: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/distribuicao/perdas-de-energia>. Último acesso: 25/01/2024.

ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. ¹¹”

O dispositivo constitucional supracitado, *ipso facto*, dá à matéria de concessões um caráter constitucional. Isso não obstante, o Art. 175 é parte daquilo que a doutrina classifica como dispositivo constitucional de eficácia limitada¹², uma vez determina explicitamente que legislação infraconstitucional deverá subsistir para que produza efeitos jurídicos plenos, consoante. *verbatim* do Art. 175, § Único da Constituição:

[Art. 175,]Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado. ¹³

Portanto, é necessário debruçar-se sobre a legislação infraconstitucional pertinente que está sujeita ao Art. 175. Especificamente, trataremos da Lei 8987/1995, também conhecida como Lei de Concessões.

11 Fonte:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, Art. 175, Caput. Último acesso: 25/01/2024.

12 Fonte: PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. Quarta Edição. Rio de Janeiro: Editora Método, 2020.

13 Fonte:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, Art. 175, § 1º. Último acesso: 25/01/2024.

2.2.2. As violações decorrentes dos repasses perante a Lei 8987/1995

A Lei 8987/1995¹⁴, também conhecida como Lei de Concessões, rege o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, conforme ditado pelo Art. 175 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁵. E a Lei 8987/1995, no seu Art. 6º, § 1º, diz o seguinte: [s]erviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. ¹⁶”

É de extrema importância frisar que não se trata de requisitos alternativos; ao contrário, para ser considerado um serviço adequado pela Lei de Concessões, é necessário que se cumpram *todos* os oito requisitos, simultaneamente. Vamos analisar as condições do § 1º do Art. 6º da Lei 8987/1995, item a item, seguindo a ordem apresentada pelo dispositivo legal, tendo, como base, a Light, prestadora de um serviço essencial – e é exatamente dessa essencialidade que é derivada a determinação legal de regularidade na prestação do serviço.

Buscaremos coletar indícios preliminares de violações das condições legais de adequação dos serviços prestados, sempre ressaltando que tais indícios deverão ser escrutinados de forma mais aprofundada em trabalhos futuros. Começamos, portanto, pela regularidade.

14 Fonte: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm.
Último acesso: 25/01/2024.

15 Fonte: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
Último acesso: 25/01/2024.

16 Fonte: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm, Art. 6º, § 1º. Último acesso: 25/01/2024.

2.2.2.1. Possíveis violações na exigência legal de regularidade dos serviços prestados

A Light não tem na regularidade um ponto forte. A própria ANEEL faz análises técnicas acerca da prestação do serviço de distribuição de energia elétrica com base em parâmetros que analisam a regularidade da corrente ofertada, mas entendemos que o nosso trabalho deve ir além desses parâmetros mais abrangentes e compilados para entender o que acontece na chamada “última milha”, naquilo que os consumidores efetivamente pagam para receber. Por isso, buscamos evidências de tal ausência de regularidade nas reclamações de consumidores que sofreram com o problema, como, por exemplo, as disponíveis no site Reclame Aqui¹⁷.

Longe do jargão técnico, o que se nota é a presença de uma recorrente ausência de regularidade na energia elétrica distribuída pela Light. À guisa de exemplo, há o caso de Cristian¹⁸, que ilustra didaticamente as consequências da ausência de regularidade, notadamente nos horários de pico. No final do mês de janeiro, o cliente acessa o Reclame Aqui, após ter feito reclamações prévias nos canais que a Light disponibiliza, sem sucesso. Cristian reclama que seus aparelhos elétricos, especificamente os condicionadores de ar e os ventiladores, estavam deixando de funcionar intermitentemente por causa das oscilações (falta de regularidade) na carga de energia fornecida. Um mês após a um surreal pronunciamento da Light no Reclame Aqui como se o caso de Cristian fora de falta de luz e não de irregularidade, Cristian decidiu desistir de contatar a Light amigavelmente e acionar a empresa judicialmente. Cristian não foi o

17 Disponível em <https://www.reclameaqui.com.br/>. Último acesso: 25/01/2024.

18 Disponível em https://www.reclameaqui.com.br/light-servicos-de-eletricidade/energia-oscilando-muito-toda-as-noites_JQhVprGx2rqy6fJp/. Último acesso: 25/01/2024.

único, por óbvio: em 2023, a Light teve 14.229 queixas no Reclame Aqui¹⁹.

A falta de regularidade na prestação de serviços causa diversos problemas a diversas pessoas, naturalmente, mas a falta de continuidade na prestação dos serviços é ainda mais deletéria.

2.2.2.2. Possíveis violações na exigência legal de continuidade dos serviços prestados

O caráter essencial do serviço de fornecimento de energia elétrica é facilmente percebível em locais como hospitais, mas também em atividades essenciais como, por exemplo, o transporte público por meio de metrô e trens urbanos. Enquanto hospitais podem funcionar em esquema de emergência com geradores, o mesmo não é possível para metrô e trens urbanos. Por isso, a continuidade é parte indispensável para que se possa considerar satisfatória a prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica pela Light. A Lei 8987/1995, no §3º do Art. 6º, lista os casos nos quais exime de responsabilidade uma concessionária que não cumpre com o requisito legal de continuidade:

[Art. 6º,]§ 3º: Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

- I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
- II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. ²⁰

19 Fonte: <https://www.reclameaqui.com.br/empresa/light-servicos-de-eletricidade/lista-reclamacoes/>. Último acesso: 25/01/2024.

20 Fonte: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm. Último acesso: 25/01/2024.

É importante deixar claro que o padrão brasileiro de continuidade de fornecimento já é, digamos, assaz generoso para com as distribuidoras de energia elétrica. A título de exemplo: na União Europeia, as empresas têm um limite máximo de 300 minutos de ausência de fornecimento por ano; no Brasil, por sua vez, o limite é de 960 minutos anuais, mais do que o triplo do limite europeu²¹. Com tamanha liberalidade nos padrões de qualidade, não é de se espantar, portanto, que haja incontáveis reclamações acerca da continuidade dos serviços.

Para ilustrar isso, podemos recorrer a um exemplo deveras recente: em dezembro de 2023, o PROCON/RJ abriu mais um processo administrativo²² contra a Light, precisamente por “constatação de grave interrupção no fornecimento de energia”, no qual intenta multar a empresa em 13 milhões de reais.

Ao não cumprir com sua obrigação de manter continuidade na prestação de seus serviços de fornecimento de energia elétrica, a Light permite inferir que não presta um serviço adequado, consoante a Lei de Concessões, o que abre a possibilidade de acionamento judicial, mormente no Juizado Especial Cível, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, em caráter individual.

Todavia, há a possibilidade de impetração de ações além daquilo que se conhece informalmente como “pequenas causas”. Por exemplo, ações civis públicas, ações de responsabilidade civil ou mesmo ações coletivas. Um estudo mais aprofundado é necessário para que tenhamos o condão de escrutinar como o descumprimento do requisito de regularidade é analisado pelo Poder Judiciário, em todas as suas esferas.

21 Fonte: <https://www.portal-energia.com/um-dos-caminhos-para-combater-as-perdas-tecnicas-na-distribuicao-de-energia-eletrica/>.
Último acesso: 25/01/2024.

22 Fonte: <https://prefeitura.rio/cidadania/procon-carioca-cobra-da-light-agilidade-para-reduzir-prejuizos-dos-consumidores/>. Último acesso: 25/01/2024.

2.2.2.3. Possíveis violações na exigência legal de eficiência dos serviços prestados

Laureado com o Nobel de Economia em 2013²³, o economista norte-americano Eugene Fama é autor da clássica definição de eficiência econômica, segundo a qual o preço de um determinado produto ou serviço é consequência do valor intrínseco do produto ou serviço em tela, derivado não apenas da alocação mais eficiente possível de todos os fatores de produção envolvidos, mas também das informações que podem afetá-los.²⁴

Na prática, isso significa que a Light deveria buscar reduzir os índices de perdas técnicas diuturnamente, tendo como norte as melhores práticas internacionais do mercado de distribuição de energia elétrica. Desafortunadamente, não é o que se verifica *in loco*. A ANEEL autoriza a Light a repassar aos consumidores 50% de sua perda operacional, estimada em 6,84% da energia que distribui²⁵ – e garante esse percentual por cinco anos em cada revisão tarifária (RTP). Ao não compelir a Light a ser mais eficiente, por meio da redução progressiva dos patamares de perda técnica com vistas a zerar o encargo imposto aos consumidores por conta do repasse da ineficiência da Light, a ANEEL contribui diretamente para a perpetuação desse cenário.

Em um estudo mais aprofundado, poderemos escrutinar tanto as ações já apresentadas e seus desdobramentos quanto novas

23 Conjuntamente com Lars Peter Hansen e com Robert J. Shiller. Disponível em <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2013/summary/>. Último acesso: 25/01/2024.

24 Disponível em: <https://web.archive.org/web/20220120173234/http://ena.lp.edu.ua:8080/handle/ntb/52508>. Último acesso: 25/01/2024.

25 Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/reh20223014ti.pdf>, Tabela 8. Último acesso: 25/01/2024.

ações possíveis e cabíveis frente a Light por conta do seu descumprimento do § 1º do Art. 6º da Lei 8987/1995 no que tange à exigência de eficiência na prestação do serviço de distribuição de energia elétrica.

2.2.2.4. Possíveis violações na exigência legal de segurança dos serviços prestados

Nesse ponto, adentramos um território particularmente desolador. Ao falarmos de segurança na prestação do serviço de distribuição de energia elétrica, precisamos, *prima facie*, entender o que significaria a ausência de segurança na prestação do referido serviço. E eis que estamos lidando com um serviço potencialmente letal: milhares de pessoas morrem nos Estados Unidos da América todo ano por conta de acidentes envolvendo eletricidade²⁶ e, embora não haja estatísticas consolidadas no Brasil, não há razões objetivas para supor que seria menos grave em um país subdesenvolvido como o nosso.

Mais especificamente, o risco no Brasil tende a ser maior por conta de uma característica que espelha o subdesenvolvimento do país: a prevalência absoluta de redes aéreas, que são 98% do total nacional²⁷, em detrimento de redes subterrâneas, mesmo em áreas urbanas²⁸. Mais precisamente, a Resolução Normativa 414/2010 da

26 Fonte: <https://www.esfi.org/workplace-safety/workplace-injury-fatality-statistics/>. Último acesso: 25/01/2024.

27 Fonte: NAKAGUSHI, M. I., HERMES, P. D. Estudo comparativo técnico/financeiro para implantação de redes de distribuição subterrâneas. 2011. Disponível em: <http://www.eletrica.ufpr.br/ufpr2/tccs/199.pdf>. Último acesso em 25/01/2024.

28 A Cidade de São Paulo possui uma legislação municipal desde 2015 (Lei 14103/2005, regulamentada pelo Decreto 47817/2006), que obriga toda a rede a ser subterrânea. Não funcionou: segundo um estudo da

ANEEL faz, na prática, a transferência dos custos da adoção de redes subterrânea para os próprios consumidores:

Art. 44, IX. [O interessado, individualmente ou em conjunto, e a Administração Pública Direta ou Indireta, são responsáveis pelo custeio das obras realizadas a seu pedido nos seguintes casos:] conversão de rede aérea existente em rede subterrânea, incluindo as adaptações necessárias nas unidades consumidoras afetadas.²⁹

Ou seja, a ANEEL terceirizou a responsabilidade de tornar a fiação 100% subterrânea em áreas urbanas para a sociedade. E isso tem implicações legais deveras importantes, uma vez que o assunto também é tema de um projeto de lei no Congresso Nacional³⁰, que prevê um prazo de 10 anos para que, em vias públicas, as concessionárias de energia elétrica e de telecomunicações tornem subterrânea toda a fiação aérea ora existente e que todas as novas fiações também sejam subterrâneas, apenas com recursos próprios.

Consultoria Empresarial LDM (disponível em <https://lmdm.com.br/wp-content/uploads/2021/07/Estudo-Redes-Aereas-x-Subterraneas.pdf>. Último acesso: 25/01/2024.), a Cidade de São Paulo não ganhou posições no ranking nacional de fiação subterrânea mais de 15 após a aprovação e regulamentação de legislação que tornou isso obrigatório no município.

29 Fonte: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.html>. Último acesso: 25/01/2024. Uma década mais tarde, a Resolução Normativa 1000/2020 da mesma agência reguladora disciplinou as regras técnicas para conversão das redes, mas não mudou a terceirização dos custos de fazê-lo para a sociedade.

30 Projeto de Lei 88/21, Câmara dos Deputados, de autoria do do deputado Paulo Ramos (PDT-RJ). Fonte: Agência Câmara de Notícias, disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/726736-projeto-fixa-prazo-para-empresas-eletricas-e-de-telefonias-implantarem-redes-subterraneas/>. Último acesso: 25/01/2024.

A partir de um estudo mais aprofundado, será possível apontar possíveis conflitos de interesse acerca desse tema, envolvendo agentes, *stakeholders* e a sociedade como um todo, sob a ótica jurídica.

2.2.2.5. Índícios preliminares de possíveis violações nas exigências legais de atualidade, generosidade, cortesia e modicidade das tarifas dos serviços prestados

Laureado com o Nobel de Economia em 2016³¹, o economista britânico *Sir* Oliver Hart é famoso por seus estudos sobre a Teoria dos Contratos³². Basicamente, Hart defende que contratos falhos e incompletos geram incentivos a comportamentos que pioram a situação econômica dos agentes (HART, 1995). No caso em tela, a Light não teria incentivos para melhorar seus parâmetros operacionais porque repassa aos consumidores 50% das suas perdas auto infligidas. O mesmo vale para as perdas não operacionais, que são totalmente repassadas até o limite determinado pela ANEEL.

Mais uma vez, a Revisão Tarifária (RTP) de 2022 da ANEEL concernente à Light³³ pode ter dado origem a tais violações, ao permitir que a concessionária repasse aos consumidores suas perdas, tanto operacionais (50% do total) quanto não operacionais (até 100%, desde que não ultrapasse o limite autorizado pela ANEEL). Nesse caso,

31 Conjuntamente com Bengt Holmström. Disponível em <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2016/summary/>. Último acesso: 25/01/2024.

32 Fonte: HART, OLIVER. *Firms, Contracts, and Financial Structure*. New York: Oxford University Press, 1995.

33 ANEEL: Resolução Homologatória Nº 3.014, de 15 de março de 2022. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/reh20223014ti.pdf>, Tabela 8. Último acesso: 25/01/2024.

não há como se divisar os custos reais da Light porque há um forte mecanismo de incentivos para a empresa para não reduzir as perdas que repassa aos consumidores. Tal fator dificulta sobremaneira o cumprimento das exigências legais de atualidade, generosidade, cortesia e modicidade das tarifas dos serviços prestados. Vejamos como o § 3º do Art. 6º da Lei 8987/1995 especifica o entendimento a ser dado à condição de atualidade: “[a] atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.”³⁴

Ou seja, ao repassar para os consumidores 50% do custo com perdas técnicas (energia perdida na rede seja por riscos inerentes ao negócio ou por equipamento e/ou operação inadequados), a Light também não cumpre com seu dever de atualidade e obriga os consumidores a pagar por 50% do custo de perdas decorrentes da própria natureza do seu negócio.

Além disso, a modicidade das tarifas não pode ser atingida quando a concessionária em tela (Light) repassa para os consumidores um aumento linear de 47,78% para compensar o que ela perde com energia desperdiçada, furtada ou fraudada – e ainda pretende subir esse patamar para mais de 60%.

A realização de um estudo mais aprofundado permitirá analisar a hipótese de a Light estar descumprindo as exigências legais de atualidade, generosidade, cortesia e modicidade das tarifas dos serviços prestados.

2.2.3. Os repasses perante o Código de Defesa do Consumidor

Pacificado o entendimento de que o governo brasileiro, por meio da ANEEL, permite o repasse aos consumidores das consequências fiduciárias decorrentes de perdas técnicas e de atos de furto ou fraude, há de se questionar como a relação consumerista é

34 Fonte: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm.
Último acesso: 25/01/2024.

afetada pelos repasses. Naturalmente, uma vez que tratamos de uma relação consumerista, ela será, portanto, regida prioritariamente pela Lei 8078/1990, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC). O Art. 22 diz que “[o]s órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.³⁵”

Por sua vez, o Art. 6º, IV fala que os consumidores serão protegidos contra as cláusulas abusivas: “[s]ão direitos básicos do consumidor] a proteção contra (...) cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.³⁶” Por fim, o Art. 51, IV determina que:

[São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que] estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.³⁷

Ao combinarmos os mecanismos legais supracitados, concluímos que repassar para o consumidor as perdas totais (técnicas e não técnicas) das distribuidoras é ilegal perante o Código de Defesa do Consumidor. Um estudo mais aprofundado será capaz de determinar como o Código de Defesa do Consumidor é invocado por consumidores e operadores do direito perante o Poder Judiciário para proteger os consumidores dos repasses.

35 Fonte: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm.
Último acesso: 25/01/2024.

36 Fonte: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm.
Último acesso: 25/01/2024.

37 Fonte: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm.
Último acesso: 25/01/2024.

2.2.4. Os repasses perante o Código Civil

2.2.4.1. O possível enriquecimento sem causa da Light

É comum pensarmos nos repasses como uma cláusula abusiva, a ser combatida no direito consumerista – e, portanto, sujeita a derrubada nos tribunais superiores; todavia, tal cláusula simplesmente não existe. O que a Light faz não é reservar em uma cláusula o seu direito de fazer os repasses nos contratos de adesão que firma com seus consumidores. O que a Light efetivamente faz é utilizar-se de uma autorização da agência reguladora de seu setor que lhe permite fazer os repasses. Por isso, é necessário considerarmos também a possibilidade de haver um componente de Direito Civil envolvido: o enriquecimento sem causa.

De fato, o Código Civil (Lei 10406/2002), em seu Art. 884, é cristalino ao apontar que enriquecimento sem causa é vedado no ordenamento jurídico pátrio: “[a]quele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.³⁸”

Ao repassar aos consumidores 50% das perdas técnicas e 100% das perdas não técnicas, a Light, pessoa jurídica de direito privado, pode estar incorrendo em enriquecimento sem causa. Em tese, a Light pode ser obrigada a restituir o quanto antes aos seus consumidores tudo o que retirou indevidamente dos bolsos deles à título de repasses ao longo de décadas. Não é difícil divisar futuras ações coletivas com repercussão geral envolvendo esse assunto; afinal, os consumidores não são cotistas da empresa para ter a responsabilidade solidária de aportar recursos quando a mesma incorre em perdas ou por questões operacionais (perdas técnicas) ou por furto de energia (perdas não técnicas).

38 Fonte:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Último acesso: 25/01/2024.

É, portanto, necessário que seja feito um estudo mais aprofundado para entender as consequências na esfera cível por conta de possível enriquecimento sem causa por parte da Light a partir dos repasses.

3. Considerações finais

Entendemos que já é passada a hora de se jogar mais luz jurídica sobre a questão dos repasses das perdas da Light para os consumidores. *Ceteris paribus*, a ANEEL não estimula a Light nem a melhorar a sua operação e nem a combater os furtos e fraudes que sofre, uma vez que a empresa socializa suas perdas com os consumidores. Nesse diapasão, apontamos indícios consistentes de violações da Lei 8987/1995 (Lei das Concessões), da Lei 8078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e da Lei 10406/2002 (Código Civil). *Ipsa facto*, propomos, portanto, que seja feito um estudo mais aprofundado para que tenhamos clareza acerca das implicações legais dos repasses das perdas da Light para os consumidores.

Referências bibliográficas

PAULO, VICENTE; ALEXANDRINO, MARCELO. **Direito Constitucional Descomplicado**. Quarta Edição. Rio de Janeiro: Editora Método, 2020.

NAKAGUISHI, M. I., HERMES, P. D. **Estudo comparativo técnico/financeiro para implantação de redes de distribuição subterrâneas**. 2011. Disponível em: <http://www.eletrica.ufpr.br/ufpr2/tccs/199.pdf>. Último acesso em 25/01/2024.

HART, OLIVER. **Firms, Contracts, and Financial Structure**. New York: Oxford University Press, 1995.

2**DA DESNECESSIDADE DO
EXAURIMENTO DA VIA
ADMINISTRATIVA PARA O
INGRESSO EM JUÍZO DE
DEMANDAS QUE
ENVOLVAM RELAÇÃO DE
CONSUMO**

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.2>

Plinio Lacerda Martins¹

Arthur Cunha da Costa Lima²

Carlos Henrique Cavalcante Frinhani³

-
- 1 Doutor em Direito pela UFF. Professor Associado da UFF. Promotor de Justiça aposentado. pliniolacerda@id.uff.br.
 - 2 Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA. Especialista em Direito do Consumidor pela UERJ. Professor Adjunto da UFF. Advogado. arthurcunhacostalima@id.uff.br.
 - 3 Especialista em Direito pela UVA. Advogado. frinhani.adv@gmail.com

RESUMO

Embora o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (CF) afirme que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, ultimamente um número razoável de decisões têm indeferido petições iniciais originadas de relação de consumo porque não houve o prévio exaurimento da via administrativa, comprometendo o próprio acesso à Justiça. Nesse sentido, o presente estudo busca refletir acerca do tema, demonstrando a desnecessidade do prévio esgotamento em sede extrajudicial pela parte que pretende ingressar em juízo.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Lesão ou ameaça a direito. Acesso à Justiça,

1. Introdução

Muitos fornecedores, quando demandados, apresentam na peça de bloqueio a tese acerca da prévia necessidade de a parte autora buscar solução administrativa/extrajudicial antes do ajuizamento da demanda perante o Poder Judiciário.

Afirmam que o consumidor, diante de um problema (*lato sensu*) que pode ser originado de um produto comercializado pelo fornecedor que torne inviável o seu consumo ou decorrente de má prestação de serviço, caracterizando uma lesão, somente deverá ingressar em juízo quando tiver esgotado o meio administrativo, que se constitui na utilização dos canais colocados à disposição pela própria empresa (ligações, gratuitas ou não, obtendo com isso um protocolo, ou *e-mail*, mais conhecidos) ou plataformas conhecidas como, por exemplo, “plataforma consumidor.gov.br.”, que é um projeto de unificação dos canais digitais do governo federal.

Nos limites da análise do trabalho a pesquisa se atará apenas ao comprometimento do acesso à justiça a exigência do prévio exaurimento da via administrativa em sede de direito individual. Outrossim, não haverá análise ao direito à tutela jurisdicional em caso de “ameaça a direito”.

2. A condição de admissibilidade

Ultimamente petições iniciais em curso perante a Juízos de Direito e Juizados Especiais Cíveis que derivam de relação de consumo e onde é postulado, por exemplo, a condenação de uma pessoa jurídica (fornecedora) ao pagamento de dano moral em razão de o nome do autor ter sido negativado equivocadamente em sede de cadastro restritivo de crédito foi instituído uma espécie de *condição de admissibilidade* que historicamente se origina da linha de defesa do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que ao contestar as ações previdenciárias que lhe eram propostas a suscitava, desde à época do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR).

Entretanto, a autarquia federal nunca logrou êxito, tanto que foi editada a Súmula 213 daquela Corte, repelindo a pretensão (*O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária*). Esse entendimento perdura até hoje no Superior Tribunal de Justiça (STJ), com a edição, em 1993, da Súmula 89 (*A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa*), reproduzida em seus julgados⁴.

A compreensão da *condição de admissibilidade* em juízo não se compadece com a dimensão constitucional da natureza abstrata do direito de ação que há de se impor sobre qualquer mecanismo que embarace a atuação do poder jurisdicional.

Direito fundamental à tutela adequada e efetiva

Desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 4º) que está previsto o dispositivo que assegura o acesso ao Poder Judiciário, situação mantida pela Constituição de 1967 (art. 150, § 4º) e pela de 1988, no art. 5º, inciso XXXV, que dispõe que a lei não deve excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O

4 AgRg no Agravo em REsp 139.094/PR, 2ª T., rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 03/05/2012, Dje: 08/05/2012

dispositivo indica que a lei ordinária não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário as próprias leis ou outros atos judiciais; a defesa dos direitos ou sua ameaça; a apreciação judicial dos direitos que se baseiem em leis ordinárias; e a apreciação judicial de direitos individuais e coletivos (COSTA, 2012, p. 31).

Na verdade, a atual redação melhorou a anterior, em que apenas a lesão a direitos individuais permitia solução pelo Poder Judiciário,⁵ o que se constituía em uma deficiência na tutela jurídica, pois a prestação jurisdicional pode chegar quando não mais o bem existir (AGRA, 2002, p. 183). Hoje, portanto, também está assegurado a ameaça de lesão a direitos.

Desse modo, o Poder Judiciário pode ser instado a decidir questões preventivas, desde que haja a configuração de uma probabilidade concreta de ocorrer uma agressão descabendo, portanto, amparo judicial às condicionantes hipotéticas, que se situam em meras alegações infundadas e inconsistentes, como a busca a proteção judicial a respeito de algo apenas porque em algum momento o Estado causará um dano a um direito do cidadão (AGRA, 2002, p. 183).

A questão que se coloca é que a Constituição Federal (CF) ao introduzir esse dispositivo legal no texto trouxe a obrigatoriedade de o Estado Constitucional prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva em âmbito processual e material constituindo-se um direito à proteção jurídica efetiva.

Com efeito, “A noção de efetividade do processo tem como premissa básica a concepção de que o Poder Judiciário tem como missão possibilitar aos demandantes uma adequada, tempestiva e eficiente solução de controvérsias, incluindo-se a devida realização do direito material tutelado em favor do seu titular” (NETO, 2019).

E o direito à obtenção da tutela jurisdicional adequada e efetiva é exercido mediante a propositura de ação lastreado em processo justo.

5 O art. 153, § 4º, da Carta de 1967/1969 dizia que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

Âmbito de proteção

O processo justo está atrelado ao direito à tutela jurisdicional que deve ser analisado no mínimo sob três perspectivas (i) do *acesso à justiça*; (ii) da *adequação da tutela*; e (iii) da *efetividade* da tutela (SARLET *et al.*, 2012, p. 628).

Em razão dos limites desse trabalho os estudos estarão voltados apenas para o acesso à justiça.

O direito de ação é um direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-juiz não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial. (NERY, 2016, p. 213)

O acesso à justiça diz respeito à amplitude da prestação da tutela jurisdicional, ao momento em que pode ser proposta a ação e ao custo financeiro do processo (SARLET *et al.*, 2012, p. 628).

Praticamente toda a doutrina repudia a chamada *jurisdição condicionada* que considera que a ação (individual, lembremos) visando à tutela jurisdicional não está condicionada à prévia instância administrativa e nem, com muito mais razão, ao seu prévio esgotamento⁶.

Em sentido contrário, ROQUE, André Vasconcelos; DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MACHADO, Marcelo Pacheco e JUNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira em artigo de autoria coletiva propõem a necessidade da releitura do princípio do

6 Nesse sentido: AGRA, 2002, p. 183; COSTA, 2012, pp. 31-32; SARLET *et al.*, 2012, p. 629; MORAES, 2002, p. 103; FERNANDES, 2010, pp. 331-332; JUNIOR, 2016, p. 216; JUNIOR e NERY, 2012, p. 224; GÓES e MELLO, 2018, p. 594 e FILHO, 2004, pp. 423-426 (para quem o acesso à jurisdição não pode ser obstaculizado pelo valor elevado das custas judiciais).

acesso à Justiça, com a imposição de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br⁷

Afirmam que essa condição seria legítima para o acesso à Justiça, *in verbis*:

Esta questão, que durante longos anos foi respondida no Brasil de modo negativo, tem ganhado novos contornos a partir de diversos precedentes de Tribunais Superiores, em releitura das condições para o exercício do direito de ação, especialmente do interesse processual (interesse de agir).

De fato, visto o interesse processual ser o juízo de necessidade/adequação, não parece fazer sentido se afirmar "necessário" o pronunciamento judicial sem que o interessado tenha, antes, manifestado ao adversário sua pretensão. Antes do conhecimento de tal pretensão sequer poderia se pensar em resistência ao pedido.

Além disso, não se pode ignorar o estímulo que o CPC confere aos meios extrajudiciais de solução de conflitos (art. 3º, § 3º).

Desse modo, é necessária a releitura do princípio do acesso à justiça, de maneira que - dentro de certos parâmetros e desde que isso seja possível sem maiores dificuldades - não viola o art. 5º, XXXV, da CF e o art. 3º, caput, do CPC a exigência de prévio requerimento extrajudicial antes da propositura de ações perante o Judiciário.

7 Releitura do princípio do acesso à Justiça: A necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br (Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica-a-necessidade-de-previo-requerimento-e-o-uso-da-plataforma-consumidor-gov-br> Publicado em 17/06/2019 Acesso em 29/11/2022)

É possível verificar a evolução da jurisprudência nesse sentido, deixando de lado uma visão de que sempre, em qualquer situação e sem qualquer critério, seria possível ajuizar uma medida judicial.

Ao citarem a jurisprudência para justificar a proposta apresentaram alguns julgados que excepcionam, realmente, a regra constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (princípio do direito de ação) *ex vi* do art. 5º, XXXV desconstruindo, na verdade, o alcance da norma fundamental.

Todos os precedentes citados são conhecidos e não caracterizam a tal evolução, constituindo-se, na verdade, as exceções há muito positivadas, tanto na doutrina como na própria jurisprudência.

A começar pela própria CF, que, em um único caso, difere da tutela jurisdicional tratando-se da Justiça Desportiva, uma vez que “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei” (art. 217, § 1º)⁸.

Com relação a arbitragem os particulares não estão impedidos de valerem-se voluntariamente da solução arbitral para a composição dos conflitos. O que a CF veda é a interdição da apreciação do Poder Judiciário pelo próprio Estado (SARLET et al., 2012, p. 629). Desse modo, o Supremo Tribunal Federal (STF), proclamou a constitucionalidade da Lei 9.307, de 23/09/1996, que instituiu a arbitragem, possibilitando às pessoas capazes valerem-se

8 O *habeas data*, instrumento processual previsto no art. 5º, LXXII, “a”, da CF, regulamentado pela Lei 9.507/1997, que tem como finalidade garantir que a pessoa física ou jurídica tenha acesso ou promova a retificação de suas informações, que estejam registradas em banco de dados de órgão públicos ou instituições similares exige do interessado a comprovação de que houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa: STF, AgRg no HD 87/DF, Pleno, rel. Min^a. CÁRMEN LÚCIA, DJe: 05/02/2010; Súmula 2, do STJ.

da mesma para solucionar litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º)⁹.

Em relação a causas previdenciárias, foi mencionado no artigo o importante julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 631.240 pelo STF, com repercussão geral reconhecida. Falaremos a respeito do mesmo mais adiante.

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Recurso Especial (REsp) 1.349.453/MS, representativo de controvérsia (art. 543, do Código de Processo Civil de 1973), que tratava do interesse dos correntistas obterem extratos bancários dos bancos, através de ação cautelar de exibição de documentos, para servirem mais tarde, à propositura de ações (principal) visando a obtenção da diferença de expurgos inflacionários em caderneta de poupança decidiu que a demanda era cabível como medida preparatória, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária.¹⁰

9 STF, Pleno, AgRg na SE 5.206/EP, j. 12/12/2001, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 30/04/2004, p. 29. (SARLET et al., 2012, p. 629)

10 PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. 2. No caso concreto, recurso especial provido. (STJ, 2ª Seção, REsp 1.349.453/MS, rel. Min. LUIS FELIPE

Ao contrário do que sustentam ROQUE, André Vasconcelos; DELLORE, Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MACHADO, Marcelo Pacheco e JUNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira, em artigo de autoria coletiva, da leitura do voto do relator, a extensão da necessidade do prévio requerimento foi em razão da modalidade da demanda ser de massa e pela ocorrência de abusos no ajuizamento indiscriminado de cautelares de exibição de documentos.

E com o voto-vista da Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI foi possível obter, em definitivo, a compreensão de que para se exigir do autor/correntista a demonstração da plausibilidade da relação jurídica alegada, pelo menos, com indícios mínimos capazes de comprovar a própria existência da contratação da conta poupança, deveria o correntista, ainda, especificar, de modo preciso, os períodos em que pretendia ver exibidos os extratos, tendo em conta que incumbe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do Código de Processo Civil de 1973 e art. 373, I, do Código de Processo Civil em vigor).

Disse a Ministra, em seu voto-vista, que era necessário “delimitar precisamente as condições da ação preparatória de exibição de documentos, a fim de evitar, de um lado, o fomento da “indústria” de processos bancários, e, de outro, propiciar o seu uso adequado para o escopo processual ao qual se destina, ou seja, ensejar a obtenção de documentos comuns, necessários para a avaliação acerca de eventual exercício posterior de direito, cujo detentor não se disponha a fornecê-los amigavelmente.”

Em continuação ao seu voto-vista, a Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI transcreveu parte do RE 631.240 julgado pelo Plenário do STF sob a égide de repercussão geral, que tomou o Tema 850, apresentando as premissas sob a necessidade de prévio requerimento extrajudicial à instituição financeira para exibir os documentos a fim de que se caracterize, ou não, o interesse de agir estabelecendo, mencionando, ainda, importante distinção entre

"prévio requerimento" e "exaurimento das vias administrativas" ocorrida no recurso extraordinário,

Para evitar qualquer desvirtuamento da evolução jurisprudencial, e as distorções que dele possam advir no âmbito das ações previdenciárias, se faz necessário transcrever alguns detalhes do voto do relator, o Ministro LUIZ ROBERTO BAROSSO, do qual se extrai:

1. Discute-se neste recurso a constitucionalidade da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para propositura de ações judiciais previdenciárias, à luz das cláusulas da separação dos Poderes e da inafastabilidade da jurisdição. Tal exigência é comumente formulada a título de comprovação do interesse em agir, condição da ação que se refere à necessidade da prestação jurisdicional.

2. O tema pode ser inserido numa discussão mais ampla, atinente à constitucionalidade das condições da ação. Em outros termos: a exigência de alguns requisitos para o regular exercício do direito de ação é compatível com a garantia de amplo acesso ao Poder Judiciário? (...).

II. INTERESSE EM AGIR: BREVE CONCEITUAÇÃO E JUSTIFICATIVA

6. Como se sabe, o interesse em agir, ou interesse processual, é uma condição da ação com previsão legal expressa (CPC, arts. 3º; 4º; 267, VI; 295, III), que possui três aspectos: utilidade, adequação e necessidade. Sem a pretensão de examinar todas as nuances teóricas que envolvem o tema, exaustivamente explorado pela doutrina, sintetizo abaixo o entendimento corrente, apenas para maior clareza da exposição.

7. A utilidade significa que o processo deve trazer proveito para o autor, isto é, deve representar um incremento em sua esfera

jurídica. Assim, por exemplo, diz-se que não tem interesse em recorrer a parte que obteve provimento totalmente favorável. Em tal hipótese, eventual recurso não será conhecido, ou seja, não terá o mérito apreciado.

8. A adequação, por sua vez, traduz a correspondência entre o meio processual escolhido pelo demandante e a tutela jurisdicional pretendida. Caso não observada a idoneidade do meio para atingir o fim, não pode haver pronunciamento judicial de mérito, uma vez que o requerente carece de interesse na utilização daquela via processual para os objetivos almejados. Por exemplo: caso o autor pretenda demonstrar sua incapacidade para o trabalho por prova pericial, não poderá lançar mão de mandado de segurança, ação que inadmite dilação probatória.

9. A necessidade, por fim, consiste na demonstração de que a atuação do Estado-Juiz é imprescindível para a satisfação da pretensão do autor. Nessa linha, uma pessoa que necessite de um medicamento não tem interesse em propor ação caso ele seja distribuído gratuitamente.

10. Esta sistematização do interesse de agir é adotada pela jurisprudência desta Suprema Corte, como se vê da ementa abaixo:

(...).

11. Como se percebe, o interesse em agir é uma condição da ação essencialmente ligada aos princípios da economicidade e da eficiência. Partindo-se da premissa de que os recursos públicos são escassos, o que se traduz em limitações na estrutura e na força de trabalho do Poder Judiciário, é preciso racionalizar a demanda, de modo a não permitir o prosseguimento de processos que, de plano, revelem-se inúteis, inadequados ou desnecessários. Do contrário, o acúmulo de ações inviáveis poderia comprometer o bom

funcionamento do sistema judiciário, inviabilizando a tutela efetiva das pretensões idôneas.

III. INTERESSE EM AGIR E PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO

12. A exigência de prévio requerimento administrativo liga-se ao interesse processual sob o aspecto da necessidade. Seria isto compatível com o preceito segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CRFB/1988, art. 5º, XXXV)?

(...).

III.2 Prévio requerimento e exaurimento das vias administrativas

19. É muito importante não confundir – como às vezes faz a jurisprudência – a exigência de prévio requerimento com o exaurimento das vias administrativas. A regra do art. 153, § 4º, da Constituição anterior (na redação dada pela EC nº 7/1977), que autorizava a lei a exigir o exaurimento das vias administrativas como condição para ingresso em juízo, não foi reproduzida pela Constituição de 1988. Esta a razão pela qual foram editadas a Súmula 213/TFR (“O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”), a Súmula 89/STJ (“A ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa”) e a Súmula 9/TRF3 (“Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação”). Esclareça-se, porém, que o requisito do prévio requerimento se satisfaz com a mera postulação administrativa do benefício, perante a primeira instância com atribuição para conhecê-lo, enquanto o exaurimento significa a efetiva utilização de todos os recursos administrativos cabíveis. (Grifos não originais)

O acórdão ficou assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração – , uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

(...).

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora –

que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (j. em 03/09/2014, DJe: 10/11/2014) (Grifos acrescentados)

Diante do exposto, assim concluiu a Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, em seu voto-vista:

Transportando esses fundamentos para as ações cautelares de exibição de documento, em que apenas se pretende a segunda via de contratos ou extratos bancários, anoto ser inconteste que os bancos já enviam periodicamente extratos, sendo franqueado igualmente o acesso gratuito aos lançamentos em conta bancária por meio da internet. Se não houver a iniciativa de seu cliente de pedir na agência de relacionamento, pelos canais adequados, a emissão de segunda via dos documentos já fornecidos, não há como se considerar configurada resistência do banco e, portanto, interesse de agir que justifique a movimentação do Poder Judiciário para a solicitação dos documentos comuns.

Outra questão pertine ao seguro DPVAT, sigla comumente utilizada para designar o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, que é regido por norma específica - Lei 6.194, de 19/12/1974.

Embora referida lei extravagante não contenha determinação explícita acerca da necessidade de prévio pedido

administrativo para a pretensão envolvendo o pagamento do seguro, mas apenas a dedução de que tal pagamento pode ser conferido administrativamente, desde que cumpridos os requisitos especificados na lei, o STJ, considerando a orientação firmada pelo STF no RE 631.240/MG, julgado com repercussão geral, passou a interpretar em igual sentido hermenêutico, asseverando a obrigatoriedade do requerimento administrativo prévio para o recebimento do seguro pessoal DPVAT. A esse respeito, confira-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. 1. O requerimento administrativo prévio constitui requisito essencial para aferir a existência de interesse de agir na ação de cobrança do seguro DPVAT. Súmula 83/STJ. 2. A ameaça ou lesão a direito aptas a ensejar a necessidade de manifestação judiciária do Estado só se caracterizam após o prévio requerimento administrativo, o qual não se confunde com o esgotamento das instâncias administrativas, consoante firmado pelo Plenário da Corte no julgamento de repercussão geral reconhecida nos autos do RE 631.240/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, Sessão do dia 03.09.14. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 989.022/RJ, 4ª T., rel. Min. MARCO BUZZI, j. em 24/05/2021, DJe 27/05/2021)

Importante salientar que, nada obstante a necessidade do prévio requerimento administrativo, ao juiz é admitido, diante do caso concreto, averiguar a real necessidade do mesmo ou se a sua imposição se mostra mais gravosa do que a postulação judicial do direito, tendo, por essa razão, admitido a percuciente averiguação judicial acerca da necessidade ou não de pedido administrativo para pretensões de cunho previdenciário, como decidiu o STF no RE 631.240/MG (STJ, REsp 1.987.853/PB, rel. Min. MARCO BUZZI, 4ª T., j. 14/06/2022, DJe: 20/06/2022)

Do ponto de vista do custo financeiro do processo, sabemos que o direito à tutela jurisdicional não implica direito à litigância sem custo.

A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, LXXIV, estabeleceu que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Embora essa garantia já exista no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934, sofrendo algumas variações ao longo dos textos constitucionais seguintes e uma supressão na Constituição de 1937, a partir da promulgação da CF de 1988, o Estado possui o dever de prestar assistência jurídica de forma gratuita às pessoas desprovidas de recursos. A existência desse direito fundamental tem por finalidade principal a garantia de acesso dos pobres ao Poder Judiciário e à defesa real de seus direitos, assegurando assim a demonstração do acesso à justiça.

No plano infraconstitucional, a lei que cuida da assistência jurídica prestada pelo Poder Público é a Lei 1.060, de 05/02/1950. (SILVA, 2013, p. 15)

Portanto, a proteção constitucional está naturalmente voltada para os necessitados, na forma da lei, nominados de *hipossuficientes*, impossibilitados de arcarem com as despesas relativas ao ajuizamento de ação.

A doutrina reputa regular a imposição do recolhimento de valores a título de taxa judiciária e custas judiciais como condição para o acesso à Justiça, ressaltando tão somente eventual inconstitucionalidade se a taxa judiciária for calculada sem limite sobre o valor da causa, sendo, por isso, empecilho para o efetivo ingresso em juízo. (SARLET, 2012, p. 630 e FILHO, 2004, pp. 423-426)¹¹

Entretanto, no campo prático, parece-nos que a questão vai além.

Antes de mais nada, é importante ressaltar que um dos princípios fundamentais da CF é a Dignidade da Pessoa Humana (art.

11 Consolidando a sua jurisprudência nesse mesmo sentido, o STF editou o Enunciado 667: “Viola a garantia constitucional do acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

1º, III) que é conexo ao mínimo existencial e que, em poucas palavras, “não trata apenas de garantir ao ser humano um “mínimo vital”, mas um mínimo de qualidade vida, o qual lhe permita viver com dignidade, tendo a oportunidade de exercer a sua liberdade no plano individual (perante si mesmo) e social (perante a comunidade onde se encontra inserido)”. (FILHO, 2016)

Adverte-se que não é o objetivo do trabalho aprofundar o debate a respeito de qual deve ser o critério, ou melhor, a renda mensal para atingir o mínimo existencial à luz do mercado de crédito e a Economia. É algo a ser explorado em futuros estudos.

Sendo o direito à assistência jurídica classificado como direito fundamental não é despidendo dizer que uma decisão que indefere a petição inicial por não restar comprovada a tentativa de resolver o problema por meio da “plataforma consumidor.gov.br.”, v.g., acarretará a necessidade de interposição do recurso por contrariedade ao art. 5º, inciso XXXV, da CF¹². Nesse momento tem lugar a necessidade de se levar a cabo o preparo, tanto para a demanda sob a égide do procedimento comum (art. 1.007 e segs., do CPC), como para o Juizado Especial Cível (art. 42, § 1º, da Lei 9.099/1995), sob pena de deserção.

Se a parte for juridicamente necessitada e conseguir comprovar tal condição estará isenta do recolhimento das custas judiciais. Entretanto, se o pleito de gratuidade judiciária for indeferido terá de efetuar o preparo. E aqui, muitas vezes, temos pessoas que se porventura forem obrigadas pelo Poder Judiciário ao pagamento à vista ou parcelado dos emolumentos comprometerá o próprio sustento e conseqüentemente o mínimo existencial.

Um bom exemplo para corroborar nossa assertiva é o valor atual do preparo de um recurso de apelação ou agravo de instrumento de um processo que tramita perante o Tribunal de

12 Entendemos que a exigência pelo juízo da apresentação do prévio requerimento administrativo contraria não apenas o interesse de agir (arts. 3º e 485, VI, ambos do CPC), mas, também, a razoável duração do processo (arts. 5º, LXXVIII, da CF e 4º, do CPC).

Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) que alcança R\$ 848,03¹³. Levando em consideração que o valor do piso nacional é de R\$ 1.212 bem se vê que a dignidade da pessoa humana poderá restar comprometida.

Se os direitos fundamentais são vistos como uma concretização dos direitos humanos,^{14,15,16} vale reproduzir a reflexão de JÜRGEN HABERMAS:

Primeiro, temos de responder então à questão se “dignidade humana” é a expressão para um conceito fundamental normativamente substantivo, a partir do qual os direitos humanos podem ser deduzidos por meio de uma especificação das condições de violação da

13 Portaria 226/2022, da Corregedoria-Geral da Justiça do TJRJ, que dispõe sobre as custas judiciais e emolumentos no Estado do Rio de Janeiro conferidas pela Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual 6.956/2015) (Disponível em http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/84190199/PORTARIA_CGJ_N_226.2022.pdf/ Acesso em 29/11/2022)

14 A civilização de um País é medida com base no tratamento reservado às pessoas mais vulneráveis, aos marginalizados, aos diversamente hábeis, à efetiva concretização histórica da centralidade das pessoas. (PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Renovar, RJ, 2008, p. 787)

15 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant sinalizam a respeito de barreiras ao acesso à Justiça, em grande escala às pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os mais pobres. Preconizam acerca da necessidade esforços pelo Estado (vontade política) para apoiar os cidadãos contra os governos e os consumidores contra os comerciantes. (Acesso à Justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Ed. Fabris. Porto Alegre, 1998. 1998, pp. 28-29)

16 O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.” BOBBIO, Norberto *apud* TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação dos Direitos Humanos. Ed. Renovar, 2002, p. 3.

dignidade humana, ou se é apenas a expressão vazia para um catálogo de direitos humanos individuais, espalhados e não relacionados.

(...).

Em virtude de sua universalidade abstrata, os direitos humanos precisam ser concretizados em cada caso particular. Com isso, legisladores e juízes chegam a resultados muito distintos com contextos culturais diferentes.

(...).

O Tribunal Constitucional Federal [da Alemanha] procedeu de modo semelhante em sua decisão inovadora de 9 de fevereiro de 2010 para determinar o direito aos benefícios a partir do § 20, inciso 2 SGB II (do seguro-desemprego II). Por ocasião disso “derivou-se” do artigo 1 da lei fundamental um direito fundamental a um mínimo existencial que possibilita ao favorecido (e seus filhos) uma “participação adequada na vida social, cultural e política”. (HABERMAS, 2012, pp. 11-13) (Grifos acrescentados)

3. A judicialização

O direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação. A realização de um direito subjetivo é alcançada quando se consegue o objeto desse mesmo direito que se materializa com a tutela jurisdicional, ou seja, a sentença, favorável ou não ao autor. (NERY, 2016, p. 213).

A concepção de que o conflito deve ser dirimido através da figura do juiz é algo que não deve ser encarado como estranho nas sociedades ocidentais.¹⁷

O processo judicial possui a capacidade de produzir sensações, inspirações e esperanças, além de traduzir um mecanismo estatal e supraestatal de resolução de conflitos historicamente constituído na figura do magistrado (ASENSI, 2014, p. 686).

Em que pese os meios alternativos para a solução dos conflitos, o incentivo a *desjudicialização*¹⁸ e das plataformas colocadas à disposição do consumidor (gov.br), além da autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON/RJ), criada para garantir que os direitos dos consumidores sejam respeitados pelos fornecedores de serviços e produtos, não pode ser tolhido do consumidor o mais amplo acesso à Justiça.

Sendo assim, a chamada jurisdição condicionada é incompatível com o princípio do direito de ação (art. 5º, XXXV, da CF)¹⁹.

17 A respeito da judicialização, é claramente evidente nas sociedades ocidentais que um conflito só pode ser resolvido através da intervenção de uma instância neutra, externa, e o mais das vezes superior ao conflito, dotada de uma competência técnica que a torna onisciente e inscrita no cume da organização do Estado, para garantir sua autoridade e sua legitimidade. (ARNAUD, André-Jean et al. Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito. Tradução: Patrice Charles e F. X. Willaume. Renovar, RJ, 1999, p. 432)

18 Termo que faz referência à divisão do trabalho entre os tribunais do Poder Judiciário e outras instituições, em matéria de solução de conflitos entre aqueles submetidos à jurisdição. A noção de desjudicialização é a base ideológica de propostas no sentido de fazer daqui para frente com que certas categorias de processos civis, além de certos problemas de ordem penal, sejam tratados por instituições parajudiciais ou privadas, existentes ou a serem criadas, em vez da utilização da via judicial. (idem, p. 242)

19 Art. 1º (...) Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições

4. Entendimento dos tribunais

Embora haja por parte da primeira instância o reconhecimento do interesse de agir à comprovação do prévio esgotamento da via administrativo de qualquer demanda individual alcançada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), pela parte autora, mesmo não se tratando de questão previdenciária ou de seguro pessoal obrigatório (DPVAT), a pesquisa constatou que os tribunais estaduais possuem sólido entendimento no sentido de que é ilegítima tal exigência por contrariar a garantia constitucional ao exercício do direito de ação, previsto no art. 5º, XXXV da Carta Magna.²⁰

Lado outro, o pronunciamento que exige do autor a demonstração de que apresentou prévio requerimento administrativo para a solução do problema tem natureza de despacho e, por isso, não desafia a interposição de recurso. Nada obstante, em razão do possível erro de ofício ou abuso de poder, poderia o mesmo

previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados, da Lei 7.347, de 24/07/1985, incluído pelo art. 6º, da MP 2.180-35, de 24/08/2001.É inconstitucional, referido dispositivo legal (NERY, 2016, p. 211).

20 TJTO, Ap. Cív. 0000739-29.2022.8.27.2732, 1ª CC, rel. Desª JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA, j. em 23/11/2022, DJe: 24/11/2022; TJSP, Ap. Cív. 1006586-30.2021.8.26.0348, 20ª CDirPriv, rel. Des. REBELLO PINHO, j. em 14/03/2022, Reg.: 14/03/2022; TJSP, Ap.Cív. 1039668-12.2020.8.26.0114, 35ª CDirPriv, rel. Des. MORAIS PUCCL, j. 05/11/2021, Reg.: 09/11/2021, TJRS, Ap. Cív. 70018567339, rel. Des. TASSO CAUBI SOARES DELABARY, 9ª CC, j. 25/04/2007, Pub.: 07/05/2007: MS 5003272-53.2019.8.24.0018, 2ª Turma Recursal de SC, rel. Juiz MARCO AURELIO GHISI MACHADO, j. 08/06/2020, DJe: 21/05/2020; TJRJ, AI 001096-50.2020.8.19.0000, 22ª CC, rel. Des. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA, j. 30/04/2020, Pub.: 05/05/2020.

desafiar a interposição de correição parcial ou reclamação correicional.²¹

No entanto, a jurisprudência rejeita o manejo da correição parcial por entender que a parte deverá aguardar sobrevir a sentença para, aí sim, interpor o recurso previsto no Código de Processo Civil.

5. Considerações finais

Em que pese a disponibilidade de meios alternativos para a tentativa de solução do litígio entre consumidor e fornecedor, originado da má prestação de serviço pelo mesmo, ao Poder Judiciário, em primeira instância, não é possível que uma mera opção se transforme numa espécie de condição de admissibilidade da demanda diante da ausência do documento que comprove o exaurimento da via administrativa.

O indeferimento da petição inicial acarreta prejuízo a parte autora que será forçada a interpor um recurso, com gasto significativo a título de custas judiciais (exceto se for hipossuficiente, claro) para atender a regra do preparo, sem prejuízo do tempo que terá de aguardar o julgamento pelo tribunal, sendo possível o retorno ao normal prosseguimento do feito apenas quando ocorrer o trânsito em julgado do *decisum* que o anulará por evidente *error in procedendo*.

À guisa do grande número de processos em curso e que são distribuídos diariamente para um Juízo de Direito ou Juizado Especial, ambos de competência cível, nada justifica tal renitência diante da tranquila posição das Cortes estaduais que rechaçam qualquer

21 Art. 219. São suscetíveis de correição, mediante reclamação da parte ou de órgão do Ministério Público, as omissões do juiz e os despachos irrecorríveis por ele proferidos, que importem em inversão da ordem legal do processo ou resultem de erro de ofício ou abuso de poder. (Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro – CODJERJ) Disponível em <https://cgj.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/codjerj.pdf> Acesso em 29/11/2022.

investida de se deslustrar o direito de ação, sendo certo que a doutrina majoritária trilha idêntico caminho.

Podemos concluir que qualquer obstáculo que porventura venha a ser criado para o consumidor ingressar em juízo em face do fornecedor, originado de uma lesão por ele experimentada, alcançada pela Lei 8.078/1990, conspurca o Direito Fundamental do acesso à Justiça (arts. 5º, XXXV, da CF e 3º, do CPC).

Referências bibliográficas

AGRA, Walber de Moura. Manual de Direito Constitucional. Ed. Revista dos Tribunais. SP, 2002.

ASENSI, Felipe Dutra. O processo judicial como fato social global total. ASENSI, Felipe Dutra e DE PAULA. Daniel Giotti. Tratado de Direito Constitucional: Constituição no Século XXI. Vol. 2. Ed. Elsevier. 2014, RJ.

ARNAUD, André-Jean et al. Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito. Tradução: Patrice Charles e F. X. Willaume. Renovar, RJ, 1999.

BOBBIO, Norberto. Apud TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação dos Direitos Humanos. Ed. Renovar, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 05/10/2022.

BRASIL. Poder Judiciário de Santa Catarina. Jurisprudência. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>. Acesso em 05/10/2022.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Ed. Fabris. Porto Alegre, 1998.

COAD: Soluções Confiáveis. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/793/Sumulas_e_enunciados. Acesso em 05 de Out. 2022.

COSTA, Nelson Nery. Constituição Federal anotada e explicada. Ed. Forense. 5. ed., RJ, 2012.

CODJERJ - Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (Disponível em <https://cgj.tjrj.jus.br/documents/10136/18186/codjerj.pdf> Acesso em 29/11/2022)

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Lumen Juris. RJ, 2010.

FILHO, Salomão Ismail. Mínimo existencial: um conceito dinâmico em prol da dignidade humana. (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-05/mp-debate-minimo-existencial-conceito-dinamico-prol-dignidade-humana> Acesso em 29/11/2022.

FILHO, Nagib Slaibi. Direito Constitucional. Ed. Forense. RJ, 2004.

GÓES, Guilherme Sandoval e MELLO, Cleyson de Moraes. Direito Constitucional. Ed. Processo. RJ, 2018.

HABERMAS, JÜRGEN. Sobre a Constituição da Europa: um ensaio. Tradução: Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. Ed. Unesp. SP, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Ed. Atlas, 11. ed., SP, 2002.

JUNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo na Constituição Federal. Ed. Revista dos Tribunais. 12. ed., 2016.

JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. Ed. Revista dos Tribunais. 3. ed., SP, 2012.

NETO, Elias Marques de Medeiros. O STJ e o princípio da efetividade: relevantes julgados sobre a garantia constitucional da duração razoável do processo. (Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/301643/o-stj-e-o-principio-da-efetividade> publicado em 07/05/2019, atualizado em 02/10/2019 Acesso em 29/11/2022)

PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Renovar. RJ, 2008.

Portaria 226/2022, da Corregedoria-Geral da Justiça do TJRJ, que dispõe sobre as custas judiciais e emolumentos no Estado do Rio de Janeiro conferidas pela Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (Lei Estadual 6.956/2015) (Disponível em http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/84190199/PORTARIA_CGJ_N_226.2022.pdf/ Acesso em 29/11/2022)

Plataforma consumidor.gov.br: <https://www.gov.br/pt-br>

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Luiz Guilherme. Curso de Direito Constitucional. Ed. Revista dos Tribunais. SP, 2012.

SILVA, Túlio Macedo Rosa e. Assistência Jurídica Gratuita na Justiça do Trabalho. Ed. Saraiva. SP, 2013.

Súmula 213, do Tribunal Federal de Recursos:

<https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=tfr&num=213>

Súmula 89, do Superior Tribunal de Justiça:

https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/793/Sumulas_e_enunciados

Supremo Tribunal Federal: <https://portal.stf.jus.br/>

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: <https://www.tjrj.jus.br/>

Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul:

<https://www.tjrs.jus.br/novo/>

Tribunal de Justiça de São Paulo: <https://portal.tjsp.jus.br/>

Tribunal de Justiça do Tocantins: <https://www.tjto.jus.br/>

3**A PROTEÇÃO DO
CONSUMIDOR NO OPEN
INSURANCE**

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.3>

Luiza Szczerbacki Castello Branco¹

-
- 1 Doutoranda em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Administração Pública e Governo pela Fundação Getulio Vargas - EBAPE/FGV. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Email: luizabranco@id.uff.br.

RESUMO

Os seguros fazem parte de uma indústria tradicional, burocrática e altamente regulada, o que denota o desalinhamento do referido setor com as novas soluções e disrupções tecnológicas. Com isso, o setor securitário tem buscado se reinventar alicerçado na big data, blockchain, inteligência artificial, internet das coisas, etc, inovações que têm proporcionado, entre outros, aumento da capacidade de coleta e armazenamento de dados e ganhos de eficiência. Referidos avanços tecnológicos, em especial a facilidade de se transmitir e armazenar dados em um volume cada vez maior, propiciaram a criação do Open Insurance, ecossistema que foi implementado no Brasil por meio da Resolução nº 415/2021 do CNSP. Se, por um lado, esse novo ambiente digital pode trazer diversos benefícios aos consumidores, como, por exemplo, facilidade de acesso, propostas mais adequadas ao perfil do cliente e redução de custos, por outro lado, há potenciais impactos de novos conflitos oriundos, por exemplo, de problemas com a segurança e a privacidade de dados, fragmentação do mercado e fraudes. Neste sentido, a partir de uma abordagem qualitativa-expositiva, este trabalho propõe abordar e discutir, de forma preliminar, a proteção dos segurados/consumidores no Brasil, em especial no que diz respeito à resolução dos conflitos oriundos desse novo ambiente tecnológico

Palavras-chave: Novas Tecnologias. Open Insurance. Direito do Consumidor. Plataformas Digitais.

1. Introdução

Vive-se hoje o início da quarta revolução industrial, era da revolução digital, da mudança exponencial e de grandes transformações tecnológicas. Esta revolução está transformando não só o comportamento das pessoas, mas também a forma como as empresas entendem o seu negócio e se relacionam com os consumidores (VARGAS, 2017, p.64). O setor securitário não está alheio a esta tendência global e tem se reinventado por meio de novas soluções e disrupções tecnológicas. O uso de novas tecnologias permite um significativo incremento na capacidade de coletar,

armazenar e analisar dados e informações, o que é fundamental para o sucesso da atividade de seguros (GUERRA & GONÇALVES, 2021, p.222).

A irrupção de inovações numa indústria tão tradicional como a de seguros também trouxe significativos desafios para as seguradoras. Novos *players* estão entrando no mercado, como determinadas startups conhecidas como *insurtechs* – acrônimo da palavra *insurance* (seguro) com *technology* (tecnologia) (VARGAS, 2017, p.65). No mais, *blockchain*, *big data*, internet das coisas (IoT) e inteligência artificial (IA) são algumas das tecnologias disruptivas que as companhias de seguro têm se utilizado para transformar essa indústria tradicional e altamente regulada (CRISTINO, 2020, p.10).

Os avanços tecnológicos, em especial a facilidade de se transmitir e armazenar dados em um volume cada vez maior, forneceram as condições para a criação do *Open Insurance*, que foi implementado no país pela Resolução nº 415/2021 do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP). O *Open Insurance* pode ser sintetizado como um ecossistema digital que possibilita que consumidores do setor de seguros compartilhem suas informações entre diferentes sociedades autorizadas/credenciadas pelo órgão regulador, de forma segura, ágil, precisa e conveniente.

Se, por um lado, esse novo ecossistema pode trazer diversos benefícios aos consumidores, como, por exemplo, facilidade de acesso e propostas mais adequadas ao perfil do cliente e redução de custos, por outro lado, há potenciais impactos de novos conflitos oriundos, por exemplo, de problemas com a segurança e a privacidade de dados, fragmentação do mercado e fraudes. Neste sentido, este trabalho propõe abordar e discutir, de maneira preliminar, a proteção dos segurados/consumidores no Brasil, em especial no que diz respeito à resolução dos conflitos oriundos desse novo ambiente tecnológico.

Na primeira seção far-se-á uma contextualização sobre os seguros e as novas tecnologias, abordando as mudanças que este setor tem vivenciado e apresentando as novas tecnologias disruptivas que têm sido utilizadas. Em seguida abordar-se-á o *Open Insurance* e seu marco jurídico no Brasil. Na terceira seção serão discutidos os riscos ao consumidor advindos desse novo ecossistema digital assim

como a sua proteção, em específico no que diz respeito aos sistemas de resolução de conflitos. Na última seção são feitas as considerações finais.

A presente pesquisa de tipo exploratória foi realizada com opção metodológica a partir de uma abordagem qualitativa-expositiva, utilizando-se da revisão bibliográfica e documental com o intuito de analisar a proteção do consumidor nos novos ecossistemas digitais. O estudo está delimitado, de forma mais específica, à resolução de conflitos oriundos do ambiente do *Open Insurance*. O trabalho não tem por escopo ser exaustivo, mas fomentar a reflexão, o debate e servir de base para futuras pesquisas sobre o tema.

2. Seguros e Novas Tecnologias

Os seguros têm por escopo oferecer proteção patrimonial contra eventos indesejados, possuindo uma lógica de consumo invertida dos produtos comumente ofertados no mercado: eles são adquiridos com o intuito de não serem utilizados, ou seja, espera-se a não ocorrência do dano (DINIZ, 2020, p.58/59). No ordenamento jurídico brasileiro o seguro é definido como um contrato de garantia contra os riscos previstos (RIZZARDO, 2020, p.788), estando disciplinado no art. 757 do CC/02 como sendo o contrato pelo qual o segurador, mediante o pagamento do prêmio, se obriga a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Outra característica desse peculiar mercado é a enorme quantidade de informações e dados – tanto sobre os riscos quanto sobre os segurados - com os quais as companhias seguradoras têm que gerenciar (GONÇALVES FILHO, 2021). É com base nas informações relativas ao bem segurado (e.g. valor, localização), à pessoa segurada (e.g. idade, sexo, estado de saúde) e ao comportamento do segurado (e.g. consumo de cigarro), que o segurador calcula o risco coberto, precifica o seguro e decide sobre a pertinência e as condições da contratação (MONTI, 2002).

Sob essa ótica, quanto maior for a quantidade e a qualidade das informações disponíveis a respeito do risco segurado, maior será a eficiência da subscrição do risco. Tanto é assim que, desde os primórdios do seguro, mesmo antes da ciência atuarial, quando o prêmio ainda era calculado de forma subjetiva, com base na experiência dos contratantes, já se atribuía ao segurado o dever de declarar ao segurador todas as informações relevantes do risco e interesse segurado (MONTI, 2002).

A informação e a boa-fé são basilares para o desenvolvimento da atividade securitária. Para precificar adequadamente o risco e garantir tanto as coberturas que se deseja contratar como a sustentabilidade do fundo comum, as seguradoras se utilizam das informações do segurado para avaliar o seu risco e calcular o valor do prêmio. É importante contextualizar que no setor de seguros existe uma assimetria de informação, uma vez que é o segurado que tem mais informação acerca do seu próprio risco que o segurador (GONÇALVES FILHO, 2019, p.44).

Cabe ainda destacar que a atividade de seguros privados é historicamente um setor tradicional, fortemente burocratizado - o que redundava em processos complexos e lentos para seus clientes -, com estruturas organizacionais truncadas e fechadas, além de ser objeto de intensa regulação estatal (GUERRA & GONÇALVES, 2021, p.221; MJV, 2022). Tais características denotam o desalinhamento do referido setor com as novas soluções e disrupções tecnológicas, indicando a necessidade de mudanças de paradigmas, perspectivas e da reinvenção da indústria de seguros.

Vários setores, como, por exemplo, o setor bancário e financeiro, têm adotado novas tecnologias, as quais tem se tornado fortes aliadas na comercialização de diversos produtos e serviços. Buscando alinhar-se a essa nova tendência global, nos últimos anos, as companhias de seguros, recorrendo às novidades tecnológicas, têm se esforçado para introduzir novos produtos no mercado e adotar novos canais de distribuição. Referidas tecnologias têm como principal missão, auxiliar na formulação de produtos inovadores, novos modelos de negócio e proporcionar maior rapidez e mais segurança no processo de comunicação dos sinistros (CRISTINO, 2020, p.10).

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (OCDE, 2017, p.11/12), a inovação por meio de novas tecnologias é um fator-chave de mudança em diversos setores, entre eles o setor securitário. Referidas tecnologias têm levado a ganhos de eficiência imensuráveis, com possibilidades de novos métodos de prestação de serviços, bem como mais oportunidades de coleta de dados e detecção de fraudes, que podem conduzir a uma melhor identificação e mitigação de riscos.

Assim, o estágio tecnológico atual tem provocado significativos avanços e transformações na operação de seguros, justificando o reconhecimento de uma nova fase na história desse setor. Dentre as utilidades que as tecnologias têm proporcionado à indústria de seguros, pode-se citar o desenvolvimento de técnicas disruptivas de coleta e processamento da informação, novos modelos de gerenciamento do risco, novas técnicas de oferta, contratação e execução do contrato, etc (MIRAGEM, 2015, p.25). Não se desconsidera que as seguradoras possuem ferramentas robustas em favor do tratamento de dados, todavia, isso foi incrementado pelo surgimento das inovações tecnológicas que potencializaram o alcance do monitoramento de dados (GONÇALVES FILHO, 2019).

A partir das novas e disruptivas tecnologias, buscando adicionar inovação a um setor arcaico como o securitário, surgiram determinadas startups conhecidas como *insurtechs* - termo oriundo da junção da palavra *insurance* (seguro) com *technology* (tecnologia) -, fenômeno que, alicerçado na *big data*, inteligência artificial (IA) e internet das coisas (IoT), está transformando o setor em comento. O objetivo desse novo modelo de negócios é melhorar a experiência do cliente, simplificando o gerenciamento de políticas e aumentando a concorrência (MJV, 2022).

Em um mundo cada vez mais digital, as seguradoras tradicionais já perceberam que devem investir em menus de serviços digitais, aplicativos móveis, *omnichannel*², bem como, em

2 *Omnichannel* é uma estratégia de vendas que integra diferentes canais de comunicação e divulgação, oferecendo aos clientes uma experiência de marca unificada para que cada um possa alternar entre vários canais e, ainda assim, conseguir a melhor qualidade no atendimento, nos serviços

metodologias ágeis, estratégias centradas no usuário (*user-centric/people-first*) e *data science* (MJV, 2022). Isso significa, em síntese, entregar produtos mais personalizados, simples, convenientes e eficientes aos usuários, com foco no cliente, de forma que os seguros não sejam apenas sobre subscrição de riscos, mas um negócio voltado para o bem-estar do segurado.

Dentre as diversas novas tecnologias disruptivas e relevantes que estão sendo vistas como tendo potencial para proporcionar inovações no mercado de seguros, pode-se citar *big data*, tecnologia móvel, inteligência artificial (IA), *machine learning*, *robo-advice*, *smart contracts*, *blockchain* e *internet of things* (IoT), que serão a seguir, brevemente apresentadas, assim como o seu uso no setor de seguros.

2.1. Novas Tecnologias Disruptivas³

Big Data: é um termo genérico que se refere a conjuntos massivos de dados, estruturados e não estruturados, que não podem ser tratados pelos métodos tradicionais, e que são analisados usando ferramentas de aprendizado de máquina (MANI, 2020). Geralmente é definida como grandes conjuntos de dados não estruturados coletados de uma variedade de fontes, associada a três qualidades definidoras: volume (grande quantidade de dados), velocidade (os dados são gerados em alta velocidade) e variedade (os dados são

e produtos que adquire RODRIGUES, Jonatan. Omnichannel: entenda o que é e por que sua empresa deve ficar de olho nessa estratégia. *Resultados Digitais*, 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/marketing/omnichannel/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

- 3 A presente seção foi elaborada com base no Relatório Regulação e Governança Regulatória do Setor de Seguros (2022), do Instituto de Inovação em Seguros e Resseguros (IISR) da Fundação Getulio Vargas (FGV), projeto em que a autora atuou como pesquisadora subcoordenadora.

coletados de amplas e diversificadas fontes) (TALESH & CUNNINGHAM, 2021).

Dentre as vantagens do uso da *big data* no setor de seguros pode-se mencionar a possibilidade de uma maior oferta de produtos por meio dos perfis criados pelas análises de dados⁴, o que permite às companhias de seguros abordarem potenciais clientes, além de oferecer produtos mais personalizados (CRISTINO, 2020, p.49). No mais, por meio da *big data* as seguradoras poderão realizar uma maior seleção de riscos, aplicar tarifas mais precisas e criar produtos mais adequados às necessidades dos clientes (CRISTINO, 2020, p.77).

Tecnologia Móvel: o acesso à internet, o efeito de rede dos *smartphones* e o desenvolvimento de aplicativos para esses dispositivos (*apps*) permitem que um público cada vez maior seja alcançado pelas empresas. Atualmente, os telefones celulares têm a capacidade de notificar os indivíduos sobre qualquer evento, desde a cobertura do seguro até pagamentos de prêmios (OCDE, 2017, p.19).

A alta penetração da tecnologia móvel promoveu a massificação dos seguros, permitindo a diminuição de custos associados à sua comercialização, assim como aqueles relacionados à coleta de prêmios; entrega de certificados; recebimento e pagamento de sinistros; e controle de fraudes, permitindo que serviços com custos antes inalcançáveis para certos segmentos da população se tornassem acessíveis (VARGAS, 2017, p.66).

Inteligência Artificial (IA): são sistemas de *software* (e eventualmente também de *hardware*) concebidos por seres humanos, que, tendo recebido um objetivo complexo, atuam na dimensão física ou digital percebendo o seu ambiente mediante a aquisição de dados, interpretando os dados estruturados ou não estruturados recolhidos, raciocinando sobre o conhecimento ou processando as informações resultantes desses dados, e decidindo as melhores ações a adotar para atingir o objetivo estabelecido (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, p.18).

4 Esses perfis permitem a organização de (potenciais) clientes em categorias, em função de determinadas características, assim como permite a criação de perfis únicos por meio de um processo que passa por *tracking, scoring e personalizing*.

A inteligência artificial pode ser usada no setor de seguros para realizar as mais variadas operações, tais como marketing e vendas, precificação e subscrição, fiscalização contra fraudes, monitoramento de riscos, dentre outras (GUERRA & GONÇALVES, 2021, p.241). Pode-se citar ainda o monitoramento de desempenho, processamento de reclamações e o uso de *chatbots* (GIMAR, 2019, p.46/47). Esses últimos podem ser definidos como um programa de computador que interage com a web, telefone e usuários de mídias sociais de uma organização e realiza ações escritas e/ou conversas orais (DEEPIKA et. al, 2020), ou seja, um assistente virtual.

Machine Learning ou Aprendizagem de Máquina⁵: são algoritmos que permitem que os sistemas aprendam diretamente de exemplos, dados e experiências; os algoritmos de *machine learning* adquirem seu próprio conhecimento, extraindo padrões de dados brutos, o que permite prever atividades futuras e tomar decisões (GUERRA & GONÇALVES, 2021, p.223).

Os algoritmos podem ser definidos como um conjunto de etapas para um programa de computador realizar uma tarefa sob determinadas condições. O algoritmo pode ser programado para, por exemplo, seguir um conjunto de instruções condicionais para colocar uma ordem de negociação em uma velocidade e uma frequência que não são possíveis para um operador humano (OCDE, 2017, p.12). Em suma, os algoritmos, a partir da análise do máximo de dados possível, podem prever comportamentos futuros. Neste sentido, um dos principais benefícios da *machine learning* na indústria de seguros é

5 Os termos *machine learning* (ML) e inteligência artificial (IA), não obstante para alguns autores serem extensões intercambiáveis (vide COGLIANESE, Cary; LEHR, David, Transparency and Algorithmic Governance. *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2019 e COGLIANESE, Cary; BEN DOR, Lavi M. AI in Adjudication and Administration. *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2021) também podem ser vistas como a ML sendo um dos vários tipos de IA (vide TALESH, Shauhin A.; CUNNINGHAM, Bryan. The Technologization of Insurance: An Empirical Analysis of Big Data and Artificial Intelligence's Impact on Cybersecurity and Privacy. *Utah Law Review*, N. 5, 2021). Na presente pesquisa referidos termos serão abordados, para fins didáticos, em separado.

simplificar o massivo volume de dados e informações disponíveis, que, após analisados, permitem que as máquinas forneçam soluções para problemas e, até mesmo, que façam previsões para determinados cenários (AJAME, 2022).

Robo-advice ou Aconselhamento Robótico ou Automatizado: pode cobrir um amplo espectro de serviços, mas é essencialmente um modelo de aconselhamento automatizado on-line que tem a capacidade de fornecer aconselhamento de uma maneira mais econômica (OCDE, 2017, p.11/12). O *robo-advice*, por meio de algoritmos, fornece uma orientação automatizada e virtual, adaptada às necessidades do usuário, a custos reduzidos.

Para o setor de seguros, o *robo-advice* está sendo desenvolvido para gestão de investimentos, sendo cada vez mais utilizado para cotações com aconselhamento automatizado e ofertas calculadas por meio de algoritmos, proporcionando orientação e execução automatizadas em várias decisões financeiras. A consultoria automatizada pode ajudar parcela da população que não tem acesso a consultoria financeira a obter informações de maneira mais econômica do que utilizando um consultor humano (OCDE, 2017, p.12).

Smart Contracts ou Contratos Inteligentes: refere-se a qualquer contrato que seja capaz de executar ou impor a si próprio. Eles são escritos como código de programação que pode ser executado em um computador ou em uma rede de computadores, em vez de em linguagem legal em um documento impresso. Os contratos inteligentes permitem que as pessoas negociem e façam negócios com estranhos, geralmente usando a internet, sem a necessidade de um site oficial centralizado para atuar como intermediário. Contratos inteligentes geralmente são executados em *blockchains* ou em tecnologia de registro distribuído (*Distributed Ledger Technologies – DLT*) (OCDE, 2017, p.11/12).

Os *smart contracts* permitem que as regras de negócios sejam implementadas e executadas de forma automática, oferecendo a funcionalidade necessária para alterar os contratos em papel em código programável. A título exemplificativo, as informações dos sensores de um veículo podem ser enviadas automaticamente em caso de colisão e o *smart contract* tomará imediatamente as

providências, tais como reboque ou serviços médicos. Em seguida, ainda com a ajuda dos sensores, o contrato tentará avaliar os danos ao veículo e/ou solicitará inspeção manual, fazendo o registro dos relatórios, e após obter todas as informações necessárias, resolverá a reclamação. Tudo isso pode ser feito com pouca ou nenhuma intervenção humana (LAMOUNIER, 2019).

Blockchain: é um protocolo para a troca de valores ou dados pela internet que não requer um intermediário, tendo natureza descentralizada. O protocolo da tecnologia *blockchain* cria um banco de dados compartilhado e criptografado de transações e outras informações, que, após registradas na *blockchain*, são armazenadas de forma irreversível (ou seja, uma vez inseridas, as informações não podem mais ser alteradas). Neste sentido, as vantagens das *blockchains* em termos de transações financeiras são, por exemplo, a garantia da segurança cibernética e a transparência das transações (OCDE, 2017, p.12/19). De maneira sintetizada, pode-se dizer que a *blockchain* é um registro público distribuído, que contém todas as transações ou eventos digitais que foram executados e compartilhados entre as partes participantes da rede, e cujos dados são protegidos contra adulterações.

O uso da tecnologia *blockchain* no setor de seguros permite que as apólices sejam automatizadas e caracterizadas como *smart contracts*. Isso significa uma grande economia de custos, tempo e burocracia, uma vez que, ocorrendo alguma condição do prêmio, ele é automaticamente executado e cumprido. Como a *blockchain* tem como características ser um sistema público e transparente, indelével, impossível de modificar e falsificar, o armazenamento de informações é mais seguro, o que evita, por exemplo, o uso indevido de dados, assim como a vulnerabilidade a um ataque de hackers (BOAR, 2018, p.42/43).

Outros serviços e vantagens que podem ser implantados por meio da tecnologia *blockchain* são a prevenção e a detecção de fraudes, já que nenhum dado pode ser modificado depois de escrito na rede, além de ela possibilitar o compartilhamento de dados confidenciais entre as seguradoras ao mesmo tempo em que mantém a privacidade dos usuários sob controle. A tecnologia *blockchain* potencializa a prevenção e a gestão de reclamações, como, por

exemplo, ao reduzir o tempo de avaliação dos dados para processamento de solicitações de sinistros (LAMOUNIER, 2019).

Internet of Things (IoT) ou Internet das Coisas: é a tecnologia incorporada em objetos físicos. Por exemplo, sensores e atuadores – de estradas a marca-passos – são conectados por meio de redes com e sem fio, geralmente usando o mesmo protocolo que conecta a internet (OCDE, 2017, p.27). Assim, a IoT está associada a uma categoria de dispositivos eletrônicos que podem ser usados como acessórios, embutidos em roupas, implantados no corpo do usuário ou até mesmo tatuados na pele (VANDERLINDEN et. al., 2018, p.240/242).

No mercado de seguros, a internet das coisas permite que as seguradoras se aproximem do perfil de seus segurados, agora não mais apenas por meio de formulários, mas principalmente por meio de interações rotineiras, com uso de aplicativos e rastreadores. A telemática, por exemplo, pode ser usada para monitorar o desempenho e o comportamento dos segurados na condução de seus veículos, como excesso de velocidade ou frenagem (GIMAR, 2019, p.47/48). Com isso, as seguradoras podem oferecer aos seus consumidores produtos mais personalizados, com preços mais acessíveis e coerentes com o perfil do cliente (PÉREZ, 2019, p.34).

Assim, diante das novas tecnologias acima apresentadas, que possibilitam a coleta, a transmissão e o armazenamento de dados e informações, de uma maneira cada vez mais rápida e em um volume cada vez maior, foi possível o surgimento dos chamados sistemas abertos, que são uma forma padronizada de compartilhamento de informações entre as empresas participantes desses sistemas (CNSEG, 2022). Com isso, a seguir, será abordado o Sistema de Seguros Aberto ou, como é mais comumente conhecido, o *Open Insurance*.

2.2. Open Insurance

O uso de novas tecnologias como *big data* e inteligência artificial aplicadas ao setor de seguros, em especial o acesso e a análise de uma imensa quantidade de dados de forma virtual e veloz,

possibilitou o surgimento do *Open Insurance*, inovação em que diversas empresas seguradoras se reúnem em uma estrutura digital que permite o compartilhamento de produtos e serviços e, principalmente, disponibiliza informações dos consumidores.

A *European Insurance and Occupational Pensions Authority* – Eioipa, instituição reguladora do setor securitário da União Europeia, descreve o *Open Insurance* como um sistema que abrange o acesso e o compartilhamento de dados pessoais e não pessoais relacionados aos seguros, geralmente por meio de APIs⁶ (*Application Programming Interfaces*) (EIOPA, 2021, p.13). Deste modo, o *Open Insurance* consiste no compartilhamento e consumo de dados e serviços do setor securitário que são disponibilizados em uma infraestrutura digital própria e consumíveis por meio das APIs (HOLLAND et. al., 2020, p.4).

No Brasil, a Superintendência de Seguros Privados (Susep) conceitua o *Open Insurance* como sendo a possibilidade de consumidores de produtos e serviços de seguros, previdência complementar aberta e capitalização permitirem o compartilhamento de suas informações entre diferentes sociedades autorizadas/credenciadas pela Susep, de forma segura, ágil, precisa e conveniente. O *Open Insurance* operacionaliza e padroniza o compartilhamento de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas, com privacidade e segurança (SUSEP, 2022).

De forma resumida, o *Open Insurance* pode ser definido como um ecossistema que permite aos consumidores o

6 Uma API é um conjunto de funções e procedimentos que permitem a criação de aplicativos que acessam os recursos ou dados de um sistema operacional, aplicativo ou outro serviço. Basicamente, uma API específica como os componentes de *software* devem interagir. EUROPEAN INSURANCE AND OCCUPATIONAL PENSIONS AUTHORITY – EIOPA. *Open Insurance: Accessing and Sharing Insurance-Related Data*, Discussion Paper. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021, p. Disponível em: <https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/consultations/open-insurance-discussion-paper-28-01-2021.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.

compartilhamento de informações e dados a respeito de produtos e serviços de seguros, previdência e capitalização, entre empresas do sistema de seguros e diferentes empresas autorizadas e credenciadas pela Susep para oferecer o serviço de agregação de dados e representação do cliente (CNSEG, 2022).

A Resolução nº 415/2021, de 20 de julho de 2021, do CNSP regulamentou em âmbito nacional o *Open Insurance*, definindo-o como sendo o compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de abertura e integração de sistemas no âmbito dos mercados de seguros, previdência complementar aberta e capitalização. O *Open Insurance* tem como objetivos⁷ ter o cliente como seu principal beneficiado, tornar o compartilhamento padronizado de dados seguro, ágil, preciso e conveniente para os clientes, incentivar a inovação, promover a cidadania financeira, aumentar a eficiência dos mercados de seguros privados, de previdência complementar aberta e de capitalização, promover a concorrência e ser interoperável com o *Open Finance*⁸.

O ecossistema do *Open Insurance* regulado pela Susep abre espaço para a interação de diversos participantes, como seguradoras, entidades abertas de previdência complementar, sociedades de

7 Vide o art. 3º da Resolução CNSP nº 415/2021.

8 O *Open Finance*, ou sistema financeiro aberto, é a possibilidade de clientes de produtos e serviços financeiros permitirem o compartilhamento de suas informações entre diferentes instituições autorizadas pelo Banco Central e a movimentação de suas contas bancárias a partir de diferentes plataformas - e não apenas pelo aplicativo ou site do banco -, de forma segura, ágil e conveniente. O *Open Finance* é a ampliação do *Open Banking*. O projeto mudou de nome para mostrar a sua maior abrangência, que inclui não somente informações sobre produtos e serviços financeiros mais tradicionais (como contas e operações de crédito), mas também dados de produtos e serviços relacionados a investimentos, e, futuramente, os referentes a câmbio, credenciamento, seguros e previdência. BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Open Finance*, 2022. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/openfinance>. Acesso em: 15 mar. 2024.

capitalização e consumidores, abrangendo o compartilhamento de, no mínimo, dados abertos de seguros⁹, dados pessoais de seguros¹⁰ e serviços de iniciação de movimentação¹¹, podendo contemplar ainda outros dados e serviços, desde que consentido pelo cliente¹².

A Resolução Conjunta nº 4, de 24 de março de 2022, do Banco Central do Brasil (Bacen) e do Conselho Monetário Nacional (CMN) lançou oficialmente o projeto do *Open Finance* no Brasil. Dentre os princípios do *Open Finance* destacam-se a interoperabilidade, não somente entre os participantes como também com outras iniciativas de *Open Finance* no âmbito dos mercados financeiro, de capitais, de seguros, de previdência e de capitalização (art. 4º, VI da Resolução Conjunta Bacen e CMN nº 4/22).

Ressalta-se que a interoperabilidade entre os sistemas de *Open Finance* tende a ser benéfica ao consumidor, na medida em que se garante o direito pleno sobre os seus dados, com a possibilidade de transferir seu relacionamento financeiro entre instituições supervisionadas por diferentes reguladores setoriais por meios seguros, ágeis, precisos e padronizados. Ademais, tornam-se mais

9 Dados abertos de seguros são definidos pelo art. 2º, XII da Resolução CNSP nº 415/2021 como informações sobre canais de atendimento e produtos de seguro, previdência complementar aberta e capitalização, disponíveis para comercialização.

10 Dados pessoais de seguros são definidos pelo art. 2º, XIV da Resolução CNSP nº 415/2021 como informações sobre cadastro de clientes, pessoas naturais ou jurídicas, e de seus representantes, movimentações relacionadas com planos de seguros, de previdência complementar aberta, assistência financeira e capitalização, incluindo as características da apólice, bilhete, certificado, contrato ou título de capitalização.

11 A movimentação é definida pelo art. 2º, XIII da Resolução CNSP nº 415/2021 como qualquer movimento relacionado ao produto contratado junto a uma sociedade supervisionada.

12 Vide art. 5º, § 1º e § 2º da Resolução CNSP nº 415/2021.

eficientes os processos nos mercados financeiro, de capitais, de seguros, de previdência e de capitalização (BACEN, 2022).

Em 2023 foram editadas a Resolução CNSP nº 459 e a Circular Susep nº 693 com o intuito de compatibilizar os prazos relacionados ao *Open Insurance*. A Resolução CNSP nº 459/2023 altera a Resolução CNSP nº 415/2021, estabelecendo o prazo até 1º de agosto de 2023 para o início do compartilhamento de dados pessoais de seguros em ambiente produtivo. Além disso, a norma determina prazo até 3 de junho de 2024 para o início do compartilhamento de serviços de iniciação de movimentação no referido ambiente. Ambos os casos devem observar a data máxima de 29 de novembro de 2024. Já a Circular Susep nº 693/2023 atualiza prazos estabelecidos pela Circular Susep nº 635/2021, em relação à decisão sobre a estrutura definitiva responsável pela governança, além de desmembrar em fases o início do compartilhamento de dados pessoais e de serviços de iniciação de movimentação em ambiente produtivo (SUSEP, 2023).

Como visto, os sistemas abertos (tanto o financeiro – *Open Finance* – como o de seguros – *Open Insurance* -, que futuramente farão parte de um único sistema interoperável) lidam com um extraordinário volume de dados e informações, muitas delas sensíveis, que são compartilhadas pelas partes integrantes de seus ecossistemas. Se por um lado tais tecnologias trazem benefícios aos seus usuários, como, por exemplo, facilidade de acesso, propostas mais adequadas ao perfil do cliente e redução de custos, por outro, podem ocasionar novos riscos aos consumidores, o que será abordado na próxima seção, juntamente com a sua proteção.

2.3. Riscos E Proteção Ao Consumidor

2.3.1 Riscos ao Consumidor

É inerente às relações de seguro o processamento de dados pessoais do segurado pelo segurador, necessário à própria execução do contrato de seguro, não apenas para a subscrição do risco (e.g. cálculo do prêmio e seleção do risco), mas também para o

adimplemento do contrato (e.g. regulação do sinistro e pagamento da indenização securitária). No que concerne aos dados pessoais do consumidor¹³, há a incidência da Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que implica no reconhecimento de uma série de direitos ao segurado, enquanto titular dos dados pessoais, e deveres ao segurador, enquanto agente que realiza o tratamento dos dados, os quais devem ser observados ao longo de todo o vínculo contratual (MIRAGEM, 2020).

O aumento exponencial da capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados, muito deles pessoais e sensíveis, assim como seu compartilhamento por meio do *Open Insurance* (e também pelo *Open Finance*), e diante da multiplicidade de agentes envolvidos, tais como reguladores, registradoras, resseguradores, corretores, gerenciadores de riscos, entre outros, repercute em diversos riscos ao segurado/consumidor.

No que diz respeito ao compartilhamento de dados no ecossistema do *Open Insurance*, os arts. 11 a 20 da Resolução CNSP nº 415/21, por exemplo, tratam sobre o consentimento, a autenticação e a confirmação para compartilhamento, o que denota a preocupação do regulador com a proteção dos dados dos segurados. A Eioa elenca uma série de possíveis riscos decorrentes do ambiente digital do *Open Insurance*, entre os quais riscos relacionados à proteção do consumidor (não ser devidamente aconselhado antes da contratação, marketing agressivo, fragmentação do mercado, etc), cibersegurança (ataques cibernéticos externos, risco de interoperabilidade, etc) e dados (segurança e privacidade, fraudes, etc) (EIOPA, 2021, p.20/24).

13 Não obstante algumas exceções, às operações de seguro se aplica o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), conforme expresso em seu art. 3º, §2º, motivo pelo qual se considerou na presente pesquisa que os segurados são consumidores.

2.3.2. Proteção ao Consumidor

A resolução de conflitos oriundos dos novos ecossistemas digitais que envolvam os consumidores tem se resumido, na experiência internacional, a incentivos para a interlocução entre as partes. Na Austrália e na Europa, por exemplo, há incentivo do regulador para que os consumidores resolvam as suas reclamações por meio do diálogo com as instituições reguladas. Tanto no modelo europeu como no modelo australiano, o regulador fornece uma guia online, dividido em passos ou etapas, para que o usuário identifique a reclamada e tente solucionar o problema diretamente com a empresa.

De acordo com o guia orientativo australiano¹⁴, o primeiro passo é entrar em contato com a empresa para explicar o problema e informar como gostaria que ele fosse resolvido; se o problema não for resolvido com uma simples ligação ou visita, é recomendado ao consumidor que faça uma reclamação formal por escrito à empresa. Se o problema ainda assim não for resolvido, deve ser realizada uma reclamação junto a um órgão independente. As empresas de serviços financeiros, por exemplo, fazem parte de um sistema de resolução de disputas, o *External Dispute Resolution* (EDR), plataforma gratuita à disposição dos cidadãos¹⁵ (ASIC, 2024).

Na Europa, embora a Eiopa não tenha competência no que diz respeito a reclamações contra seus regulados, o regulador propõe um modelo de resolução de conflitos baseado no fornecimento de um

14 Disponível em: <https://moneysmart.gov.au/how-to-complain>. Acesso em: 15 mar. 2024.

15 No caso específico dos seguros, caso não se consiga chegar a um acordo com a seguradora, é recomendado entrar em contato com a Autoridade Australiana de Reclamações Financeiras (*Australian Financial Complaints Authority* - AFCA) para fazer uma reclamação e obter uma resolução de disputas gratuita e independente.

guia aos usuários¹⁶. O primeiro passo é contactar as instituições e informá-las sobre a reclamação. Caso a medida não seja suficiente, o passo seguinte é entrar em contato com a autoridade nacional (*Ombudsman*) para obter orientação em relação a novas possibilidades de mitigação do conflito. Quando realizada uma reclamação junto à autoridade nacional competente, a Eiopa pode investigar eventual violação ou não da aplicação do direito da União Europeia (Eiopa, 2024).

Por sua vez, o Brasil possui uma plataforma online específica para dirimir os conflitos entre os consumidores e as empresas dos mais diversos setores, entre elas as do setor de seguros. Trata-se do Consumidor.gov, plataforma que a partir do Decreto nº 10.197/20 foi instituída como plataforma digital oficial da Administração Pública federal, sendo regulada pelo Decreto nº 8.573/2015. Segundo o art. 1º do decreto regulamentador, o Consumidor.gov é um sistema alternativo de solução de conflitos de consumo, de natureza gratuita e alcance nacional, com a finalidade de estimular a autocomposição entre consumidores e fornecedores para solução de demandas de consumo (BRASIL, 2015).

A partir do cadastro e acesso à referida plataforma, o consumidor preenche um formulário online com as principais informações sobre o caso, relatando o ocorrido e o motivo da sua insatisfação, assim como a solução esperada. A empresa tem então um prazo de 10 dias para analisar e responder à reclamação. Ressalte-se que o Consumidor.gov não substitui o serviço prestado por outros órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, tais como os Procons, Defensorias Públicas e Juizados Especiais Cíveis (CONSUMIDOR.GOV.BR, 2024).

Cabe destacar que a partir do ano de 2020, o Consumidor.gov passou a congrega em sua plataforma, de maneira impositiva, todas as demandas consumeristas. Conforme o § 1º, do art. 1º-A, do Decreto nº 8.573/2015, os entes que possuíam plataformas próprias para solução de conflitos de consumo tiveram

16 Disponível em: https://www.eiopa.europa.eu/how-can-i-complain_en. Acesso em: 15 mar. 2024.

que migrar seus serviços para o Consumidor.gov.br. Desse modo, a Susep¹⁷, entidade responsável por receber e analisar as reclamações dos consumidores em face das sociedades reguladas, migrou seu portal para o Consumidor.gov.

O § 2º do art. 1º-A, do Decreto nº 8.573/2015, por seu turno, expressamente permite que os entes que possuam canais de atendimento cujas escala e especificidade justifiquem sua necessidade podem manter plataformas próprias. Neste ponto cabe destacar que segundo os dados do Índice de Reclamações da Susep do ano de 2020¹⁸, foram feitas um total de 21.200 reclamações no portal de reclamações da autarquia.

Assim, tendo em vista que o setor de seguros é um setor específico, com diversas peculiaridades, e haja vista o grande volume de reclamações dirigidas à autarquia, entende-se que nada impediria que a Susep mantivesse o seu portal/plataforma própria para as reclamações. Acrescente-se que, como visto, o *Open Insurance* traz consigo novos riscos e conseqüentemente, o potencial de gerar novos conflitos entre seus integrantes. Sob essa perspectiva, tudo indica uma majoração do número de reclamações (que já é elevado) neste setor, o que corrobora a necessidade de uma plataforma específica para atender as demandas dos consumidores.

3. Considerações finais

Como visto, a partir das novidades proporcionadas pelas disrupções tecnológicas, como, por exemplo, *big data*, inteligência artificial e internet das coisas, o setor de seguros, agregando referidas

17 A Susep é um dos órgãos reguladores do setor de seguros juntamente com o CNSP.

18 Trata-se do último índice disponível. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/indicereclamacoes/>. Acesso em: 14 mar. 2024.

inovações em seus processos e rotinas, tem se reformulado. A facilidade de obtenção e armazenamento de dados, em uma escala e em uma velocidade nunca vista antes, propiciaram o surgimento de um ecossistema digital para compartilhamento dessas informações, qual seja, o *Open Insurance*.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que os avanços tecnológicos fornecem as inovações necessárias à oferta de novos produtos securitários, novas formas de obtenção, tratamento e armazenamento de dados, novos modelos de oferta e contratação, entre outros, ela também leva ao surgimento de novos riscos para os consumidores, como, por exemplo, segurança e privacidade de dados, fragmentação de mercado, marketing agressivo, fraudes, etc.

No Brasil, o portal Consumidor.gov é utilizado como plataforma oficial do governo federal para resolver os conflitos sobre relações de consumo. Todavia, considerando a emergência dos novos ecossistemas digitais, entre os quais o *Open Insurance*, ambiente potencialmente criador de novos conflitos entre seus integrantes, além do fato de o setor de seguros apresentar especificidades e escala de reclamações, critica-se a inexistência de uma plataforma própria para esse novo ambiente.

Não obstante se entender que a Susep, com base no § 2º do art. 1º-A, do Decreto nº 8.573/2015, poderia manter uma plataforma própria para as reclamações dos consumidores, a migração para o Consumidor.gov se justifica e se mostra razoável ante a tentativa de unificar em um só lugar todas as demandas desse segmento, o que tende a facilitar o acesso dos consumidores. Ocorre que uma facilidade maior ainda seria a existência de uma plataforma dentro do próprio ecossistema do *Open Insurance*, a fim de favorecer e simplificar ao máximo a proteção do consumidor neste ambiente tecnológico.

Sem se imiscuir nas limitações, benefícios ou mesmo na efetividade do Consumidor.gov, a crítica que se dirige - no que diz respeito à proteção do consumidor nos novos ecossistemas digitais -, é que tendo em vista as diversas novas tecnologias existentes, parece ser mais condizente com esse ambiente disruptivo a existência de uma plataforma de resolução de conflitos específica, dentro do próprio ecossistema, mais especializada e com melhores ferramentas

à disposição do consumidor. Com isso, deixa-se tal consideração para fins de reflexão e futuras pesquisas.

Referências bibliográficas

AJAME, Omar. Afinal, o que é Machine Learning e quais são suas aplicações?, *TEx Tecnologia*, Blog. Disponível em: <https://www.textecnologia.com.br/blog/machine-learning>. Acesso em: 29 mar. 2022.

AUSTRALIAN SECURITIES & INVESTMENTS COMMISSIONS - ASIC. *Dispute resolution*, 2024. Disponível em: <https://asic.gov.au/regulatory-resources/financial-services/dispute-resolution/>. Acesso em: 15 mar. 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BACEN. *Voto 43/2022–CMN, de 24 de março de 2022*. Assuntos de Regulação – Propõe a edição de resolução conjunta que dispõe sobre a interoperabilidade no Open Finance. Disponível em: https://normativos.bcb.gov.br/Votos/CMN/202243/Voto_do_CMN_43_2022.pdf. Acesso em: 27 maio 2022.

BOAR, Andrei. Efectos de la tecnología blockchain en el sector financiero y empresarial. *Revista de Contabilidad y Dirección*, v. 27, p. 33-45, 2018.

BRASIL. *Resolução nº 415*, de 20 de julho de 2021. Dispõe sobre a implementação do Sistema de Seguros Aberto (Open Insurance). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cnsp-n-415-de-20-de-julho-de-2021-333272165>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 8.573*, de 19 de novembro de 2015. Dispõe sobre o Consumidor.gov.br, sistema alternativo de solução de conflitos de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cnsp-n-415-de-20-de-julho-de-2021-333272165>. Acesso em: 10 mar. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. *Livro Branco sobre a inteligência artificial - Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança*. Bruxelas, COM(2020) 65, 19.2.2020. Disponível em: file:///C:/Users/luiza/Downloads/d2ec4039-c5be-423a-81ef-b9e44e79825b_pt.pdf. Acesso em: 15 mar. 2024.

CONSUMIDOR.GOV.BR. Conheça o Consumidor.gov.br, 2024. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/1>. Acesso em: 14 mar. 2024.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS SEGURADORAS – CNSEG. *Open Insurance*. Disponível em: <https://cnseg.org.br/conteudos/open-insurance>. Acesso em: 15 mar. 2024.

CRISTINO, Nídia Simões. *InsurTech: A Aplicação da Tecnologia ao Setor dos Seguros*. Orientador: Professor Doutor Alexandre Libório Dias Pereira. 114p. Dissertação (Mestrado) – Ciências Jurídico-Empresariais / Menção em Direito Empresarial, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.

DEEPIKA, M, CUDDAPAH, Vijay, SRIVASTAVA, Amitendra and MAHANKALI, Srinivas. *AI & ML - Powering the Agents of Automation*. [Edition unavailable]. BPB Publications, 2020. Disponível em: <https://www.perlego.com/book/1681451/ai->

ml-powering-the-agents-of-automation-pdf. Acesso em: 18 fev. 2022.

DINIZ, Bruno. *O Fenômeno Fintech: tudo sobre o movimento que está transformando o mercado financeiro no Brasil e no Mundo*. Editora Alta Books, 2020.

EUROPEAN INSURANCE AND OCCUPATIONAL PENSIONS AUTHORITY – EIOPA. *Open Insurance: Accessing and Sharing Insurance-Related Data*, Discussion Paper. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021. Disponível em: <https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/consultations/open-insurance-discussion-paper-28-01-2021.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.

_____. *How can I complain?*, 2024. Disponível em: https://www.eiopa.europa.eu/how-can-i-complain_en. Acesso em: 15 mar. 2024.

GLOBAL INSURANCE MARKET REPORT – GIMAR. International Association of Insurance Supervisors (IAIS). *Global Insurance Market Report – GIMAR*, Switzerland, 2019. Disponível em: <https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/200318-2019-Global-Insurance-Market-Report-GIMAR.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2022.

GONÇALVES, Péricles. *Seguro e risco moral: o seguro de responsabilidade civil dos administradores (directors & officers liability insurance) e as ferramentas regulatórias para mitigar o risco moral no contexto corporativo*. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito da Regulação: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 143p., 2019.

_____. Insurance as regulation: o seguro e o debate sobre seu potencial regulatório. *Revista Consultor Jurídico – Conjur*. 22 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021->

mar-22/opinioao-seguro-debate-potencial-regulatorio/. Acesso em: 15 mar. 2024.

GUERRA, Sérgio; GONÇALVES FILHO, Péricles. As insurtechs e o papel do regulador de seguros no século XXI. In: GOLDBERG, Ilan; JUNQUEIRA, Thiago. *Temas Atuais de Direito dos Seguros – Tomo I* – Ed. 2021. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2021.

HOLLAND, L.; STANLEY, P.; SUMMERHAYES, V. Open insurance: Unlocking ecosystem opportunities for tomorrow's insurance industry. *Accenture*, 2020.

LAMOUNIER, Lucas. Blockchain no Mundo dos Seguros: Exemplos e Aplicações, *101Blockchains*, 7 de março de 2019. Disponível em: <https://101blockchains.com/pt/blockchain-no-mundo-dos-seguros/>. Acesso em: 29 mar. 2022.

MANI, Chitrai. How Is Big Data Analytics Using Machine Learning? *Forbes*, 20 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2020/10/20/how-is-big-data-analytics-using-machine-learning/?sh=5259872c71d2>. Acesso em: 15 mar. 2024.

MIRAGEM, Bruno. O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). *Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *O Direito Civil na era da inteligência artificial*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MJV. *Insurtech as a Service: como é o novo modelo de negócios de seguro*. Ebook, 2022.

MONTI, Alberto. *Buona Fede e Assicurazione*. Milano: Giuffrè, 2002.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Technology and innovation in the insurance sector*. Disponível em: <https://www.oecd.org/pensions/Technology-and-innovation-in-the-insurance-sector.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2022.

PÉREZ, Jonathan Enrique. *Insurtech: O Impacto das Ferramentas Disruptivas no Setor de Seguros*. Orientador: Professor Doutor Reinaldo Marques. 60p. TCC (Graduação) – Ciências Atuariais –, Universidade Federal de Alfenas, Varginha-MG, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

RODRIGUES, Jonatan. Omnichannel: entenda o que é e por que sua empresa deve ficar de olho nessa estratégia. *Resultados Digitais*, 24 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/marketing/omnichannel/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP. *Open Insurance*. Disponível em: <https://openinsurance.susep.gov.br/>. Acesso em: 1 abr. 2022.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS - SUSEP. *Susep publica novas normas sobre o Open Insurance*, Notícias, 1 agosto de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br/central-de-conteudos/noticias/2023/agosto/susep-publica-novas-normas-sobre-o-open-insurance>. Acesso em: 15 mar. 2024.

TALESH, Shauhin A.; CUNNINGHAM, Bryan, The Technologization of Insurance: An Empirical Analysis of Big Data and Artificial Intelligence's Impact on Cybersecurity and Privacy, *Utah Law Review*, No. 5, 2021.

VANDERLINDEN, Sabine L. B., MILLIE, Shân M., ANDERSON, Nicole, CHISHTI, Susanne. *The InsurTech Book: The Insurance Technology Handbook for Investors*. Chichester, United Kingdom: John Wiley & Sons, 2018.

VARGAS, Óscar. Insurtech: innovación tecnológica para la inclusión financeira. *Revista Fasecolda*, 0 (167), 2017.

4

**CONSUMO,
DESIGUALDADE E NOVAS
TECNOLOGIAS: REFLEXÕES
SOBRE DISCRIMINAÇÃO
ALGORÍTMICA**

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.4>

Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado¹

Renata do Amaral Barreto de Jesus de Oliveira²

-
- 1 Graduada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Mestre Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios – Universidade Federal Fluminense – UFF. Email: marcela_amaral@id.uff.br.
 - 2 Graduada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Mestre Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios – UFF. Email: renatab@id.uff.br.

RESUMO

As relações de consumo são pelo desequilíbrio de forças entre consumidor e empresário. Suscetibilidade agravada no contexto do comércio eletrônico, marcado pelo crescente uso da inteligência artificial, o que permite a segmentação de grupos, a partir dos dados coletados, com o fito de induzir e direcionar a aquisição de serviços e produtos, mas também de possibilitar a definição dos valores envolvidos nas transações ou a indisponibilidade de bens e serviços a partir da localização do consumidor, identificada a partir do seu IP. Prática classificada como geodiscriminação (geo pricing ou geo blocking). O presente trabalho cuidará da análise das “novas” vulnerabilidades do consumidor, a partir do uso de inteligência artificial para tomada de decisões. Para tanto, será realizada pesquisa jurídico-social, fundada em conceitos teóricos, com adoção do método dedutivo, a partir de viés jurídico-compreensivo (interpretativo), de modo qualitativo na qual se almeja discorrer a respeito dos direitos do consumidor diante das possibilidades do desenvolvimento tecnológico que levam à prática de geodiscriminação e classificação dos indivíduos conferindo-lhes determinada pontuação. Para que erros possam ser identificados e, assim, mitigados. Sem descuidar da observância do disposto no artigo 170, da Constituição da República que consagra a valorização do trabalho e da livre iniciativa. A conclusão caminha, assim, para a necessidade de regulamentar o uso da inteligência artificial. Celeuma que perpassa o Direito do Consumidor ao envolver a tensão entre direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e a possibilidade de inibição do desenvolvimento tecnológico.

Palavras-chave: Tecnologia. Discriminação. Consumidor.

1. Introdução

As relações de consumo são marcadas pela vulnerabilidade que surge da possibilidade de lesão física, material e moral, que surge da disparidade de força entre fornecedor e consumidor (D’AQUINO; SOUTO; MUCELIN, 2020, p.355). Tal suscetibilidade evidencia-se com maior clareza quando se trata de aquisições mercadorias ou serviços no comércio eletrônico, marcado na sociedade de informação e pelo uso de dados pessoais como elemento basilar, organizados de

maneira escalável (*big data*), o que proporciona o surgimento de um mercado cuja base é sua extração, comodificação na área do *marketing* e publicidade (OLIVEIRA; PAIVA; PAUSEIRO; 2021, p.3).

O crescente uso da inteligência artificial nas relações de consumo, permite a segmentação de grupos, a partir dos dados coletados, com o fito não apenas de induzir e direcionar a aquisição de serviços e produtos, mas também de possibilitar a definição dos valores envolvidos nas transações ou a indisponibilidade de bens e serviços a partir da localização do consumidor, identificada a partir do seu IP, prática esta denominada como geodiscriminação (*geo pricing* ou *geo blocking*).

O processamento de dados por meio de algoritmos também é utilizado para mitigar o risco que envolve a concessão de crédito, limitar o acesso ao mercado de seguros, aumentando a eficiência em ambientes caracterizados por déficits de informação. Isto porque a análise de dados permite a atribuição de um *score*, uma prognose do comportamento futuro do indivíduo. Neste contexto, a tomada de decisão automatizada revela-se como campo fértil para enviesamento e discriminação (MENDES; MATTIUZZO, 2019, p.40).

Na medida que algoritmos se baseiam, em grande parte, na diferenciação de indivíduos fundamentada nas características ou na possibilidade da adoção de determinada conduta por um grupo, mostra-se essencial compreender se os processos utilizados na classificação são transparentes, compreensíveis e adequados a garantir proporcionalidade entre os interesses do empresário e necessidade de proteção do consumidor.

Desse modo, o presente trabalho cuidará da análise das “novas” vulnerabilidades do consumidor, a partir do uso de inteligência artificial para tomada de decisões.

Para tanto, será realizada pesquisa jurídico-social, fundada em conceitos teóricos, com adoção do método dedutivo, a partir de viés jurídico-compreensivo (interpretativo), de modo qualitativo na qual se almeja discorrer a respeito dos direitos do consumidor diante das possibilidades do desenvolvimento tecnológico que levam à prática de geodiscriminação e classificação dos indivíduos conferindo-lhes determinada pontuação. Tal celeuma reveste-se de expressivo interesse, considerando que a desigualdade no país está

flagrantemente refletida na ocupação do território e demanda por crédito.

2. Consumo e Vulnerabilidades

A proteção do consumidor foi moldada no direito Brasileiro a partir da percepção de sua fragilidade diante da estrutura profissional dos fornecedores e prestadores de serviço. A lei passa a regular as relações como medida compensatória das desigualdades objetivas inerentes a celebração de negócios jurídicos firmados entre especialistas, juridicamente assessorados e pessoas que apenas querem ter acesso a um produto e serviço, por vezes impulsionadas por influências sub-reptícias não identificadas, de pronto, por sua consciência.

Há muito se reconhece que a vulnerabilidade pode ser percebida por diversos ângulos, seja pelo viés técnico, jurídico, político ou legislativo, neuropsicológico, econômico e social, ambiental e tributário (Moraes, 2009), condição presumida pelo ordenamento jurídico em relação a todo com consumidor, independentemente de suas condições pessoais. Vislumbra-se, desse modo, inexorável falta de conhecimento sobre o funcionamento técnico a respeito dos bens e serviços, sobre os direitos, deveres e a respeito das consequências jurídicas e econômica do negócio.

A situação mostra-se ainda mais delicada quando se trata de negócios celebrados em ambiente digital, quando o meio de consumo leva a uma verdadeira hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada³, diante da potencialização da fragilidade e

3 No Recurso Especial nº 586316/MG o Ministro Herman Benjamin discorre sobre a hipervulnerabilidade de alguns grupos. Afirma que: Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e

aumento do risco de lesão ao consumidor (MARQUES, 2014, p. 322). De fato, a internet, que tem por características a penetrabilidade, descentralização multifacetada e flexibilidade, cada vez mais reflete interesses comerciais das maiores organizações públicas e privadas que a controlam (CASTELLS, 2011, p.442).

A incapacidade de compreender os meandros do ambiente digital afeta a expressiva maioria dos consumidores, hipótese na qual o cumprimento do dever de informar, pode não fazer qualquer diferença na tomada de decisão. Ademais, a despersonalização dos contratos massificados é intensificada pela interação virtual, que possibilita a expansão das contratações para outros países, o que faz com que surjam dúvidas a respeito da legislação protetiva brasileira, diante de eventual descumprimento contratual.

As transações consumeristas no ambiente digital tendem a crescer, seja com foco na celebração do negócio ou no atendimento posterior à venda/prestação do serviço. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apurou-se no último Censo que em 2022 87,2% das pessoas com mais de 10 anos utilizaram a internet no país. Dentro desse grupo, 62,1% dos idosos navegaram na rede. E mais, 93,4% das pessoas usam a internet todos os dias.

Constatou-se que, a maioria das pessoas que não utilizaram a internet em 2022 tinham menos instrução ou eram idosos, que não o fizeram por não saber usar (47,7%). Pessoas que vivem na zona rural ainda acessam menos que os moradores de centros urbanos. As regiões norte (82,4%) e Nordeste (83,2%) têm o maior percentual de aliados digitais⁴.

enriquecem a sociedade moderna”. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301612085&dt_publicacao=19/03/2009; Acessado em 19.02.2024.

4 Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38307-161-6-milhoes-de-pessoas-com-10-anos-ou-mais-de-idade-utilizaram-a-internet-no-pais-em->

A interação com a internet aumenta sem que se tenha certeza a respeito das bases qualitativas em que ocorrem. Não se pode afirmar que todos que usam redes sociais e contratam no ambiente virtual tenham sejam alfabetizados ou gozem letramento digital, ou seja, tenham habilidade para compreender plenamente a utilização dos recursos tecnológicos e suas consequências (VIEGAS, 2023).

A debilidade neuropsicológica é usada para direcionar de forma sub-reptícia o consumo, como ocorre com o emprego da propaganda a partir do acompanhamento das preferências e predileções do usuário identificadas nos acessos a sites e redes sociais, o que permite influenciar na criação de desejos, manipulação de vontades, como forma de direcionar o consumo. Fator com frequência conjugado com o fornecimento de informações complexas de difícil compreensão, o que representa a denominada vulnerabilidade informacional (D'AQUINO; SOUTO; MUCELIN, 2020, p. 357).

Cresce o uso da inteligência artificial, em especial, quando se trata de atividades -massa, repetidas. Conforme lição de Sérgio Pauseiro (2023), esse processo ocorre a partir da utilização de *big data* e da internet das coisas (*internet of thing*), elementos que modificaram o paradigma da captação e armazenamento de dados e ao fenômeno de digitalização e datificação da vida, em especial quando processos decisórios são submetidos a esse proceder, o chamado *machine learning* (ML), algoritmo com capacidade para interpretar, criar e “aprender” sozinho.

As vulnerabilidades clássicas já identificadas pelo Direito do Consumidor (técnica, jurídica, fática e informacional) são transpostas para o ambiente digital (processo de codificação de vulnerabilidades), ao que se vem somar suscetibilidades típicas ou prioritariamente desse ambiente, seja com relação ao indivíduo (perfil) ou a uma situação específica, que determinam a assimetria entre as partes (MUCELIN, 2021).

A opacidade dos algoritmos, que monitoram cada movimento do consumidor de serviços virtuais, dos titulares dos dados pessoais, reafirma essa visão. E não é só isso, essas informações têm sido usadas para criação de uma espécie de *one-way mirror*, o que ressoa não apenas na esfera do direito privado, mas também nas relações entre o Estado e o cidadão, possibilitando que governos e conglomerados econômicos saibam tudo sobre indivíduo, que não têm real capacidade de exercício de escolha. É o que fomenta o capitalismo de vigilância, em uma sociedade em que a tecnologia avança e permite o acesso e tratamento de dados sem o real consentimento de seu titular ou sem que seu uso esteja abarcado por uma finalidade legítima, adequada ou mesmo necessária (MARTINS; MARTINS; CHOW, 2021, p.10). A publicidade é veiculada pelas redes sociais se desenvolve, desse modo, com potencial para induzir comportamento de consumo de modo altamente especializado sobre cada usuário (PAUSEIRO, 2023).

A inteligência artificial permite a segmentação de grupos a partir de critérios completamente indisponíveis ao consumidor que, em sua maioria, não tem ciência desse tipo de procedimento, restam influenciados e manipulados por algorítmicos, o que permite identificar e explorar sua hipervulnerabilidade. O consumidor é conduzido ao engano por esses padrões obscuros que podem incluir desde a apresentação de informações de maneira confusa ou enganosa, até o uso de técnicas de persuasão psicológicas para influenciar as decisões de compra (SOUZA; MIRANDA NETTO, 2023, p. 547). O consumidor parece atuar com plena autodeterminação na gama de possibilidades que a mercancia virtual proporciona, quando na realidade está sendo conduzido, sem perceber. É o que pontua Fortes, *et al*:

[...] a experiência do comércio eletrônico transmite ao consumidor uma sensação de liberdade e de amplo poder de escolha, quando, na verdade, as empresas controlam toda a informação e, não raro, aproveitam a assimetria de informação para explorar o consumidor. 1 Tem-se a ilusão de que algoritmos estão livres dos preconceitos humanos e podem processar

dados objetivamente – ao contrário dos humanos, algoritmos não iriam discriminar com base em gênero, cor da pele, origem nacional, idade, deficiência física, orientação sexual ou religião. Tais afirmativas, contudo, não são necessariamente verdadeiras (FORTES; MARTINS; OLIVEIRA, 2019, p.235)

O ordenamento jurídico não está plenamente aparatado para lidar com o desequilíbrio oriundo dessa hipervulnerabilidade, o arcabouço normativo atualmente disponível, por vezes, não responde de maneira adequada ao desequilíbrio inerente ao consumo no ambiente virtual.

Os avanços em direção à proteção da parte mais frágil encontram como obstáculo argumentos que prestigiam a plena liberalidade econômica. Por exemplo, no Brasil está em tramitação desde 2015 o Projeto de Lei nº 3514, que altera o Código de Defesa do Consumidor e Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para aperfeiçoar a disciplina de contratos internacionais comerciais e de consumo, enfrenta a resistência de parte do setor econômico que receia perder dinheiro com a aventada regulamentação⁵.

Além de ser manipulado, por vezes, o consumidor acaba por ser discriminado, a partir da utilização de algoritmos, sem qualquer transparência ou respeito ao direito a informação. Fornecedores utilizam-se de cookies que, personalizam o consumo de forma positiva, oferecendo o que, em tese, é mais adequado aquela pessoa, mas também pode funcionar como fonte de discriminação viabilizando a prática de atos lesivos ao consumidor, como será visto nos próximos tópicos.

5 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2052488>. Acessado em 21 de fevereiro de 2024.

3. Acepções Jurídicas da Discriminação

Epistemologicamente, o termo discriminação pode assumir diferentes conotações. Em linhas gerais, discriminar significa a ação de categorizar objetos, pessoas ou situações a partir de um determinado critério e, desta atividade de classificação, decorre uma consequência.

De forma sucinta e não exaustiva, é possível mencionar algumas modalidades de discriminação. A primeira delas, a forma mais intuitiva, é a discriminação negativa, traduzida por Moreira (2020, p. 346/347) como:

[...] um tratamento que viola o princípio segundo o qual todos os membros de uma comunidade política devem ser igualmente respeitados. Ela acontece quando um agente público ou privado trata uma pessoa ou grupo de pessoas de form Cuida-se da externalização clássica da discriminação, a qual sugere um tratamento que fere direitos, dentre os quais, a igualdade, aproximando-se, portanto, da arbitrariedade, sendo utilizada para reforçar situações de desvantagem. Sobre o aspecto negativo da discriminação, assevera Moreira (2020, p. 346/347): A palavra discriminação adquiriu sentidos ainda mais complexos em tempos recentes em função da percepção de que indivíduos são excluídos porque sofrem diferentes formas de tratamento desvantajoso que não expressam intencionalidade. Ela também tem sido usada para categorizar as práticas daquelas instituições que não tomam as medidas necessárias para que pessoas de diferentes grupos estejam representadas nos seus quadros.

Também vemos o seu emprego quando certos indivíduos afirmam que são excluídos por causa da convergência de diferentes tipos de discriminação, o que concorre para situar membros de certos grupos em uma posição de perene subordinação. Além disso, alguém pode alegar que está sendo discriminado em função de normas moralmente neutras, mas que têm um impacto negativo sobre certas classes de pessoas. Por esse motivo, a palavra discriminação abarca também aqueles mecanismos que não classificam pessoas a partir de um determinado traço, mas que concorrem para agravar a situação na qual elas vivem. Essas diferentes acepções do termo em estudo sugerem que ele descreve pessoas ou grupos que se encontram em uma situação de desvantagem em função de atos que podem ser intencionais ou não, evidência de que não podemos identificar a discriminação apenas como manifestação da vontade de indivíduos.

Por outro lado, na promoção do bem comum, não são raras as situações em que são consideradas as distinções reais entre as pessoas e circunstâncias na criação de mecanismos de mitigação das vulnerabilidades. Moreira igualmente aborda esta modalidade discriminatória, explicando:

A discriminação positiva pode ser distinguida da discriminação negativa porque cria uma distinção temporária ou permanente para membros de um determinado grupo que possuem uma história de desvantagem ou que estão em uma situação de vulnerabilidade. Procura-se atingir um objetivo legalmente e moralmente justificado que é a melhoria de condições de vida de grupos sociais. Assim, a discriminação positiva tem a finalidade de reverter os processos de marginalização que promovem a estratificação social ao longo de

várias gerações ou então proteger certas classes de pessoas que possuem ou estão em uma condição específica

Em que pese sua ampla divulgação da seara da concretização de mecanismos de equidade racial e social, as políticas de discriminação positiva como “medidas que, muitas vezes, tratam pessoas de forma distinta sem que isso possa ser uma violação do princípio da igualdade” (MOREIRA, 2020, p. 346), abarcam todas as normas, ações e políticas públicas que preveem tratamentos diferenciados com objetivo de atingir objetivos caros à própria sociedade. Assim sendo, as normas protetivas da relação de consumo, marcadas pela proteção da vulnerabilidade, são exemplo de concretização da discriminação positiva.

As teorias da discriminação apontam, ainda, para a existência da discriminação direta e da discriminação indireta. Em sua modalidade direta, a discriminação acontece nas hipóteses em quem um indivíduo oferece tratamento desvantajoso ao outro, a partir de um critério determinado, e, normalmente, dirige-se a grupos minoritários e vulneráveis, legitimando a existência de um arcabouço normativo de proteção. A doutrina resume como elementos da discriminação direta “a arbitrariedade, a intencionalidade, um tratamento desvantajoso e a utilização de um critério proibido por lei”⁶.

Em outro sentido, a discriminação indireta está ligada a normas ou práticas institucionais que, mesmo eivados de caráter de generalidade e abstração, e aparente neutralidade, legitimidade e ausência de intencionalidade, externalizam um impacto desproporcional sobre um grupo vulnerável. Moreira⁷ aponta que

Esse tipo de discriminação está marcado então pela ausência de um elemento central da discriminação direta: a intenção explícita de

6 MOREIRA, 2020, p. 413

7 MOREIRA, 2020, p. 425

discriminar alguém. Uma norma pode ser plenamente adequada porque procura atingir fins legítimos, mas ela pode ser formulada de forma a impedir que grupos de pessoas tenham acesso a algum tipo de oportunidade ou recurso.

Neste sentido, cabe destaque ao caráter coletivo das práticas que envolvem discriminação indireta, as quais demandam uma avaliação de como as pessoas de um grupo são impactadas em relação a pessoas de outro grupo, reforçando assimetrias sociais.

Uma outra classificação da discriminação aponta que a mesma pode se revelar como interseccional. O reforço de opressões ao qual diz respeito a interseccionalidade⁸ de vulnerabilidades é o tom que norteia a discriminação interseccional, a qual leva em conta a complexidade do indivíduo, sua fragmentação como agente social, assim como o fato de que os sistemas de dominação operam de forma conjunta para promover exclusão. Assim, considerando a convergência de mecanismos discriminatórios a

[...] teoria da discriminação interseccional parte do pressuposto de que a luta contra a discriminação requer a consideração daqueles que sofrem diferentes formas de opressão, pois a compreensão da discriminação como algo que opera apenas a partir de um único vetor contribui para a permanência das hierarquias sociais existentes, uma vez que torna invisível a forma como efeitos cumulativos da,

8 “A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento”. (CRENSHAW, 2002, p.177)

discriminação afetam a vida das pessoas (MOREIRA, 2020, p. 440)

A discriminação inconsciente é uma outra tipologia, caracterizada por processos psicológicos que não são produtos diretos da intenção de discriminar⁹. Cuidam-se de atos que afetam o julgamento do agente sobre membros de outros grupos, mesmo que não haja ciência sobre as motivações de seu comportamento. Decorre, portanto, de estereótipos¹⁰ que atuam de forma automática e se perpetuam nas mentes no plano inconsciente. Em virtude dela, os atos discriminatórios ocorrem sem que haja um julgamento consciente sobre as preferências ou rejeições. A partir desta modalidade discriminatória, são desenvolvidas as ideias de discriminação organizacional, voltadas para o ambiente corporativo.

Ainda entre as modalidades¹¹ é possível citar, de forma não estanque: a discriminação institucional, de dimensão coletiva, na qual o tratamento desfavorável, que tem por objetivo promover subordinação, tem origem na operação de instituições públicas ou privadas; a discriminação estrutural, decorrente da “existência de sistemas discriminatórios que promovem a exclusão de grupos minoritários nas diversas dimensões da vida, sistemas que operam por meio da ação coordenada das mais diversas instituições”; a discriminação intergeracional, a possibilidade de afetação de diferentes gerações pelas práticas discriminatórias.

No estudo das teorias da discriminação, não se pode olvidar das interações da mesma com a tecnologia. Neste ponto, os

9 MOREIRA, 2020, p.467

10 “(...) estereótipos descritivos e prescritivos determinam a percepção de que as pessoas têm das outras, problema que pode ter um impacto negativo quando pessoas estão sendo consideradas para uma vaga de emprego, porque os indivíduos são culturalmente treinados para perceberem qualidades positivas nos membros do seu grupo e qualidades negativas nos membros de outros grupos.” MOREIRA, 2020, p.467

11 MOREIRA, 2020.

algoritmos assumem relevância, na medida em que, como instrumentos da linguagem de programação, determinam o funcionamento de programas a partir de padrões estabelecidos. A operação de algoritmos e o uso de inteligência artificial têm como matéria prima os diversos dados inseridos e disseminados no ambiente virtual, os quais possuem um valor econômico, uma vez que permitem a identificação de comportamentos, padrões de consumo, interesses políticos dos usuários da internet em geral, sobretudo de redes sociais e aplicativos.

Há que se pontuar que os algoritmos são construídos por pessoas, e, portanto, seguem os mesmos padrões que interferem na mente humana, dentre os quais, os padrões discriminatórios, sejam eles diretos, indiretos, inconscientes, estruturais, contribuindo, desta forma, para a perpetuação de valores e comportamento que revelam a assimetria social reforçam desigualdades. Neste diapasão, ensina Moreira (2020, p.550).

Mais uma vez, da mesma forma que uma mente discriminadora faz raciocínios dedutivos das informações que ela apreende da realidade, a inteligência artificial reproduz padrões discriminatórios por meio de aprendizagem. As pessoas não apenas absorvem padrões discriminatórios, elas também os criam e reproduzem ativamente a partir da experiência pessoal. Algoritmos também operam da mesma maneira que uma mente discriminadora porque funcionam dentro de uma realidade já estruturada por meio de estruturas discriminatórias. Como podemos entender esse processo de forma mais clara? Aquelas pessoas responsáveis pela criação dos protocolos que determinarão a operação de programas de computadores não refletem sobre os possíveis impactos desproporcionais que eles podem ter em grupos vulneráveis. Elas criam referências que são tidas como gerais mas que poderão ter um impacto no status de grupos vulneráveis.

Vemos então que a inteligência artificial prolifera um problema significativo presente nas nossas sociedades: a discriminação indireta.

Assim, surge o debate sobre a discriminação algorítmica e seus impactos na relação de consumo, temática abordada no tópico que se segue.

4. Inteligência Artificial e Consumo: Notas Sobre Discriminação Algorítmica

A inteligência artificial apresenta-se como um recurso tecnológico capaz de reproduzir, em alguma medida, funções cognitivas dos humanos, tais como a aprendizagem e a solução de problemas. Através da aplicação de algoritmos (com base em estatísticas) faz previsões, afetas à política, economia ou ao comportamento específico do indivíduo.

Ocorre que o aprendizado de máquina (*learning machine*) funciona a partir de um programa de computador que toma decisões baseadas em experiências acumuladas através da solução bem sucedida de problemas. Em geral, utiliza-se o método indutivo, forma de inferência lógica que permite obter conclusões genéricas sobre um conjunto particular de exemplos. Na indução, um conceito é assimilado efetuando-se, então, inferência indutiva sobre os exemplos apresentados. Portanto, as conclusões alcançadas podem ou não preservar a verdade (MONARD, BARANAUSKAS, 1999, p. 39 a 40).

A partir do armazenamento de dados se torna possível identificar o perfil do usuário, o que guiará o conteúdo que lhe será disponibilizado, no desiderato de influenciar suas escolhas, inclusive, de consumo (BITENCOURT, FRESE, MARTINS, 2022, p. 19). Desse modo, o ambiente digital apresenta uma fachada de liberdade de escolha, o que em tese potencializaria a competitividade entre os

atores do mercado, porém o usuário médio mostra-se incapaz de perceber que o domínio sobre a informação e sobre as dinâmicas do mercado *online* tornam possível o controle e manipulação da sua vontades e impulsos pelas grandes empresas de tecnologia (FORTES; MARTINS; OLIVEIRA, 2019, p.236).

Ademais, a utilização de inteligência artificial para a criação de perfis de usuários, a partir dos dados gerados na utilização da internet, pode levar a interpretações equivocadas da realidade, como exemplifica Guilherme Mucelin (2021): uma pessoa pode ser classificada como portadora de determinada doença a partir das pesquisas que realiza nos buscadores, essa informação pode servir para diversas finalidades, como a recomendação de remédios novos, médicos especializados ou até mesmo para fundamentar a análise de risco para a celebração de um contrato de seguro de vida, o que pode gerar precificação diferenciada ou até mesmo a negativa de prestação de um serviço.

[...] a informática possibilita a discriminação entre os clientes de primeira classe, prontamente atendidos por um agente sênior, e os clientes menos valiosos, colocados no final da fila e atendidos por um empregado de baixo escalão. Em outras palavras, as empresas realizam uma espécie de “vigilância negativa”, ao estilo do Big Brother de Orwell ou do tipo panóptico, uma geringonça semelhante a uma peneira que basicamente efetua a tarefa de desviar os indesejáveis e manter na linha os clientes habituais – rerepresentada como o efeito final de uma limpeza bem-feita (FORTES; MARTINS; OLIVEIRA, 2019, p.236).

É o que acontece na geodiscriminação quando a localização do usuário pode levar ao oferecimento de um mesmo produto ou serviço por preço diferenciado (*geoprincing*) ou quando há um bloqueio de uma oferta com esse mesmo fundamento (*geoblocking*).

Certo é que nem toda aplicação discriminatória decorrente da localização do consumidor é ilícita, o tratamento distintivo pode ter por fundamento razões fáticas, concretas, de fundo econômico ou jurídico razoáveis. A antijuridicidade demanda que se avalie o critério

que fundamenta a distinção; a razoabilidade do fundamento apresentado (caráter lógico e racional) e se tal fundamento está em consonância com a Constituição. O ponto delicado é que a prática passa despercebida e resulta do tratamento automatizado dos dados pessoais, marcado pela opacidade decisória do algoritmo (TARGA; D`AQUINO, 2023).

Ademais, a ordem constitucional protege o consumidor, mas também a livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica. Assim, desvios de preço podem ser atribuídos às volatilidades do mercado, argumento que convence o consumidor a aceitar que as diferenças de preço como respostas às mudanças de oferta e demanda no mercado (precificação dinâmica), ignorando que na realidade o preço foi definido a partir das suas características pessoais. Este fenômeno evidencia a assimetria de poder e a hipervulnerabilidade do consumidor (FORTES; MARTINS; OLIVEIRA, 2019, p.237).

Em razão da livre iniciativa, um dos fundamentos da ordem econômica, cabe aos fornecedores a opção sobre quais bens e serviços ofertar, seu preço e local de comercialização. A depender dessas escolhas, é possível que os produtos ou serviços sejam disponibilizados de maneira distinta aos consumidores residentes em diferentes pontos do território nacional. Por exemplo, em virtude da baixa demanda por um produto em dada região (porque exótico, específico ou pouco conhecido) e dos elevados custos para viabilizar sua entrega (com infraestrutura, tributação, parcerias comerciais, frete), pode um fornecedor optar por não disponibilizar esse bem, ou o fazê-lo em preço mais elevado comparativamente a lugares onde a demanda é maior. Isso ocorre normalmente na venda de produtos regionais, tais como erva para chimarrão ou tererê, doces caseiros, frutas, bebidas e refrigerantes, muitas vezes comercializados por produtores ou empresas locais (TARGA; D`AQUINO, 2023).

A possibilidade de obter antecipadamente informações sobre a localização dos consumidores e o estabelecimento de seus perfis permite a fixação de preços diferenciados (*geopricing*). Já no geoblocking o produto ou serviço pode não se oferecido aquele consumidor (geoblocking em sentido estrito) ou pode ocorrer pela recusa de entrega em determinado local, recusa de pagamento ou meio de pagamento proveniente de determinada localidade (FORTES; MARTINS; OLIVEIRA, 2019, p.238). A maior probabilidade vai no sentido de que as práticas que podem ter como único fundamento a potencialização dos lucros, sem a existência de sólida justificativa econômica ou jurídica (TARGA; D'AQUINO, 2023).

A discriminação também pode ocorrer quando o perfil do consumidor é avaliado por inteligência artificial com o intuito de estabelecer seu *score* de crédito, método de projeção do risco para a concessão de crédito a partir de modelos estatísticos, que leva em consideração diversos fatores objetivos, incluindo histórico de pagamento de empréstimos, a existência de dívidas etc.

De acordo com o Tema Repetitivo 710 do Superior Tribunal de Justiça essa prática comercial é lícita, pois está autorizada pelos artigos 5º, IV, 7º, I da Lei 12.414/2011 (Lei do cadastro positivo) e independe do consentimento do titular dos dados, deve respeitar a limitação temporal de 5 anos para os registros negativos e de 15 anos para o histórico de adimplemento, não pode levar em consideração informações sensíveis (relativas a raça, sexo, religião, saúde, orientação sexual). Contudo, a pacificação sobre sua juridicidade na jurisprudência não torna a prática indene de críticas.

A utilização de *big datas* e o conseqüente processamento em massa de dados pode levar à discriminação intencional ou não. A própria localização geográfica pode servir de base para definição dos valores de empréstimo e da taxa de juros a que determinada pessoa terá direito no mercado, o que aprofunda desigualdades e torna ainda mais desafiadora implementação de medidas que proporcionem mobilidade social. Outros critérios como renda, nível de escolaridade, raça e gênero também podem integrar essa relação, o que atinge a capacidade de uma pessoa obter crédito e melhor administrar sua vida financeira.

Esse tipo de classificação pode afetar outras áreas da vida do indivíduo, como fator decisivo para uma oportunidade de emprego, opção de moradia, obtenção de seguro saúde, etc. O STJ condiciona a juridicidade da medida ao respeito aos limites estabelecidos pelo sistema de proteção ao consumidor no sentido da tutela de sua privacidade e da máxima transparência nas relações negociais. O consumidor tem o direito de saber os dados utilizados como base de sua pontuação.

A despeito da determinação, conforme visto, o consumidor está em uma posição de hipervulnerabilidade no comércio eletrônico, pois a assimetria e a desigualdade atingem maior suscetibilidade, logo, na prática, garantir transparência e o efetivo respeito ao direito à informação revela-se como verdadeiro desafio.

A maior parte dos usuários não tem condições fáticas de entender como sua pontuação foi alcançada e quais as providências pode adotar para se insurgir diante do que foi determinado pela inteligência artificial. A divulgação dos critérios usados para desenvolvimento dos algoritmos esbarra na questão do segredo empresarial, logo, encontrar equilíbrio entre os direitos do consumidor e a manutenção da atividade econômica não é uma tarefa simples.

A leniência diante das práticas discriminatórias incentiva a sua adoção, o que enfraquece a própria confiança do consumidor no mercado. O tratamento conferido ao ambiente digital não pode facilitar a maximização de lucros a partir do uso de informações que distinguem o usuário com base em sua raça, etnia, religião ou posição política.

5. Perspectivas

Os avanços tecnológicos experimentados nas últimas décadas em um ritmo deveras acelerado lançaram a sociedade em um ambiente onde atividades complexas foram simplificadas pelo uso de aplicativos e redes sociais, com redução do tempo e das distâncias, e aumento exponencial de acesso à informações e lucros.

Em sua obra “Algoritmos de destruição em massa: como o *big data* aumenta a desigualdade e ameaça a democracia”, Cathy O’Neil denomina as aplicações matemáticas utilizadas em softwares que trabalham dados de Armas de Destruição Matemáticas ou ADMs, haja vista sua potencialidade destrutiva, em diversos aspectos, assim como o seu uso na perpetuação de injustiças. Ao tratar do tema, O’Neil (2020, p. 308/309), expõe:

Uma vez que o universo sombrio das ADMs digere esses dados, ele inunda essas pessoas com anúncios predatórios de empréstimos, imobiliários de alto risco ou universidades com fins lucrativos. Envia mais policiamento para prendê-las e, quando são condenadas, as sentencia com penas mais duras. Esses dados alimentam outras ADMs, que marcam as mesmas pessoas como de alto risco ou alvos fáceis e prosseguem a bloqueá-los de empregos, enquanto aumentam seus juros para empréstimos imobiliários, de carros e todo e qualquer plano de seguro imaginável. Isso derruba ainda mais sua classificação de crédito, criando nada menos que uma espiral mortal de modelagem. Ser pobre em um mundo de ADMs está se tornando cada vez mais perigoso e custoso.

As mesmas ADMs que abusam dos pobres também posicionam as classes abastadas da sociedade em lugares protegidos e confortáveis (...). Para muitos deles pode parecer que o mundo está ficando mais fácil e inteligente. (...) A natureza silenciosa e personalizada desse targeting impede que os vencedores sociais vejam como esses mesmos modelos estão destruindo vidas, às vezes a apenas algumas quadras de distância.

[...]

É uma guerra silenciosa que atinge os pobres mais duramente, mas que também impacta a classe média. Suas vítimas, em maioria, não têm

poder econômico, acesso a advogados ou organizações políticas bem financiadas para travar as batalhas. O resultado é um dano generalizado, que muitas vezes se passa como algo inevitável.

O sistema criado viabiliza que algoritmos determinem o funcionamento de aplicativos, sites, redes sociais e equipamentos. Todavia, não se pode afastar a premissa que não há neutralidade na tecnologia; em verdade, ela incorpora decisões humanas pautadas em parâmetros discriminatórios (GARCIA, 2020), que revelam o interesse progressivo de lucros, em contraposição ao reforço contumaz de injustiças.

O que se observa é que o livre mercado parece não ser capaz de corrigir os erros decorrentes do mau uso das tecnologias e dos algoritmos. Neste contexto, o uso regulado dos modelos matemáticos que tanto influenciam a sociedade hodierna parece ser um caminho para revisão dos conceitos de eficiência e sucesso, a fim de que valores humanos passem também a nortear as relações, conferindo um mínimo de segurança aos usuários e consumidores.

Em um ambiente absorto em tecnologia, os vieses e parcialidades dos sistemas automatizados precisam ser auditados. A utilização de mecanismos de *accountability* (prestação de contas) parece ser um caminho inicial capaz de, minimamente, revelar a utilização ética e proba dos algoritmos. Neste sentido, Fortes *et al* (2019):

Um antídoto seria auditoria de algoritmos e avaliação de impacto, examinando o código do software e todos os dados processados. O papel regulatório do Estado é evidente, devendo aplicar as leis existentes para controle dos excessos. Nesse cenário, é necessário regular o comércio eletrônico, sob pena de as grandes empresas eletrônicas se considerarem acima da lei: “a tecnologia em uma economia dirigida por algoritmos pode criar múltiplas versões do mesmo mercado”, distinguindo os consumidores e explorando-os. A auditoria dos

algoritmos pode permitir que o código e a base de dados sejam analisados, avaliando-se sua qualidade e uma possível manipulação – sendo que as empresas podem vir a ser obrigadas a mudar aspectos dos seus algoritmos. Em síntese, o ideal é que a intervenção seja cirúrgica, removendo uma prática abusiva anticompetitiva e preservando o comportamento neutro ou pró-competitivo FORTES; MARTINS; OLIVEIRA, 2019, p.240)

Um passo adiante seria a atualização da legislação, a fim de que o ambiente cibernético tome como ponto de partida bases legais que exijam transparência, fiscalizem sua existência, e punam a sua ausência.

No tocante aos dados dos consumidores e sua utilização em scores de crédito, por exemplo, modelo que se revela como interessante é o adotado na Europa. Nele, os dados coletados devem ser aprovados pelo usuário, além de contarem com opção de inclusão, envolvem a proibição de tredestinação - reuso de dados para outros propósitos. Ao abordar uma análise comparativa com sistema norte americano, O'Neil (2020, p. 330/331) explica:

Se quisermos jogar com força, podemos pensar em avançar em direção ao modelo europeu, que estipula que qualquer dados coletados devem ser aprovados pelo usuário, como “opt-in”, opção de inclusão. Também é proibido o reuso de dados para outros propósitos. A condição de opt-in pe muitas vezes contornada ao se fazer o usuário clicar numa caixa legal inescrutável. Mas a cláusula de não reuso é muito forte: torna ilegal vender dados de usuário. Isso os mantém longe dos vendedores de dados cujos dossiês alimentam e-scores tóxicos e campanhas de microdirecionamento. Graças a essa cláusula de não reuso, vendedores na Europa ficam muito mais restritos, presumindo-se que sigam a lei.

No Brasil, em que pese o fato de a Lei Geral de Proteção de Dados ser regida pelos princípios da transparência (como garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial) e segurança (como utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão), é necessário investir na efetividade dos mecanismos de responsabilização e prestação de contas, sobretudo em ambiente cibernético.

Por mais que legislações mais duras tendam a afugentar desenvolvedores que, diante das mesmas, revelam uma tendência em buscar jurisdições mais complacentes, a intervenção regulatória viabiliza maior segurança para os usuários e consumidores, na medida em que permite que parâmetros legais, éticos, imparciais e não discriminatórios equilibrem o avanço tecnológico, sem descuidar da preservação de direitos e garantias fundamentais.

6. Considerações finais

A revolução tecnológica promovida pela disseminação da internet trouxe novos desafios para a proteção do consumidor. O comércio eletrônico passou a integrar o cotidiano de milhares de pessoas que operam sem consciência dos meandros pelos quais as transações se desenvolvem.

O processamento em massa de dados conduzido por algoritmos agrava a vulnerabilidade inerente às relações digitais, na medida em que aprofunda a assimetria de poder da relação. Sem adequada transparência e capacidade real de compreender os processos, o consumidor torna-se alvo de práticas comerciais marcadas pela discriminação, como ocorre no *geoprincing* e no *geoblocking*, quando se pratica preços diferenciados ou se se nega a prestação de um serviço ou aquisição de produto com base na localidade do consumidor.

Do mesmo modo, a pontuação de crédito (*credit score*) também representa prática comercial, que apesar de entendida como lícita pelo STJ, pode causar danos imensuráveis ao consumidor, que pouco ou nada pode intervir no processo, recebe uma determinada classificação fundada em elementos que fogem de sua compreensão, o que pode influenciar diretamente na sua capacidade de receber crédito, no preço pago por determinado serviço e até mesmo em eventual aprovação para um emprego.

O fato é que a pseudoneutralidade do ambiente cibernético precisa ser revista a fim de que vieses e parâmetros discriminatórios contem com a adequada e efetiva regulação, auditoria e fiscalização, de forma permitir que os avanços tecnológicos sejam capazes de aumentar lucros na mesma medida em que preservam direitos, não sendo meros instrumentos de reforço de desigualdades.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Sandra Lacerda; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Geoprincing: uma análise jurídica das relações de consumo no e-commerce e da segregação econômico-social na era da pós-modernidade*.

<https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/4024>. Acessado em 06 de novembro de 2023.

ANTONINI, Fernando Guaraná; NASCIMENTO, José Renato Torres do; PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos. *Transição para o governo digital frente a necessidade de uma regulação algorítmica*. In: Inteligência artificial e dados pessoais. Livro eletrônico, organizadores Plínio Lacerda Martins, Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro, Marcos Cesar de Souza Lima. Rio de Janeiro: IDPP, 2022, p. 98 a 121.

BARROSO, Luis Roberto. OSÓRIO, Aline. *“Sabe com quem está falando?”: Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil*

contemporâneo. Revista Direito e Praxis. Rio de Janeiro, Vol. 07, N. 13, 2016, p. 204-232

BITENCOURT, Alice Maria Corrêa Lopes; FRESE, Sofia Gomes; MARTINS, Plínio Lacerda. *Como a LGPD pode resguardar os dados sensíveis tratados por inteligência artificial: um estudo sobre a ação dos programas de processamentos de dados em massa (Big Data)*. In: Inteligência artificial e dados pessoais (livro eletrônico). Organizadores: Plínio Lacerda Martins, Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro, Marcos Cesar de Souza Lima. Rio de Janeiro: IDPP, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema repetitivo 710, Discussão acerca da natureza dos sistemas de scoring e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor capaz de gerar indenização por dano moral*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=710&cod_tema_final=710. Acessado em 21 de fevereiro de 2024.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

D'AQUINO, Lúcia Souza; SOUTO, Luana Mathias; MUCELIN, Guilherme. *Crise pandêmica e a violação aos direitos dos consumidores: os marcos regulatórios emergentes do direito do consumidor*. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/54271/32062>. Acessado em 06 de novembro de 2023.

FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. O consumidor contemporâneo no show

de truman: a geodiscriminação Digital como prática ilícita no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor* | vol. 124/2019 | p. 235 - 260 | Jul - Ago / 2019.

GARCIA, Ana Cristina Bicharra. *Ética e inteligência artificial*. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/journals/index.php/comp-br/article/download/1791/1625/5268>. Acessado em 29 de fevereiro de 2024.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 322.

MARTINS, Plínio Lacerda, MACHADO, André Roberto de Souza, LIMA, Marcos Cesar de Souza. *Privacidade: os dados pessoais na sociedade contemporânea*. In *Hermeneutica jurídica: a relação jurídica de consumo na sociedade*. PPGDIN – UFF. Niterói. 2020.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

MONARD, Maria Carolina; BARANAUSKAS, José Augusto. *Conceitos sobre aprendizado de máquina*. Disponível em: <https://dcm.ffclrp.usp.br/~augusto/publications/2003-sistemas-inteligentes-cap4.pdf>. Acessado em 28 de fevereiro de 2024.

MUCELIN, Guilherme. Metaverso e vulnerabilidade digital. *Conjur*, 24 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-24/garantias-consumo-consideracoes-metaverso-vulnerabilidade-digital/>. Acessado em: 20 de fevereiro de 2024.

O'NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia.. Tradução Rafael Abraham. 1ª edição. Santo André, SP; Editora Rua do Sabão, 2020.

PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos. *Aspectos da esfera pública nesta fase da modernidade: as relações de consumo e a publicidade das redes sociais*. In: Proteção dos hipervulneráveis em ambiente digital: Registros da Jornada BRASILCON, UFF e UFPEL /Organizador: Fernando Rodrigues Martins, et.al. – Londrina, PR: Thoth, 2023.

TARGA, Maria Luiza Baillo; D'AQUINO, Lúcia Souza. *A discriminação geográfica dos consumidores em ambiente digital*. In: Proteção dos hipervulneráveis em ambiente digital: Registros da Jornada BRASILCON, UFF e UFPEL /Organizador: Fernando Rodrigues Martins, et.al. – Londrina, PR: Thoth, 2023.

TIBURCIO, Juliana Guimarães. *Geo-pricing e geo-blocking: análise das formas de discriminação aos consumidores na era digital*. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/15474/1/JGTiburcio.pdf>. Acessado em 06 de novembro de 2023.

TORRES, Júlia Fátima Gonçalves; AZEVEDO, Fernando Costa de. *Os desafios decorrentes da hipervulnerabilidade do consumidor no ambiente digital*. In: Proteção dos hipervulneráveis em ambiente digital: Registros da Jornada BRASILCON, UFF e UFPEL

/Organizador: Fernando Rodrigues Martins, et.al. – Londrina, PR: Thoth, 2023.

VIEGAS, João Ricardo Bet. *Considerações sobre analfabetismo digital e agravamento de vulnerabilidade do consumidor*. In: Proteção dos hipervulneráveis em ambiente digital: Registros da Jornada BRASILCON, UFF e UFPEL /Organizador: Fernando Rodrigues Martins, et.al. – Londrina, PR: Thoth, 2023.

5

**CONSUMO,
DESIGUALDADE E NOVAS
TECNOLOGIAS: REFLEXÕES
SOBRE DISCRIMINAÇÃO
ALGORÍTMICA**

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.5>

Marcela do Amaral Barreto de Jesus Amado¹

Renata do Amaral Barreto de Jesus de Oliveira²

-
- 1 Graduada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Mestre Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios – Universidade Federal Fluminense – UFF. Email: marcela_amaral@id.uff.br.
 - 2 Graduada no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Mestre Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios – UFF. Email: renatab@id.uff.br.

RESUMO

A evolução tecnológica promoveu uma vertiginosa mudança na sociedade humana, impactando todas as áreas, e mais especificamente o campo econômico, transformando o modelo de produção em massa em sistemas altamente complexos com o uso da tecnologia digital e da inteligência artificial, mercantilizando os dados pessoais dos consumidores. Nesse sentido, a presente pesquisa, utilizando como marcos teóricos os conceitos de vigilância e controle, tem por escopo perquirir quais são os impactos desse estado de coisas para a dignidade da pessoa humana, as tensões entre o capital e os consumidores, assim como as possíveis perspectivas para o enfrentamento jurídico dos riscos e danos causados, no marco da defesa dos direitos humanos. A metodologia consistirá na revisão bibliográfica sobre o tema e na análise de um caso paradigmático de violação aos direitos dos consumidores no contexto do capitalismo de vigilância e controle contemporâneo.

Palavras-chave: Consumidor. Dignidade da pessoa humana. Vigilância. Controle. Capitalismo. Inteligência artificial.

1. Introdução

O século XXI chegou trazendo consigo uma revolução tecnológica que impactou todos os setores da vida humana, levando à criação de novos conceitos, tais como o de *ubiquidade dos meios informáticos* (MENDES, 2014, p. 20), que diz respeito ao fato de que as novas tecnologias estão presentes em todos os lugares, pois contemporaneamente há a conectividade em rede pelo uso de *smartphones*, internet das coisas etc.

O impacto também é relevante sob a ótica econômica, pois os dados e as informações passaram a ser altamente valorizados, resultando numa nova lógica de acumulação, que se por um lado propicia o surgimento de novas formas de riqueza, por outro lado, expõe os seres humanos a novos riscos, criando situações de vulnerabilidade, inclusive nas relações jurídicas consumeristas. A utilização dos dados dos consumidores ocorre sem a autorização destes e de forma massiva, com a ofensa a vários direitos

fundamentais, apresentando novos desafios para a regulação do Direito.

Neste caminhar, o estudo ora proposto tem a pretensão de responder à seguinte questão: qual é a resposta do ordenamento jurídico pátrio às agressões perpetradas pelo capitalismo de vigilância e controle em face dos consumidores, num contexto de relações jurídicas marcadas pela assimetria?

A pesquisa é relevante, pois apresenta as nuances do capitalismo contemporâneo a partir das novas tecnologias e impactos que potencializam a vulnerabilidade dos consumidores. Objetiva-se também oferecer contribuição à produção acadêmica de qualidade na áreas dos direitos humanos.

A metodologia consistirá na revisão bibliográfica sobre o tema e na análise de um caso paradigmático de violação aos direitos dos consumidores no contexto contemporâneo do capitalismo de vigilância e controle.

1. Do capitalismo da produção em massa ao capitalismo de vigilância

A revolução industrial, cujo aprofundamento e perpetuação deram-se com o desenvolvimento da tecnologia, inaugurou o capitalismo que corresponde ao sistema econômico prevalente desde então, baseado numa lógica de acumulação com nuances próprias de cada época e do nível tecnológico alcançado. Ao longo do século XX, o capitalismo ancorou-se na produção em massa³ e a evidenciação

3 Mauro Cappelletti, analisando o que denomina “o problema social dos interesses difusos”, esclarece que “do ponto de vista econômico (...) tipicamente a produção é uma produção de massa, não mais uma produção artesanal. Comércio de massa: consumo, tipicamente, de

de tal fenômeno se dá a partir do momento em que a fábrica passa a ocupar o centro da sociedade, substituindo-se a relação senhorial feudal e as próprias corporações da Idade Média. Contudo, embora fundamental à implementação de uma pauta mínima de direitos universais, o individualismo preconizado pelo liberalismo, fruto das revoluções burguesas do Século XVIII, não é capaz de dar conta das demandas que brotam de uma sociedade cada vez mais complexa, marcada por profundas fraturas culturais e diferenças socioeconômicas. Daí ao surgimento de conflitos de massa o caminho mostrou-se muito curto, o que pode ser percebido, por exemplo, na própria polaridade dos embates suscitados pelo movimento operário, perdendo os conflitos a sua marca de individualidade (força do trabalho *versus* força-capital), o mesmo podendo ser verificado no embate entre sociedade (e não mais apenas o indivíduo isolado) e Estado e entre consumidores e empresas.

A boa compreensão de tais aspectos, na perspectiva do acesso à justiça, serve à constatação da insuficiência dos instrumentos jurídicos tradicionais, até hoje construídos sobre as bases do individualismo. É dizer, os juízes e tribunais e os operadores do direito de um modo geral, acostumados que estão com a solução de conflitos de natureza exclusivamente individual, e já positivados de muito pela norma (“resolvidos” *a priori* pelo legislador), mostram-se absolutamente incapazes de encontrar

massa. Vivemos, marcadamente, em uma economia cuja preocupação, trabalho, comércio, consumo se caracterizam por esse aspecto massivo. A empresa, industrial ou comercial, e toda e qualquer empresa econômica, é, cada vez mais, vasta, a tal ponto que, hoje, um típico aspecto de nosso mundo é o das empresas multinacionais. O problema social reflete o mesmo fenômeno.” (CAPPELLETTI, 2006, pp. 172). Quanto ao tema, Cassio Ortegati indica que a sociedade de massas impõe modelos de comportamento generalizados na produção em larga escala (distribuição e consumo de bens e serviços), com reflexos, também mediante padrões generalizados, na vida política (participação) e na vida cultural (uso dos meios de comunicação de massas) (ORTEGATI, 2004, p. 1211).

soluções justas a problemas relativos a novos direitos e novos titulares de direitos, já agora transindividuais, que podem compor universos de impossível ou de mui difícil determinação, como se dá relativamente aos consumidores, ativos e passivos, de tecnologia.

Já agora ancorado pelo capitalismo financeiro a partir das transformações que começam a ocorrer desde a década de 1970 do século passado,⁴ o triunfo do modelo de produção capitalista dá sinais de que novas formas de acumulação estão surgindo com o avanço irrefreável das novas tecnologias, gerando novos interesses econômicos, políticos, jurídicos e acadêmicos, com imensas repercussões sociais. A nova lógica de acumulação é fundada intencionalmente pelos agentes econômicos e tem implicações relevantes, eis que busca prever e modificar o comportamento humano como meio de produzir receitas e controle de mercado (ZUBOFF, 2018).

O avanço das novas tecnologias, sobretudo com o uso da inteligência artificial (IA), é como um rio caudaloso difícil de ser contido, eis que faz parte do desenvolvimento da sociedade humana e de sua lógica de acumulação.⁵ O conceito de IA é, contudo, impreciso. A terminologia é empregada para albergar diversas áreas de estudo das novas tecnologias, tais como aprendizado de máquina (*machine learning* – ML), robótica, jogos etc. Em que pese as dificuldades, com vistas a atender ao escopo da pesquisa, acolhe-se o

4 Sobre a história do advento do capitalismo financeiro é indispensável a leitura de CHESNAIS, François. O Capital portador de juros: acumulação, internacionalização, efeitos econômicos e políticos. In: A Finança Mundializada: Raízes sociais e políticas, configuração, consequências. François Chesnais (organizador). Tradução de Rosa Marques e Paulo Nakatani. São Paulo: Boitempo, 2015, pp. 35-67.

5 Conforme se infere da resposta concedida por uma empresa privada da Estônia, que, ao contribuir com uma pesquisa conduzida pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA), assim asseverou: “ao testar o sistema, não prestamos realmente atenção aos aspectos legais, preocupamo-nos em saber se o sistema é lucrativo.” (FRA, 2021, p. 2).

conceito de inteligência artificial (IA) proposto pelo Grupo de Peritos de Alto Nível em Inteligência Artificial da Comissão Europeia:

O conceito de inteligência artificial (IA) aplica-se a sistemas que apresentam um comportamento inteligente, analisando o seu ambiente e tomando medidas – com um determinado nível de autonomia – para atingir objetivos específicos. Os sistemas baseados em inteligência artificial podem estar puramente confinados ao “software”, atuando no mundo virtual (por exemplo: assistentes de voz, programas de análises de imagens, motores de busca, sistemas de reconhecimento facial e de discurso), ou podem estar integrados em dispositivos físicos (por exemplo: robôs avançados, automóveis autônomos, veículos aéreos não tripulados ou aplicações da Internet das coisas) (FRA, 2021, p. 1).

Do conceito de IA apresentado, depreende-se a amplitude do termo, sinalizando para as várias possibilidades que se apresentam para o seu uso. Nesse mesmo caminho apresenta-se o conceito de Internet das Coisas (*Internet of Things* – IoT), que:

(...) pode ser entendida como a rede ubíqua e global que ajuda a prover a funcionalidade de integrar o mundo físico. Isso se dá por meio da coleta, do processamento de dados e da análise de dados gerados pelos sensores da IoT, que estarão presentes em todas as coisas e se integrarão por meio da rede pública de comunicação (ALBERTIN, ALBERTIN, 2017, p. 13).

O impacto econômico gerado pela expectativa de crescimento da IoT é significativo, tanto no cenário brasileiro como mundial. A título de exemplo, a Nokia noticiou ao mercado que em 2017 lançara uma rede mundial e integrada de IoT, assim como a SAP

anunciou que até 2021 investiria 2 bilhões de euros em soluções de IoT (ALBERTIN, ALBERTIN, 2017).

A extração e a análise de dados, mediados pelo computador, são de especial interesse para o presente trabalho, pois resultam na alocação de recursos vultosos, com acumulação expressiva, além de suscitar questões de interesse jurídico. Conforme referido por Zuboff, um relatório bastante citado da Cisco prevê um novo valor agregado de US\$ 14,4 trilhões à internet de todas as coisas (ZUBOFF, 2018, p. 27).

No sentir de Zuboff, o *big data* é, acima de tudo, o componente fundamental de uma nova lógica de acumulação que, independentemente do uso que lhe seja dado, tem suas origens “num projeto de extração fundado na indiferença formal em relação às populações que conformam tanto sua fonte de dados quanto seus alvos finais” (ZUBOFF, 2018, p. 18). Por capitalismo de vigilância Zuboff entende a superveniência “de uma nova lógica de acumulação, com uma nova política e relações sociais que substituem os contratos, o Estado de direito e a confiança social pela soberania do Big Other” (ZUBOFF, 2018, p. 49). Já o *Big Other*, para a autora, seria uma nova arquitetura universal que se configura como um “ubíquo regime institucional em rede que registra, modifica e mercantiliza a experiência cotidiana, desde o uso de um eletrodoméstico até seus próprios corpos, da comunicação ao pensamento”, tudo com vista a estabelecer novos caminhos para a monetização e o lucro (ZUBOFF, 2018, pp. 43-44).

Os dados são informações extraídas das mais diversas formas (*machine learning* (ML), *drones*, dispositivos vestíveis, carros automatizados, nanopartículas que patrulham o corpo procurando por sinais de doenças e dispositivos inteligentes para o monitoramento do lar, bancos de dados governamentais e corporativos etc), a indicar que toda ação praticada em sociedade contemporaneamente resulta no fornecimento de dados pelo indivíduo, seja de forma consciente ou inconsciente: ao caminhar pela via, exposto às câmeras de vigilância pública; no trabalho e em outros ambientes, em que se submete às câmeras de vigilância privada; pelo uso de *smartphones* até satélites, do *Google Street View* ao *Google*

Earth; ao comprar por meio de cartão de crédito (passagens aéreas, planos de saúde, seguros, medicamentos) etc. Tais informações são armazenadas e comercializadas por *data brokers* e, no mais das vezes, pelo menos nos Estados Unidos, conforme assevera Zuboff (2018), sem conhecimento e autorização do consumidor. Pode-se afirmar que no Brasil o cenário se repete, tendo em vista as já inúmeras decisões judiciais sobre fraudes com cartões de crédito, débito e, mais recentemente, com o uso do PIX⁶, que é modalidade de pagamento criada pelo Banco Central (BC) em que os recursos são transferidos entre contas em poucos segundos, a qualquer hora ou dia (BC, 2024).

A extração ocorre de forma unilateral por parte das grandes empresas de tecnologia, ou seja, está ausente o consenso por parte do consumidor, mesmo tais informações sendo relacionadas à vida privada.⁷

A indiferença formal dos capitalistas do século XXI (neoliberais) na extração dos dados, priorizando a inovação em detrimento de todo o restante, torna a prática agressiva, a exemplo do que se dá com o *Street View* da Google, que "(...) sofreu restrições em muitos países e continua a enfrentar processos litigiosos em torno do que os reclamantes caracterizam como táticas "secretas", "ilícitas"

6 Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 2.082.281 – SP, julgado em 21/11/2023 e publicado em 29/11/2023. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=218863948&tipo=5&nreg=202302224553&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20231129&formato=PDF&salvar=false> > Acesso: 26/02/2024.

7 Tanto é assim que Eric Schmidt, presidente da Google, declarou, em 2009, sem qualquer constrangimento: "Se existe algo que você prefere que outras pessoas não saibam, talvez você não devesse estar fazendo em primeiro lugar, mas, se você realmente necessita desse tipo de privacidade, a realidade é que o Google e outros mecanismos de busca retêm essas informações por um certo período... É possível que essa informação seja disponibilizada para as autoridades" (ZUBOFF, 2018, p. 17).

e “ilegais” de coleta de dados nos Estados Unidos, na Europa e em outras regiões (ZUBOFF, 2018, p. 29).

Outra prática que retrata o espírito do capitalismo de vigilância e controle é o uso do Poder Judiciário para defender os interesses econômicos das *Big Techs* até o limite, ou seja, a partir de análises criteriosas de custo-benefício, tais empresas persistem em fazer uso de todas as instâncias recursais, em demandas em que ocupam o polo passivo, ou celebram acordos judiciais depois de levar os autores das ações à exaustão, adimplindo valores que representam bagatelas se comparados com os lucros obtidos com as atividades lesivas aos consumidores (ZUBOFF, 2018). Ou seja, promovem lesões aos consumidores, lucram com tal prática e ainda se beneficiam contabilmente, lançando tais indenizações judiciais como despesas dedutíveis para compor a base de cálculo de tributos, o que é autorizado por alguns ordenamentos jurídicos.

Além da extração dos dados há também o problema da análise dos dados, de modo a demonstrar como no capitalismo de vigilância e controle ocorre a lógica de acumulação e aumento exponencial dos lucros, modelo largamente explorados por empresas como a Google, Facebook, Twitter, Alibaba, dentre outras:

As empresas de hiperescala exploram o custo marginal da economia digital para rapidamente alcançar uma grande escala a custos quase nulos. Além dessas capacidades materiais, Varian observa que a análise desses dados requer cientistas de dados que dominem os novos métodos associados a análises preditivas, mineração da realidade, análise de padrões de vida e assim por diante. Esses requisitos materiais e de conhecimento altamente especializados separam o significado subjetivo do resultado objetivo. Ao fazê-lo, eles eliminam a necessidade ou a possibilidade de um circuito de informação, ou *feedback loop*, entre a empresa e suas populações. Os dados viajam através de muitas fases de produção, apenas

para retornar à sua fonte em uma segunda fase de extração em que o objetivo não é mais lidar com os dados, mas produzir receita. O ciclo começa novamente na forma de novas transações mediadas pelo computador (ZUBOFF, 2018, p. 40).

Ou seja, depreende-se que no capitalismo de vigilância e controle os dados (“ativos de vigilância e controle”) são condição *sine qua non* para a obtenção de receitas e os investimentos aplicados neste modelo são identificados como capital de vigilância e controle, totalizando quantias expressivas em nível global.

Naturalmente, tal modelo econômico é passível de severas críticas, pois seus ativos são tomados dos seus reais proprietários sem que estes sejam consultados ou considerados, ferindo a dignidade da pessoa humana e o direito de propriedade, dentre outros direitos fundamentais.

2. Vigilância e controle

Em certo sentido, o conceito de capitalismo de vigilância de Zuboff remete ao pensamento de Foucault e a seus conceitos de vigilância e biopolítica.

No século XIX, aponta o filósofo francês, o direito soberano de “fazer morrer e deixar viver” transforma-se num direito de “fazer viver e deixar morrer”, ou seja, num novo direito que inverte a lógica da soberania clássica. Essa transformação se dá, por exemplo, na teoria do direito e já está presente no contratualismo dos séculos XVII e XVIII, que nasce do argumento do perigo da morte violenta, da “guerra de todos contra todos” (FOUCAULT, 2005, p. 287).

Se no final do XVII surgem as técnicas de poder centradas no corpo individual, através das diversas disciplinas exercidas sobre o trabalho (vigilâncias, inspeções, etc) e por intermédio de diversas instituições (presídios, escolas, sanatórios, etc), a partir da segunda

metade do século XVIII aparece uma nova tecnologia que não faz desaparecer a disciplina, mas a complementa. Trata-se de uma tecnologia que vai tomar em questão não mais a vida individual do homem, mas sim a sua vida enquanto espécie, sua vida coletivamente considerada, uma tecnologia que se instala e se dirige à multiplicidade dos homens enquanto massa global, que se faz em direção não do homem-corpo, mas do homem-espécie (FOUCAULT, 2005, p. 289). Não mais uma anátomo-política do corpo humano, mas sim uma biopolítica da espécie humana, um poder que se encarrega do problema das massas, da população, das estatísticas demográficas, que busca estabelecer mecanismos reguladores de equilíbrio em torno do aleatório inerente a uma população de seres vivos. Essas novas configurações do poder tomam a vida como elemento central, almejam um “fazer viver”, intervir na maneira de viver: fazer viver e deixar morrer, diferentemente da soberania clássica que investia, sobretudo, no poder de fazer morrer.

O mecanismo disciplinar dos séculos XVII e XVIII se articula com a nova configuração do biopoder. Daí propor Foucault a visualização de duas séries complementares: a série “corpo – organismo – disciplina – instituições” e a série “população – processos biológicos – mecanismos regulamentadores – Estado” (FOUCAULT, 2005, p. 298). Essa última série é uma “biorregulamentação pelo Estado” em que surgem, dentre outros, os problemas da subtração das forças, da diminuição do tempo de trabalho e o da velhice (o quanto se deixa de produzir; quanto os tratamentos de saúde podem custar, etc.), a demonstrar a íntima relação entre biopolítica e capitalismo (demografia e industrialização, por exemplo).

De toda sorte, embora invista todas as suas fichas na vida, o biopoder traz, em si, o paradoxo do poder de matar a própria vida. Foucault vai se perguntar como um poder que trata essencialmente de aumentar a vida e sua duração pode, também, reclamar a morte, mandar matar. Aqui o racismo cumpre um papel fundamental, que é o de introduzir “o corte entre o que deve viver e o que deve morrer”, uma espécie de fragmentação do biológico de que o poder se incumbem. Dessa cesura, desse papel negativo, surge uma “relação positiva” no racismo, pois se você quer viver, é preciso que o outro morra, “quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer,

quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie” (FOUCAULT, 2005, p. 305). O racismo assegura “a função de morte na economia do biopoder, segundo o princípio de que a morte dos outros é o fortalecimento biológico da própria pessoa” (FOUCAULT, 2005, p. 308), e a sociedade nazista seria, nessa linha, uma sociedade que generalizou absolutamente o biopoder e, ao mesmo tempo, o direito soberano de matar. O Estado desempenha papel importante nesse cenário, pois é a instituição que tem a função de incumbir-se da vida, organizá-la, multiplicá-la, delimitar suas possibilidades, e por seu intermédio surgem políticas de gestão coletiva da população presentes no funcionamento de todos os Estados (FOUCAULT, 2005, p. 312).

Se em Foucault o Estado ocupa um papel central na gestão coletiva da vida, no momento atual a esse poder soma-se o poder de vigilância exercido pelas *Big Techs*, que pode estar associado, ou não, ao Estado, mas que sem dúvida alcança o homem-consumidor em suas dimensões individual e coletiva. Tem-se então, nesse novo cenário do capitalismo de vigilância, uma zona de penumbra entre o público e o privado e uma região de indistinção entre as *Big Techs* e a soberania (por exemplo, nos sistemas de predição de criminalidade e de reconhecimento facial utilizados pela Polícia). Nesse novo cenário as populações minoritárias estão mais expostas às intervenções tecnológicas de gestão e governo, como demonstrado pelas pesquisas de O’Neil (2020), Noble (2021) e Mulholland (2022) relativamente aos trabalhadores, estudantes e mulheres, especialmente as mulheres negras, e também aos consumidores de baixa renda (tomadores de empréstimos bancários, por exemplo).

Em Foucault a vigilância volta-se à produção de corpos dóceis para o trabalho e a produção capitalista, sendo a fábrica, a escola, as prisões e os hospícios os seus dispositivos por excelência. Já no capitalismo de vigilância contemporâneo e seus dispositivos tecnológicos (os *smartphones*, *tablets*, óculos de realidade virtual, games, etc.), à docilidade para o trabalho soma-se o adestramento de subjetividades para o consumo de massa, num cenário em que as necessidades são produzidas ao infinito através da manipulação do desejo. Assim, a captura se dá, a um só tempo, sobre corpos e mentes, a indicar que na vigilância sempre haverá um componente psicológico

em jogo,⁸ o que abre espaços, inclusive, a resistências, pois sem a dimensão psicológica haveria apenas automatismo.

O advento e o crescimento vertiginoso da tecnologia digital indica que talvez seja mais apropriado falar também em controle, não só em vigilância. De fato, se a vigilância foucaultiana é uma forma de organização do confinamento e de composição da força produtiva no espaço-tempo da fábrica, por intermédio de moldes (escola, prisão, hospício), o controle, tal como concebido por Deleuze (1992), opera em sistemas abertos que criam novos regimes de “liberdade” (a liberdade de consumir de acordo com as necessidades criadas desde fora) e moldagens autodeformantes, como na imagem sugerida por Deleuze de uma peneira cujas malhas mudam de um ponto a outro. O homem endividado contemporâneo é um exemplo eloquente desse novo regime de liberdade, expressão da moratória inexpiável do processo kafkiano (DELEUZE, 1992), e o modelo não é mais a fábrica, mas a empresa, que alimenta a rivalidade de todos contra todos em seu interior e institui uma nova racionalidade, além de subjetividades também novas. No plano jurídico-político, a aquisição do *status* de sujeito de direitos se dá por intermédio da inserção individual no mercado de consumo, e não mais pela vinculação entre o indivíduo e o Estado (direitos de cidadania).

8 Han (2014) propõe o conceito de *psicopolítica* enquanto uma governamentalidade que vai além do controle dos corpos para alcançar também, pelo uso das tecnologias digitais, uma dimensão psicológica (desejos, comportamentos, padrões de consumo, etc.). A dimensão psicológica já está presente no pensamento de Foucault, que aponta que a biopolítica busca produzir corpos dóceis para a produção, o que inclui, naturalmente, a dimensão psicológica dos sujeitos. Além disso, Foucault em momento algum adota a premissa de que corpo e mente seriam dimensões apartadas e incomunicáveis, no que se aproxima do pensamento de Spinoza (2008), que propõe a existência de uma relação de paralelismo (ou igualdade) entre corpo e mente.

3. Tensões entre o capitalismo de vigilância e controle e os direitos fundamentais dos consumidores: o caso Facebook como paradigmático

Como visto, o desenvolvimento das novas tecnologias fomenta o crescimento econômico, avanços científicos nas mais diversas áreas do conhecimento e transforma a sociedade, impactando de forma transindividual, devido à sua natureza difusa. Porém, na mesma medida apresenta desafios e tensões.

No embate entre a produção de riquezas e o respeito aos direitos fundamentais é necessário trazer ao debate o metaprincípio da dignidade da pessoa humana, previsto em diversos tratados internacionais e valor fundante da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito.

No processo de construção de uma sociedade democrática, o direito exerce tarefa civilizatória, por meio da qual valores comuns são consolidados e reconhecidos direitos fundamentais albergados na Constituição, que, alinhada aos tratados internacionais, traduzem o pensamento e os compromissos firmados entre todos os Estados signatários. Dentre os valores comuns consolidados merece destaque, pela sua relevância e fundamentalidade, a dignidade da pessoa humana (MONSALVE; ROMÁN, 2009).⁹

9 Dignidade provém do latim *dignus*, correspondente àquele merecedor de estima e honra, ou seja, aquele que merece reconhecimento, sendo ao longo da antiguidade dirigido à espécie humana de forma geral. Na idade média, a partir da contribuição de Boécio, adotada por São Tomás, transitou-se para a ideia de dignidade pessoal. Mas foi com Kant que a

A Filosofia, a Política e a História trataram de determinar o conteúdo do que se concebe como dignidade da pessoa humana, que, para Silva, a partir da matriz kantiana, expressa a ideia de que só o ser humano, enquanto ser racional, é pessoa no sentido jurídico:

Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e inspiração de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio.

(...) a *dignidade* é atributo intrínseco, da essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano (SILVA, pp. 89-90).

De todo modo, o conceito de dignidade humana não é um conceito vazio.

Para Habermas (2010), por exemplo, referido conceito constitui a fonte moral da qual os direitos fundamentais tiram o seu fundamento e cumpre uma função catalisadora (estímulo e dinamização) na construção dos direitos humanos a partir de uma moral racional.

O conceito de dignidade humana desempenha o papel de fonte moral dos direitos fundamentais em razão da existência de contextos culturais diferentes, nos quais os universais facilitam as

dignidade humana ganhou os contornos contemporaneamente invocados, através da consagrada fórmula de seu imperativo categórico (“Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio”).

negociações de acordos e a construção de consensos sobrepostos, como se deu, por exemplo, por ocasião da fundação das Nações Unidas. Por outro lado, os direitos humanos precisam o substrato normativo da igual dignidade e a denominada “função heurística” da dignidade humana serve de chave para entender as conexões lógicas entre as gerações de direitos humanos (direitos liberais, direitos de participação, direitos sociais/culturais), o que inclui os novos direitos (por exemplo, a proteção de dados pessoais enquanto direito humano fundamental). Daí que o conceito de dignidade fundamenta a indivisibilidade das categorias dos direitos humanos e cria uma relação de colaboração recíproca como pressuposto ao cumprimento da promessa moral de respeitar por igual a dignidade de cada pessoa (HABERMAS, 2010).

Para Habermas, a dignidade humana configura o portal através do qual o substrato igualitário e universalista da moral se traslada ao âmbito do direito e daí decorre a conversão da promessa moral de igual respeito a todo ser humano em moeda legal, conversão que revela a “dupla face” dos direitos humanos, vale dizer, seu conteúdo moral e, ao mesmo tempo, sua forma de direitos subjetivos,¹⁰ o que se expressa, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu art. 1º proclama que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (ONU, 1948).¹¹

10 Tanto em Kant quanto em Habermas o reconhecimento universal de uma dignidade humana cumpre o papel de fundamentar os direitos humanos e, em consequência, o de limitar as relações verticais (indivíduo-Estado) e horizontais (relações entre indivíduos e entre indivíduos e empresas, etc.) ao criar uma esfera intransponível de igual respeito e consideração.

11 A União Europeia, por meio da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assinada em Nice, no ano de 2000, declara que “a dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida” (UE, 2000), indo na mesma linha a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que estabelece, em seu art. 11, item 1, que “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade” (OEA, 1969).

Para o Brasil, que traz a dignidade da pessoa humana como valor supremo a partir da Carta Magna promulgada em 05 de outubro de 1988 (art. 1º, parágrafo único), significa dizer que esta se reveste de um princípio que fundamenta a ordem jurídica, política, econômica, social e cultural, estando na base da vida nacional (SILVA, 1998).

Tem-se, assim, de um lado a função civilizatória do direito, impondo-se inclusive à ordem econômica brasileira, que deve ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, a defesa do consumidor (CF/1988, art. 170), com fundamento na solidariedade social; de outro, o capital, que de posse de novas tecnologias, além de aumentar exponencialmente sua capacidade lucrativa, inaugura vasto campo de tensões que resultam em violação aos direitos fundamentais dos consumidores.

Um caso emblemático de tal tensão pode ser encontrado nas discussões travadas na ação civil pública proposta pelo Instituto Defesa Coletiva em face de Facebook Serviços Online do Brasil Ltda (Processo nº 5127283-45.2019.8.13.0024 - 29ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte). Conforme narrado pelo autor coletivo:

(...) em meados do mês de setembro de 2018, a rede social pertencente a empresa ré foi alvo de um ataque, no qual hackers obtiveram acesso às contas de cerca de 29 milhões de pessoas, apropriando-se de detalhes de contato dos usuários, sendo que os hackers conseguiram acessar detalhes de contato, incluindo nome, número de telefone e e-mail de 15 milhões de pessoas, sendo que outras 14 milhões tiveram ainda mais dados acessados, como nome de usuário, gênero, localidade, idioma, status de relacionamento, religião, cidade natal, data de nascimento, dispositivos usados para acessar o Facebook, educação, trabalho e os últimos dez locais onde estiveram ou nos quais foram marcados e, não obstante, meses após o vazamento acima noticiado, um novo

vazamento foi divulgado pela empresa de segurança virtual UpGuard, no dia 03 de abril de 2019 e, dessa vez, o vazamento atingiu dados mais sensíveis, expondo senhas de 22 mil contas e detalhes da movimentação de mais de 540 milhões de usuários, restando evidente o interesse comercial das informações vazadas, haja vista que os dados foram encontrados nos servidores de nuvem da empresa Amazon e continham informações de curtidas, comentários, imagens, entre outras interações na rede social (DOC 8), sendo que não foi divulgado precisamente o número de usuários brasileiros que tiveram seus dados, informações e perfis de comportamento utilizados de forma clandestina pelos hackers, devido a falha na segurança da prestação do serviço da requerida. Consta que em 14/12/2018 a demandada anunciou um vazamento de fotos que pode ter afetado até 6,8 milhões de usuários, conforme site do jornal “Folha de São Paulo” (DOC 09), sendo noticiado que os fatos foram confessados publicamente pela requerida, por meio de um comunicado oficial realizado pelo vice-presidente de gestão de produtos da rede social, Guy Rosen, que confirmou, no dia 12 de outubro de 2018, que dados pessoais de 29 milhões de usuários foram, de fato, roubados por hackers e, no mesmo sentido, o Diretor de Engenharia do Facebook, Tommer Bar, afirmou publicamente, em 14 de dezembro de 2018, que aplicativos de terceiros tiveram acesso “mais amplo que o normal” às fotos dos usuários, reconhecendo a própria ré a vulnerabilidade na proteção das informações (TJMG, 2023).

Ou seja, ainda de acordo com a narrativa do autor, cuida-se de um amplo e grave vazamento de dados dos consumidores, comprometendo sua intimidade, privacidade, segurança física e financeira. E que voltou a ocorrer através da transcrição dos áudios

enviados pelos consumidores no aplicativo Messenger, tendo sido noticiado que a empresa Facebook pagou funcionários terceirizados, cujas identidades foram mantidas em anonimato, para transcrever arquivos de áudio dos usuários de tal aplicativo, o que ensejou a instauração de procedimento apuratório pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública (Senacon).

Conforme salientou o magistrado de primeira instância, ao proferir a sentença, na contemporaneidade vive-se num “ambiente de evolução tecnológica e de manuseio de dados pessoais na condição de mercadoria” (TJMG, p. 10). A assertiva é corroborada por Zuboff (2018), que ao tratar da nova lógica de acumulação promovida pelo capitalismo de vigilância (e controle), explica como se dá a extração de dados, que tem como principal característica a “indiferença formal”, prática de empresas como a Google e outros agregadores de *big data* em que há a apropriação dos dados pessoais dos consumidores sem autorização e com finalidade mercadológica. A autora esclarece que:

Na verdade, é o *status* de tais dados como sinais de subjetividades que os tornam mais valiosos para os anunciantes. Para a Google e outros agregadores de *big data*, no entanto, os dados são apenas *bits*. As subjetividades são convertidas em objetos que reorientam o subjetivo para a mercantilização. Os sentidos individuais dados pelos usuários não interessam ao Google ou às outras empresas nessa cadeia. Dessa forma, os métodos de produção de *big data* a partir de *small data* e as formas pelas quais o *big data* adquire valor refletem a indiferença formal que caracteriza o relacionamento da empresa com suas populações de “usuários” (ZUBOFF, 2018, p. 34).

Em sede infraconstitucional, a situação retratada na demanda proposta contra o Facebook é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 6º, I e III, reconhece como direito básico do consumidor, entre outros, a proteção da vida, saúde

e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos, e a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes, preço e riscos).

Ou seja, o código consumerista brasileiro, embora elaborado na década de 1990, apresenta condições para adaptar-se às novas demandas surgidas num cenário de avanço tecnológico, dando respostas compatíveis à proteção dos direitos da personalidade do consumidor, incluindo nesse rol as ameaças decorrentes do processamento de dados pessoais.

A centralidade do Código de Defesa do Consumidor se justifica a partir da determinação constitucional, na medida em que a defesa do consumidor é um dos direitos fundamentais e um dos princípios da ordem econômica brasileira.¹² Ou seja, a Carta Magna impõe ao Estado um amplo dever de proteção do consumidor, conforme leciona Mendes:

O dever de proteção envolve, nesse contexto, várias dimensões: dever de interpretar conforme a Constituição, de modo a se levar em conta a vulnerabilidade do consumidor e sua necessidade de proteção; dever de atuação administrativa para a proteção do consumidor; dever de desenvolvimento de uma arquitetura regulatória para a efetividade dessa proteção. Sob as condições de uma economia da informação, em que os dados pessoais dos consumidores são processados pelos mais diversos setores econômicos a partir de tecnologias cada vez mais avançadas, ampliando

12 Constituição Federal, art. 5º XXXII (“XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e 170 (“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor”) (BRASIL, 1988).

os riscos à personalidade do consumidor, é de se questionar como se efetiva esse dever de proteção na atualidade. (MENDES, 2014, p. 202).

Um ponto fulcral a justificar a proteção do consumidor nos moldes constitucionais determinados é a sua vulnerabilidade. Mas, o que se entende por vulnerabilidade? No entendimento de Nunes ela se apresenta da seguinte forma:

(...) notamos que a lei reconhece um fato: o de que o consumidor é vulnerável na medida em que não só não tem acesso ao sistema produtivo como não tem condições de conhecer seu funcionamento (não tem informações técnicas), nem de ter informações sobre o resultado, que são os produtos e serviços oferecidos.

(...)

Significa que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico.

O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.

É por isso que, quando se fala em “escolha” do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, a obtenção de lucro.

O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral (NUNES, 2015, p. 274).

O consumidor é vulnerável pois desconhece as técnicas de produção dos produtos e serviços ofertados no mercado; por vezes, desconhece, inclusive, a real dimensão dos riscos a que é exposto pelo fornecedor, que é o detentor de todo o conhecimento e das informações (NUNES, 2015). Bem vista, a vulnerabilidade do consumidor é conatural ao próprio modo de construção da confiança na modernidade, que substitui a confiança advinda dos vínculos pessoais, típica do medievo, por relações sem rosto e por sistemas peritos.¹³

Assim, justifica-se a escolha do legislador brasileiro, que nos casos em que se busca a tutela jurisdicional face aos danos que vitimam os consumidores, vulneráveis pela dinâmica econômica vigente, impõe, como regra geral, a responsabilidade objetiva (art. 14 da Lei nº 8.078/1990).¹⁴

No caso paradigmático aqui analisado, o Código de Defesa do Consumidor apresenta íntima conexão com a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), que em seu artigo 2º apresenta os fundamentos da proteção dos dados do consumidor, dentre os quais se destacam a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a

13 “A confiança em sistemas assume a forma de compromissos sem rosto, nos quais é mantida a fé no funcionamento do conhecimento em relação ao qual a pessoa leiga é amplamente ignorante” (GIDENS, 1991, p. 80).

14 “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

dignidade e o exercício da cidadania.¹⁵ Ou seja, não há dúvidas sobre a condição de vulnerabilidade imposta aos consumidores pelo Facebook, que se apropria de seus dados sensíveis, sem medidas preventivas para proteção dessas informações, tanto que restaram vazadas, conforme relatos dos prepostos da Companhia.

No mesmo caminhar, a situação retratada no processo demonstra a ofensa à dignidade da pessoa humana e ao ordenamento jurídico pátrio, pois dada a finalidade mercadológica dos dados pessoais dos consumidores, suas dignidades foram desconsideradas para serem tratadas como coisas, que passaram a ter preço, conforme se depreende do contexto fático apresentado em que restou “evidente o interesse comercial das informações vazadas, haja vista que os dados foram encontrados nos servidores de nuvem da empresa Amazon” (TJMG, 2023, p. 2).

Na sentença proferida em primeira instância, o Facebook foi condenado a indenizar danos morais coletivos no importe de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), mais danos morais individuais devidos aos consumidores atingidos pelo vazamento de dados, no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Até o encerramento deste trabalho, o processo encontrava-se no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no aguardo do julgamento de recurso interposto.

Além da responsabilização judicial, houve também a penalização da empresa Facebook no âmbito

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

administrativo pela Secretaria Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública – SENACON, conforme documentos acostados aos autos do processo, aplicando-lhe multa no valor de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais).

4. Considerações finais

Na contemporaneidade persiste como sistema econômico prevalente o capitalista, embora com peculiaridades decorrentes dos avanços tecnológicos com o uso da inteligência artificial (IA) e do *big data*, que sinalizam para uma nova lógica de acumulação que levará a uma transição do capitalismo industrial e de massas para o capitalismo de vigilância e controle, marcando a chegada de um novo tempo sob a ótica econômica, com reflexos políticos, sociais, jurídicos e acadêmicos.

No desenvolvimento dessa nova lógica de acumulação há os que defendem que o Estado deva abster-se de qualquer regulamentação e que os indivíduos devem submeter-se ao mercado (o mercado seria como uma ordem ampliada incompreensível à qual os meros indivíduos devem subjugar suas vontades), como é o caso dos ultraliberais (Hayek à frente), bem como os que defendem a necessidade dessa regulamentação, com a compreensão da lógica emergente de acumulação pelo viés tecnológico, em que as origens do *big data* estão numa lógica de apropriação dos dados de forma consciente e sem preocupação ou compromisso com os consumidores, que se veem expropriados de seus dados sem consulta prévia.

Nessa forma emergente de acumulação, que a literatura vem denominando de capitalismo de vigilância e controle, os dados (ativos de vigilância e controle) são os principais recursos para a obtenção de receitas e mercadorias altamente valorizadas.

A agressividade com que o capitalismo de vigilância se apropria dos dados pessoais dos consumidores, com o uso das novas

tecnologias, aumenta sua vulnerabilidade, em flagrante desrespeito à sua autodeterminação, ferindo a dignidade da pessoa humana e tornando fundamental a atuação do Estado por meio da tutela jurisdicional (como no caso Facebook analisado no presente trabalho), assim como a atuação no âmbito administrativo e todo um arcabouço regulatório voltado à defesa do consumidor.

Referências bibliográficas

ALBERTIN, Alberto Luiz; ALBERTIN, Rosa Maria de Moura. A internet das coisas irá muito além das coisas. Revista GVEXECUTIVO, v. 16, nº 2, mar/abr 2017, pp. 13-17, São Paulo, 2017. Disponível em:

<<https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/aef53964-fff1-42d4-b7b7-d6d7e62f6829/content> > Acesso: 26 fev 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BC. PIX powered by Banco Central. Brasil, 2024. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/pix> > Acesso: 26 fev 2024.

BESSA, Leonardo Roscoe. Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor. Revista Jurídica da Presidência. v. 20. n. 120. fev-maio/2018. pp. 20-43. Brasília, 2018. Disponível em:

<<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/articloe/view/1747/1238>> Acesso: 11 mar 2024.

BRASIL. Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Processo nº 5127283-45.2019.8.13.0024, em trâmite perante a 29ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. Disponível em: <

<https://pje-consulta-publica.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=c869b493f5e841e9f4b2bd32752b6c7bc8d5c67941b8674e67eb9993e3c068f3d16b1f1dd749f0b15054b5c0974b2670f4464831772a46f9&iDProcessoDoc=9872698091>> Acesso em: 11 mar 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 2.082.281-SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, Julg. 21 nov 2023. Publ. 29 nov 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=218863948&tipo=5&nreg=202302224553&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20231129&formato=PDF&salvar=false_> Acesso em: 26 fev 2024.

CAPPELLETTI, Mauro. Tutela dos interesses difusos. *Conferência* proferida no Plenário da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, em 27/11/84. Tradução de Tupinambá Pinto de Azevedo. *Ajuris*, nº 33, 2006, pp. 169- 182.

CHESNAIS, François. O Capital portador de juros: acumulação, internacionalização, efeitos econômicos e políticos. In: *A Finança Mundializada: Raízes sociais e políticas, configuração, consequências*. François Chesnais (organizador). Tradução de Rosa Marques e Paulo Nakatani. São Paulo: Boitempo, 2015, pp. 35-67.

DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In *Conversações*. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 219-226.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FRA – European Union Agency for Fundamental Rights. Getting the future right – Artificial intelligence and fundamental rights. Luxemburgo, 2021.

Disponível em: <

https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-artificial-intelligence-summary_pt.pdf > Acesso: 26 fev 2024.

GIDENS, Anthony. As consequências da modernidade.

Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

HABERMAS, Jürgen. “El Concepto de Dignidade Humana y La Utopía Realista de los Derechos Humanos”. In: *Diánoia*, Vol. LV, número 64, Maio de 2010, pp. 3-25.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas formas de poder*. Belo Horizonte: Editora Ayiné, 2014.

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

MONSALVE, Viviana Bohórquez; ROMÁN, Javier Aguirre. As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no direito internacional dos direitos humanos. *Revista Internacional de Direitos Humanos - SUR*, v. 6, nº 11, dez 2009, pp. 41-63. Bucaramanga, 2009. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sur/a/YhkhqJnwwTVzWRxSxb74R5w/?lang=pt&format=pdf>> Acesso: 04 mar 2024.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MULHOLLAND, Caitlin. Inteligência artificial e discriminação de gênero. *In*: SCHREIBER, Anderson; MARTINS, Guilherme Magalhães; CARPENA, Heloisa. Direitos fundamentais e sociedade tecnológica. Indaiatuba: Editora Foco, 2022, pp. 169-181.

NOBLE, Safiya Umoja. Algoritmos da opressão: como o Google fomenta e lucra com o racismo. Tradução de Felipe Damorim. Santo André: Rua do Sabão, 2021.

NUNES, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

O'NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução de Rafael Abraham. Santo André: Rua do Sabão, 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm > Acesso: 04 mar 2024.

ORTEGATI, Cássio. Sociedade de Massa. *In*: Dicionário de Política. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (organizadores). Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 12ª edição. Brasília: UnB, 2004.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, nº 212, abr/jun 1998, pp. 89-94. Disponível em: < <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47169/45637> > Acesso: 04 mar 2024.

SPINOZA, Baruch. *Ética*. Tradução de Tomaz Tadeu. 2ª. Edição. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

UNIÃO EUROPÉIA. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, 2000. Disponível em: <
https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf >
Acesso: 04 de mar de 2024.

UNITED NATIONS ORGANIZATION. *Universal Declaration of Human Rights*. New York, 1948. Disponível em: <
<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por> > Acesso: 04 mar 2024.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In: BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Bruno; KANASHIRO, Marta; GUILHON, Luciana; MELGAÇO, Lucas (orgs.) *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018, pp. 17-68.

_____ *A era do capitalismo de vigilância*.
Tradução: George Schlesinger. São Paulo: Editora Intrínseca, 2021.

6

O ASPECTO TERRITORIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS DANOS CAUSADOS PELA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.6>

Soniárlei Vieira Leite ¹

Marcos Cesar de Souza Lima ²

1 Doutorando - Universidade Federal Fluminense (UFF) – soniarlei_leite@id.uff.br

2 Doutor – Universidade Veiga de Almeida (UVA) – marcos.lima@uva.br

RESUMO

A presente pesquisa objetiva abordar as teorias fundamentais e basilares que desafiam o princípio da territorialidade e que se relacionam a responsabilidade civil e a inteligência artificial. A intersecção entre Direito e Inteligência Artificial traz à reflexão as liberdades fundamentais constitucionais com a existência de entes autônomos, mas que não são humanos e que, por sua natureza, exigem interpretação que não se coaduna com a lógica jurídica argumentativa tradicional. Metodologicamente, a dedução por hipóteses foi amplamente utilizada, assim com a análise documental e bibliográfica. Buscou-se, não apenas a reflexão, mas a análise acerca das inerentes dificuldades, em um mundo globalizado, no que tange à definição objetiva dos conceitos que possam tornar operacional a responsabilização daqueles que efetivamente são causadores de danos nas relações sociais, mas, especialmente, nas relações de consumo.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Inteligência artificial. Territorialidade.

1. Introdução

Nos dias de hoje, difícil tem sido a tarefa de se manter atualizado com as variadas e diversas decisões judiciais, leis e atos normativos que regular e cotidianamente entram em vigor; o que torna, a cada dia, mais complexo acompanhar e compreender o universos das informações importantes para o mundo jurídico e, fundamentalmente, aguçado pelo mundo globalizado (TACCA; ROCHA, 2018). Este trabalho exige horas de pesquisa e dispêndio de recursos substanciais, custos que, na maioria das vezes, são cobrados dos clientes dos serviços jurídicos. Neste sentido, o impacto da Inteligência artificial (IA) na sociedade, seja no Direito ou na Política, não mudará a realidade de uma só vez. A sua aplicação será um motor propulsor que desencadeará mudanças importantes nas tarefas e

atividades de todos os seres humanos, considerando que muitas dessas atividades já são realizadas por sistemas de inteligência artificial. Entretanto, deve-se perquirir se a IA conseguirá realizar atividades eminentemente jurídicas, incluídas simples e complexas tarefas relacionadas aos serviços jurídicos.

Todo e qualquer profissional precisará se reinventar, renovar e buscar novas áreas de atuação no mundo jurídico. O Estado, por sua vez, terá que reavaliar suas práticas administrativas, tendo em vista a ruptura que se vislumbra com a tecnologia e trabalhar no sentido de se reorganizar em suas relações com os administrados e a sociedade em geral.

Contextualização, Objetivos e Metodologia

Nesse contexto, o sistema educacional passa pelo mesmo problema, uma vez que o Direito, no século XXI, ainda é ensinado de forma apenas adaptada às necessidades do século XX, ou seja, ainda se preocupa com a acumulação de conhecimento. Na educação jurídica, há habilidades que são passíveis de execução por máquinas e, por consequência, são habilidades que ensejam tarefas rotineiras que tendem a desaparecer. A evolução da tecnologia de IA traduza a real necessidade de reconsiderar a história da IA no Direito. Não há dúvida das mudanças expressivas na aplicação da tecnologia da informação ao trabalho jurídico. Isso ocorreu e ocorre em diversos processos naturais na tecnologia da informação, tais como: processamento, armazenamento, recuperação e gestão de dados; tudo combinado com a comunicação de informações aceleradas e globais pela Internet. Porém, até agora, nas oportunidades em que a tecnologia da informação foi aplicada a processos jurídicos mais profundos, envolvendo a própria natureza do Direito, o resultado não é promissor, como se pode observar nos processos de aplicação de sistemas de IA ao Direito (PALIWALA, 2016). Os poucos e incipientes resultados de custosas pesquisas em IA e Direito ocorreram devido a uma teoria jurídica deficiente, que depende principalmente do positivismo analítico e do desconhecimento das necessidades e exigências daquele que é o usuário. Muitos envolvidos com IA e Direito também se recusam a reconhecer que existem problemas subjacentes na forma como conceptualizam a natureza do raciocínio

jurídico, com implicações claras para o ordenamento jurídico nacional. Metodologicamente, a dedução por hipóteses foi amplamente utilizada, assim como a análise documental e bibliográfica foram fundamentais para a compreensão do tema e o atingimento dos objetivos esperados, consubstanciados na perspectiva da necessidade de regulamentação.

Estudar o tema da IA e as implicações da IA para o Estado Democrático de Direito, é importante, não apenas para o Direito, mas também para todas as áreas do conhecimento humano. É indiscutível quão significativo o estudo é para o Direito Constitucional, a Sociologia, a Economia, a Política e assim como para o entendimento das relações de consumo no mundo globalizado. Compreender como uma revolução técnica que se origina na intersecção de sistema pode provocar transtornos aos programas, especialmente, de Direito e de Política, modificando as noções de tempo e espaço, bem como os principais valores democráticos inseridos nos programas dos sistemas jurídico e econômico. A importância desse tipo de estudo se deve principalmente ao impacto que tais transformações podem trazer para o que se entende por Estado Democrático de Direito. E isso se deve à demandada renovação das noções de decisão, argumentação e jurisdição que emerge no uso da IA no Judiciário.

Nesse sentido, o problema que motivou esta pesquisa pode ser descrito na interrogação quanto aos impactos do uso da IA para diversas teorias jurídicas, especialmente aquelas relacionadas ao Estado Democrático de Direito. Como hipótese, crucial observar que vários pontos importantes relacionados ao Estado Democrático de Direito deverão ser repensados na realidade do uso da IA no Direito, principalmente aqueles relacionados ao devido processo legal, à transparência e à legalidade. Além disso, a personalidade jurídica deve ser completamente repensada à medida que as tecnologias relacionadas à IA são desenvolvidas e aplicadas aos processos de tomada de decisão. Também foi objetivo desta pesquisa estudar diversas teorias jurídicas fundamentais no âmbito da intersecção entre Direito e IA, com foco na questão da territorialidade em um mundo cada vez mais globalizado. A análise da inteligência artificial sob a ótica dos princípios básicos do Estado Democrático de Direito demanda a pesquisa exploratória, sob o método hipotético e

dedutivo, em abordagem qualitativa e técnica de documento e bibliografia nacional e internacional.

2. A questão da extraterritorialidade

Tema fundamental diz respeito ao princípio da territorialidade nas demandas relativas aos eventuais danos provocados pela inteligência artificial e a consequente responsabilização no âmbito civil. A regra geral para a solução de conflitos, em um ordenamento jurídico, é aplicar aos fatos que ocorrem dentro de seu território ou espaço a norma que com eles se relacionem. Nisso consiste o princípio da territorialidade, consubstanciado no Direito Privado brasileiro na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, dos artigos 7º ao 12. Entretanto, fenômenos como a globalização, que intensificam as relações pessoais e comerciais interestadados, exigem uma espécie de pacto firmado entre os ordenamentos jurídicos de cada país, a fim de facilitar o deslinde de conflitos que porventura ocorram. Havendo conflito de normas internacionais, em um caso concreto, serão observados os critérios material (direitos da personalidade) e territorial (*lex rei sitae*).

Prevalecendo norma jurídica estrangeira, em detrimento da vigente no país em que foi originada a controvérsia, resta configurado o princípio da extraterritorialidade. Contudo, é válido ressaltar que, conforme dispõe o artigo 17 da LINDB, as leis, atos e sentenças de outro país não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Como elemento de conexão entre os princípios acima dispostos (territorialidade e extraterritorialidade), emerge outro princípio, denominado “harmonia jurídica internacional”. Tal harmonia nada mais é que a opção, entre dois ou mais ordenamentos jurídicos conflitantes, daquele cuja lei guarde mais

proximidade com o caso, para que assim prevaleça a segurança jurídica e a ordem internacional.

A descentralização característica da Internet dificulta a atribuição e/ou determinação de responsabilidade por tudo o que é difundido no ambiente virtual. Isso gera insegurança jurídica com relação à jurisdição territorialmente competente para dirimir conflitos e imposição de responsabilidade. As regras de conexão, tradicionalmente aplicadas, nem sempre se mostram adequadas como instrumentos para a solução dos referidos conflitos que transbordam as fronteiras nacionais, redundando em sua inaplicabilidade (CASTRO, 2014).

Neste passo, é irrelevante o tipo de dados (metadado ou dado pessoal), pois todo e qualquer dado é passível de armazenamento e transferência em bancos de dados. Com relação à transferência, ela pode ocorrer em servidores localizados em Estados diferentes e, por consequência, sujeita a ordenamentos jurídicos distintos. Percebe-se que há um distanciamento, maior a cada dia, entre os institutos da soberania e do território, quando confrontados com suas concepções clássicas; o que acaba por nos leva a repensar as regras fixadas para o exercício da jurisdição nos territórios de cada Estado. A ausência de limites entre territórios no mundo virtual gera dificuldades para que o Estado exerça o seu papel regulador, abrindo portas para conflitos virtuais que se tornam conflitos concretos de jurisdição no mundo dito real. A depender dos efeitos reais provocados pelo uso de ferramentas virtuais, em qualquer parte do mundo, atos praticados na Internet podem estar submetidos à jurisdição de outro Estado em que os dados foram acessados e, normalmente, os usuários desconhecem tal fato por completo.

Tendo em vista que toda pessoa pode ser afetada por informações veiculadas na Internet, resta evidente que o acesso à Justiça também lhe é garantido para a resolução de conflitos e reparação de danos perpetrados, incluindo o direito à

privacidade, à intimidade e as relações de consumo, entre outros. É relevante definir os critérios aplicáveis na definição das diferentes tutelas possíveis. Dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, depreende-se que os provedores são considerados fornecedores e, portanto, responsáveis pelos defeitos que decorrem de suas atividades e pela reparação de danos causados. Há muitas controvérsias acerca do tema, mas é sensível o reiterado posicionamento dos Tribunais, no sentido de que usuários que navegam sem as devidas cautelas (sem antivírus, como exemplo) não podem responsabilizar civilmente o fornecedor.

A legislação relativa ao Marco Civil da Internet preconiza o dever de o provedor indisponibilizar conteúdos quando solicitado pelo usuário, considerando que o provedor exerce a atividade profissionalmente e de forma organizada. Logo, não é incomum encontrarmos ordens judiciais neste sentido e sua responsabilização só se dará na hipótese do não cumprimento da ordem judicial. Todavia, no mundo globalizado, não é fácil o cumprimento de sentenças estrangeiras, pois as empresas provedoras optam por manter suas sedes em territórios cuja jurisdição lhes seja favorável.

Resta claro, então, que a Internet impacta diretamente os conceitos tradicionais sobre território e soberania. Considerando que soberania e território são conceitos diretamente relacionados e que no mundo digital não há fronteiras territoriais fixas, as regras básicas de conexão do Direito Internacional Privado são de difícil aplicação. Essa dificuldade se dá tanto sob o aspecto da lei aplicável quanto da jurisdição territorial internacional. Para a definição da jurisdição internacional, deve-se coligar o ordenamento jurídico interno (Código de Processo Civil) com os princípios gerais de incidência e reconhecimento da jurisdição internacional, quando se trata de questões transnacionais.

3. O avanço da tecnologia e o direito

A interface entre direito e tecnologia exige, de seu observador, uma postura adversa à busca pelo essencialismo tecnológico, devendo ater-se sempre aos aspectos sociais da tecnologia, pois as relações sociais sofrem inovações junto com as inovações tecnológicas (BALKIN, 2015). As características de uma tecnologia dependem totalmente das formas como as pessoas a utilizam em suas vidas e nas relações sociais. Esses usos evoluem e as pessoas encontram continuamente novas maneiras de usá-los. Ao considerar como uma nova tecnologia afeta o Direito, é mais pragmático entender quais características da vida social tal tecnologia faz sobressair, ou seja, quais oportunidades e riscos ela pode trazer aos direitos humanos, liberdades e obrigações.

A evolução da tecnologia, hoje, permite trocar muito mais do que textos pela internet, e fazer muito mais do que falar ao telefone com celulares, de maneiras que seriam inimagináveis há poucas décadas. Uma nova tecnologia surge e se insere em um mundo social que já estava em movimento, com um conjunto existente de expectativas, normas e paradigmas sobre o funcionamento das coisas e a resolução de problemas. Legalmente, essas expectativas, normas e paradigmas podem ser chamados de cenário regulatório (BALKIN, 2015). A forma como as pessoas utilizam essa tecnologia, no entanto, acaba inovando o mundo, em suas facetas tecnológica, social, política, econômica e jurídica, provocando novas questões para o Direito. Assim, em vez de dizer que o Direito responde às características essenciais de uma nova tecnologia, é a luta social pela utilização de inovações que se inserem nas características pré-existentes do Direito, interrompidas assim as expectativas sobre como qualificar

juridicamente os fatos a elas relacionadas. Também as possibilidades futuras de uma Lei e uma tecnologia devem ser consideradas ao interpretar a interface entre elas. É necessário, portanto, considerar a evolução dos cenários sócio-técnico-jurídicos ao longo do tempo para decidir desenvolver regularmente a tecnologia no presente (MOSES; ZALNIERUTE, 2020).

Em cada área, tanto a tecnologia quanto a forma legal de regulamentação podem cair em desuso. Assim, tanto a escolha na forma como a lei é formulada quanto às escolhas de design aprovadas afetarão a adaptabilidade ao longo do tempo, de modo que, embora os legisladores muito raramente prevejam tecnologias que ainda não existem, o design tecnológico pode antecipar proativamente a mudança jurídica muito antes da sua implementação. Com base no conhecimento e na ação do presente, a tecnologia pode ser mais facilmente projetada para obliterar o Direito do que o contrário. O que é possível, o que é necessário e o que é realmente feito é influenciado pela sociedade.

O cenário técnico-jurídico do presente é projetado com vistas ao futuro. O que existe hoje é apenas o começo da revolução da IA. O processamento e a análise de dados também continuam a aumentar exponencialmente, sendo certo que, em termos de cálculos por segundo, os computadores terão a mesma capacidade que um cérebro humano nos próximos vinte anos. Há, entretanto, quem acredita que as máquinas nunca serão capazes de executar as tarefas que atualmente são executadas pelos operadores do Direito (advogados e juízes). Como o Direito exige profundas habilidades de raciocínio filosófico e moral, os céticos acreditam que o Direito é um ramo especial de prática e conhecimento.

O que não mudou é a capacidade humana de subestimar a importância e o impacto das mudanças tecnológicas. A ciência da computação, a robótica e a IA se

desenvolveram rapidamente nos últimos anos, com potencial para mudar profundamente todos os aspectos da vida na sociedade. Mas o surgimento e a proliferação dessas novas tecnologias não ocorrem dentro dos limites dos sistemas organizacionais, éticos e regulatórios tradicionais. Novos modelos econômicos e normativos são necessários para sustentar essas tecnologias em rápido desenvolvimento. Em um mundo com mais informações disponíveis, os legisladores redigirão textos normativos mais completos e melhores, que Casey e Niblett (2016) chamam de microdiretivas. Em relação às circunstâncias do que ocorre atualmente, essa possibilidade de especificação completa dos textos jurídicos representará uma grande mudança no equilíbrio de poderes do sistema jurídico, pois não exigirão o julgamento de fatos particulares. Os legisladores poderão especificar as possibilidades de comportamento do advogado, somado aos menores custos de produção de informação. Há, sem dúvida, o potencial de causar maior democratização do Direito.

3.1. Serviços jurídicos e a nova tecnologia

Ao reduzir os custos de produção de informação, será muito mais barato para os indivíduos e organizações entenderem seus direitos e obrigações. Os custos de produção da informação e os custos de comunicação também diminuirão de forma drástica (ALARIE ET AL., 2016). A transição de um mundo analógico com comunicação lenta e cara para um mundo conectado digitalmente com comunicação em tempo real e quase sem custo pode trazer vantagens significativas. A longo prazo, observaremos o advento da singularidade jurídica, que traduz uma situação em que os padrões são estáveis, completos, sem conflito. Em razão dessa situação de singularidade jurídica, com baixíssimos custos de informação e comunicação e

conectividade digital praticamente implacável, o setor de serviços jurídicos poderia ser transformado pela automação de muitas tarefas que, até recentemente, eram executadas exclusivamente por humanos. Os escritórios de advocacia poderão usar software preciso para análise de documentos, reduzindo o tempo e o custo das tarefas, ferramentas eletrônicas de pesquisa jurídica precisas e especializadas, tornando essa tarefa mais rápida e barata.

Poderemos prever decisões do Tribunal para casos específicos, analisando não apenas como os fatos de um caso se ajustam ao cenário jurídico, mas também como os juízes individuais decidiram casos semelhantes no passado, prevendo decisões futuras. Os sistemas de IA negociarão com os clientes e redigirá documentos. Portanto, a tecnologia exigirá, mas não substituirá inicialmente, advogados que precisarão se adaptar à automação de tarefas específicas (YOON, 2016), pois os escritórios de advocacia terão que inovar e fornecer assessoria jurídica mais barata, rápida e precisa. A grande disponibilidade de dados levanta outras questões transformadoras para o Direito, especialmente as questões relacionadas ao Direito e à territorialidade.

Atividades anteriormente inexistentes emergem dessa esfera digital, como mecanismos de busca para acessar o conhecimento, mas também é possível que atividades que sempre foram garantidas no mundo físico sejam transferidas para a esfera digital. Esses dados podem ser abertos ou fechados, dado o grau de acessibilidade em jogo. A solução deve ser buscada no ordenamento jurídico internacional, dadas as diversas legislações acerca dos espaços territoriais, abrangentes da terra, ar e mar (BERGÉ; GRUMBACH, 2017). Contudo, as construções jurídicas ainda não reconhecem a esfera dos dados como um novo espaço, ao contrário do que acontece com outras esferas. Ou seja, a esfera dos dados ainda não é

considerada criadora de um campo específico da atividade humana em que o Direito possa intervir e se organizar.

Novos tipos de relações jurídicas se formam com o surgimento desse novo espaço. Novas relações em relação aos territórios institucionais convencionais são percebidas, não apenas em relação aos Estados, mas também relativas a organizações internacionais. Os fatos são apreendidos por dados que são coletados, processados e movimentados de forma desmaterializada, desvinculados dos territórios convencionais, gerando assim valores independentes e intangíveis em relação aos do próprio recurso físico. Ao transitar em sua própria esfera, os dados passam a ser armazenados de forma diferente dos territórios institucionais tradicionais.

Vários caminhos são exploráveis para definir legalmente os espaços dentro da esfera de dados. Um deles seria dividir os dados entre aqueles que estão próximos aos territórios institucionais convencionais e suas regras de acesso, entre aqueles não indexados em motores de busca, como os disponíveis na deepweb, e entre aqueles disponíveis apenas através de softwares específicos, como os bitcoins. Os poderes das tecnologias emergentes na esfera jurídica podem levar os indivíduos a repensarem o que se entende por Direito (SHEPPARD, 2018).

Os esforços de inovação jurídico-tecnológica, portanto, devem ser empreendidos em direção às tecnologias transformadoras. A IA jurídica, por exemplo, pode facilitar a ação coletiva dos menos afortunados, ao automatizar a identificação massiva das questões jurídicas e o exercício coletivo das opções jurídicas. Assim, em vez de apenas construir inovações que tornem o litígio individual fique mais barato, devem ser desenvolvidas inovações que permitam que grupos de baixa renda iniciem diferentes tipos de litígios (GOWDER, 2018). Importante a preocupação de que as decisões sobre sistemas automatizados não afetem os padrões de conduta

relevantes que a racionalidade jurídica leva em consideração. Na verdade, a automação pode se adequar perfeitamente às condições de existência e funcionamento normal das regras, valores e princípios que fundamentam o contexto normativo.

É claro que, independente do grau de sofisticação e complexidade de cada caso ou questão jurídica, todos os casos não devem ser confiados cegamente a processos automatizados, ainda que viável tecnologicamente, pois todo caso exige a compreensão humana, a interpretação, a crítica e a avaliação prudente dos princípios e regras do sistema, num marco de discussão e deliberação pública sobre os valores e princípios que estruturam o contexto normativo do direito (PAGALLO; DURANTE, 2016). Evidentemente que o que se deseja é a continuidade do que se entende pelo Estado Democrático de Direito, com seus valores e fundamentos já conhecidos.

A teoria da personalidade jurídica também deve sofrer mudanças, devido às transformações tecnológicas atuais e futuras, principalmente no que diz respeito aos robôs e equivalentes. Talvez deva ser criado um terceiro gênero de personalidade, além da pessoa física e da pessoa jurídica. O debate que se apresenta, no momento, é o que diz respeito à autonomia dos robôs da IA. Isso provoca a necessidade desse questionamento quanto à personalidade, pois exige-se a definição de outros elementos e das próprias condições da pessoa, sob o ponto de vista do Direito. A discussão da capacidade das entidades derivadas do desenvolvimento tecnológico também se faz necessária porque as pessoas tendem a ser detentoras de obrigações e direitos, inclusive os fundamentais (KRAUSOVÁ, 2017).

As entidades serão usadas tanto para criar novas coisas quanto para violar os interesses legalmente protegidos de outros. Com a humanidade ainda está longe de tratar robôs e IA como entidades autoconscientes de direitos ou

responsabilidades, a questão-chave para a lei é mostrar a atribuição de direitos e deveres entre os seres humanos quando a IA cria benefícios ou problemas. A questão é muito maior do que o mero debate sobre a troca de trabalhadores humanos por máquinas. É também sobre o fato de que as entidades têm significado social para as pessoas. Com isso, os humanos projetam emoções, sentimentos, prazer e dor, a capacidade de formar relacionamentos, de cuidar dos outros e de ser cuidado por eles. Na citada troca, há pessoas que estão dispostas a colaborar com a substituição de seres humanos em determinados contextos e com determinados propósitos. As pessoas tratam os agentes de IA como pessoas para fins especiais e isso pode gerar uma nova categoria de sujeito jurídico, algo no meio do caminho entre pessoa e objeto (CALO, 2015).

No momento, estamos vivenciando a imprevisibilidade das maneiras pelas quais a IA irá interagir o ambiente e as pessoas, criando problemas para o Direito, não só em relação à sua linguagem de programação, mas também ao fato de aprenderem, se autoprogramarem e, portanto, adquirirem eventualmente autonomia. Em razão da falta de transparência, uma vez programadas, as máquinas algorítmicas passam a estabelecer sua própria lógica, que escapa até mesmo à compreensão de seu programador original. Por um lado, suas manifestações podem causar danos à honra, à imagem e ao patrimônio de terceiros; e, por outro, se a expressão da IA não receber qualquer forma de proteção legal, o público poderá ser privado de informações valiosas. E como a liberdade de expressão resulta das liberdades de pensamento e de crença, deve-se também analisar essas liberdades filosófico-religiosas da IA, pois ela aprenderá com suas interações com os seres humanos e, para de acomodar a alguns usuários, pode começar a mostrar sinais de crença. Por isso, o debate é urgente. Não podemos esperar.

A IA está sendo integrada a sistemas que influenciam decisões, analisando situações complexas e conduzindo processos que podem trazer riscos aos humanos. Ao mesmo tempo, a IA ainda não é complexa o suficiente para experimentar emoções e sentimentos. Isso exige discutir se os sistemas de IA podem ser agentes éticos, nos fazendo refletir acerca de situações de responsabilidade por danos causados pela atividade de sistemas de IA. A IA e os robôs autônomos farão parte da sociedade futura. E também haverá a integração da IA dentro do corpo humano. A integridade física humana e da informação será invadida, com ou sem conhecimento ou consentimento. Os robôs adquirem cada vez mais conhecimentos ou habilidades a partir de sua própria interação com os seres vivos que habitam o ambiente circundante, de modo que estruturas cognitivas mais complexas emergem no sistema de transição de estado do sistema de agente artificial (PAGALLO, 2019).

Os robôs e os seres de IA se comportarão de maneiras muito diferentes, de acordo com a maneira como os humanos se esforçam para tratá-los ou gerenciá-los. Por outro lado, o comportamento e as decisões desses agentes artificiais podem ser imprevisíveis e arriscados, afetando princípios tradicionais do Direito, fundamentalmente no que diz respeito à privacidade. É, então, essencial que o ser humano mantenha o controle do sistema, para evitar o confronto com sistemas autônomos, que utilizam a coleta de todos os tipos de informações pessoais e outros dados disponíveis para seus próprios fins. Mas, o desenvolvimento de tecnologias para autômatos só pode ocorrer sem efeitos assustadores se as entidades que dele resultarem forem comercialmente admitidas no cotidiano do consumidor sem muitas restrições legais (VAN GENDEREN, 2018).

4. Considerações finais

A observação da interface Direito e tecnologia deve partir de uma busca pelo significado social de uma tecnologia, uma vez que a própria tecnologia muda à medida que mudam seus significados, na esteira da evolução das relações sociais. E ao longo deste caminho, os prováveis efeitos da substituição e da imprevisibilidade nos sistemas de IA criam problemas para o Estado de Direito, devido ao efeito de substituição, pois as pessoas tendem a tratar esses dispositivos como pessoas. Mas, de forma oportunista e contextual, em alguns momentos, a IA pode passar a ser considerada como uma pessoa e, em outros, como um objeto, dependendo dos interesses neles projetados pelo usuário. A imprevisibilidade e a complexidade inerente à IA são fatores preocupantes, pois além de funcionar segundo um código de programação sintática e semanticamente complicado, aprende por si mesma, fugindo da compreensão humana pela opacidade de sua própria lógica. Há o risco de que as expectativas sociais paradigmáticas do momento social em que a tecnologia está inserida sejam frustradas, exigindo adaptações nos programas já existente no Direito, e mesmo criações teórico-jurídicas inteiramente novas para abranger tal inovação, além de expectativas técnicas e jurídicas que se projetam no futuro desenvolvimento tecnológico, pois assim como a tecnologia causa problemas para o Direito, o inverso também ocorre.

A diversidade de possibilidades, programadas ou não, com a inovação e novas habilidades, gerarão reflexos no comportamento humano e no mundo físico. As mudanças que se impõem pela tecnologia são determinantes, no mundo dos dados, de uma regulação diferente. A grande eficiência que pode ser proporcionada, na solução de disputas, pelas tecnologias de aprendizado de máquinas e análise de grandes volumes de dados gerados pelo comportamento humano

armazenados na esfera de dados podem levar a mudanças sobre a legalidade e as garantias do devido processo, significando que a legalidade formal, isto é, o conhecimento das bases sobre as quais as decisões legais são tomadas, poderia ser, no futuro, trocada pelo resultado eficiente, com decisões rápidas. Mas, deve-se ter o cuidado de buscar soluções jurídicas coletivas para os problemas sociais, pois, do contrário, aqueles que têm recursos para acessar tecnologias individuais permanecerão em situação de hipersuficiência em relação à grande massa de indivíduos desamparados.

A integração das entidades autônomas, resultante do desenvolvimento tecnológico, exigirá uma revisão da teoria da personalidade jurídica. Talvez seja necessária a criação de um terceiro gênero, além da pessoa física e da pessoa jurídica, principalmente quando a tecnologia atingir um grau de evolução em que tais entidades possam ter uma autonomia e uma consciência comparáveis à de um ser humano absolutamente capaz do ponto de vista jurídico, principalmente pela necessidade de responsabilização civil. Esse é um debate imperativo.

A consideração jurídica das entidades de IA emanam muitas questões teórico-jurídicas e políticas que devem ser debatidas à medida que o desenvolvimento tecnológico ocorre. Liberdades, direitos, obrigações e responsabilidades relacionadas à expressão da IA exigem debates teóricos profundos sobre isso. significa que não basta conceber o Direito como uma mera estrutura de regras, com relações sintáticas e semânticas bem definidas: há fins pragmáticos que a jurisdição territorial deve observar. Há necessidades políticas relativas ao Estado Democrático de Direito, com aplicação de regras para casos específicos. Mas um sistema jurídico entendido como democrático e justo precisa ir além da mera aplicação de regras, porque, politicamente, por trás dessas regras, existem fundamentos éticos e políticos a serem realizados através da

administração da justiça - e são justamente esses fundamentos que a jurisprudência sobre IA deve buscar desenvolver, além da mera eficiência que a tecnologia parece oferecer. Além disso, dar continuidade à cultura jurídico-democrática em tempos de IA significa garantir transparência nas decisões, pois os sistemas de IA acabam desenvolvendo suas próprias lógicas, que estão além do domínio de seus programadores, o que é incompleto para as necessidades do Direito democrático. O uso legal da IA não pode ser desconsiderado, pois envolve um amplo escopo tecnológico, e suas soluções podem ajudar a melhorar a tomada de decisões relacionadas ao Direito e aos litígios.

Há a preocupação generalizada em todo o Poder Judiciário, em aplicar o desenvolvimento tecnológico na facilitação da prática dos atos processuais e na redução ou na eliminação das tarefas burocráticas no processo. Busca-se, desse modo, converter os avanços e as facilidades criados pela tecnologia e pela inovação em benefícios no acesso e na efetividade da justiça. Há uma área territorial ampliada na Justiça, que compreende todo o território de cada jurisdição para a definição da competência. Logo, a especialização de competências processuais observa o princípio constitucional do juiz natural, de acordo com a interpretação do STF e do CNJ sobre o art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição. Há sucessivas Resoluções que organizam a especialização e a regionalização de competências, ao lado da equalização da distribuição processual e das cargas de trabalho das unidades judiciárias em todas as instâncias do Poder Judiciário.

A especialização regionalizada de competências e a equalização da distribuição processual na Justiça têm fundamento no aumento da eficiência da prestação jurisdicional, no cumprimento otimizado das Metas Nacionais do Judiciário, na efetividade do princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição)

e no desenvolvimento de tecnologias aplicadas ao processo eletrônico. Além disso, permitem a maior eficiência da gestão de processos e da prática de atos processuais, distribuem de forma proporcional a carga de trabalho entre magistrados e servidores, utilizam de forma adequada a prática de atos processuais permitida pelo processo eletrônico e até mesmo asseguram a segurança jurídica e a conseqüente previsibilidade das decisões judiciais.

A extensão territorial das competências na Justiça, que compreende toda a área de uma comarca, permite a criação não apenas de varas especializadas, com competência em uma determinada matéria sobre todo o território da comarca, mas também da regionalização de competências e da equalização da carga de trabalho, com a distribuição equilibrada de processos.

A reestruturação de competências das instâncias tem sido um trabalho árduo, com a criação de varas especializadas em diversos para os mais variados tipos de demandas, tendo em vista a competência sobre os territórios em questão. Isso tudo é reflexo das vantagens e das facilidades advindas do processo eletrônico e da informatização dos serviços judiciários, tais como: o balcão virtual, a realização de audiências e de sessões de julgamento virtuais e telepresenciais). De modo mais específico, a possibilidade da definição da competência territorial de acordo com a distribuição realizada por algoritmo é mais um avanço da aplicação da inteligência artificial no Judiciário, que, como visto, reflete diretamente na melhoria da prestação jurisdicional. Entretanto, a questão da definição territorial para o julgamento das demandas reais provenientes do mundo virtual continua sendo uma incógnita, na medida em que as regras de conexão estabelecidas não se mostram suficientes para a resolução dos mais distintos conflitos provenientes da tecnologia em um mundo globalizado.

Urge uma ampla discussão acerca da fluidez territorial que se estabelece nas relações jurídicas advindas do mundo virtual. O Judiciário não pode se furtar ao seu mister de responder aos clamores de uma sociedade em constante movimento. Em um mundo globalizado, sem fronteiras virtuais, regulamentações são bem-vindas, mas, para tanto, necessário o esforço político no sentido dessa construção regulatória.

Referências bibliográficas

CASTRO, Emília Lana de Freitas; WINTER, Patrícia Pereira. O conflito de jurisdições em caso de violação de direito da personalidade por publicação na internet. *Revista de Estudos Jurídicos – Unesp*, 2014.

ALARIE, B.; NIBLETT, A.; YOON, A. H. 2016. Law in the Future. *The University of Toronto Law Journal*, 66(4):423-428. DOI: <https://doi.org/10.3138/UTLJ.4005>.

BALKIN, J.M.2015.The Path of Robotics Law. *CaliforniaLawReview*,6:45-60. Available at: http://www.californialawreview.org/path_robotics_law/.

BERGÉ, J. S.; GRUMBACH, S. 2017. The Data sphere and the Law: New Space, New Territories. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 7(3): II-XVII. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.5075>.

CALO, R. 2015. Robotics and the Lessons of Cyberlaw, *California Law Review*, 103: 513-564. Available at: http://www.californialawreview.org/print/2robotics_cyberlaw/.

CASEY, A. J.; NIBLETT, A. 2016. Self-driving laws. *The University of Toronto Law Journal*, 66(4): 429–442. DOI: <https://doi.org/10.3138/utlj.4006>.

GOWDER, P. 2018. Transformative legal technology and the rule of law. *The University of Toronto Law Journal*, 68(1): 82–105. DOI: <https://doi.org/10.3138/utlj.2017-0047>.

KRAUSOVÁ, A. 2017. Intersections between Law and Artificial Intelligence. *International Journal of Computer*, 27(1): 55-68. Available at: <https://www.semanticscholar.org/paper/Intersections-Between-Law-and-Artificial-Krausová/b4bd16cb0221a74b4aef6e263c0339948edc75d6>.

MOSES, L.B.; ZALNIERUTE, M. 2020. Law and Technology in the Dimension of Time. In: S. Ranchordas; Y. Roznai (eds.). *Time, Law and Change: An Interdisciplinary Study*. Oxford; New York, Hart Publishing, Available at: <https://ssrn.com/abstract=3461408>.

PAGALLO, U.; DURANTE, M. 2016. The pros and con of legal automation and its governance. *European Journal of Risk Regulation*, 7(2): 323-334. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1867299X00005742>.

PALIWALA, A. 2016. Rediscovering artificial intelligence and law: na inadequate jurisprudence? *International Review of Law, Computers & Technology*, 30(3): 107-114. DOI: <https://doi.org/10.1080/13600869.2016.1229651>.

SHEPPARD, B. 2018. Warming up to inscrutability: How technology could challenge our concept to law. *The University*

of Toronto Law Journal, 68(1): 33-62. DOI:
<https://doi.org/10.3138/10.3138/utlj.2017-0053>.SOLUM,L.B.2019.ArtificiallyIntelligentLaw.BioLawJournal,
1:53-62.DOI:<http://dx.doi.org/10.15168/2284-4503-351>.

TACCA, A.; ROCHA, L.S. 2018. Inteligência artificial: reflexos no sistema do Direito. *Nomos*, 38(2): 53-68. Available at:
<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20493>.

YOON, A. 2016. The Post-Modern Lawyer: technology and the democratization of representation. *The University of Toronto Law Journal*, 66(4): 456–471. DOI:
<https://doi.org/10.3138/UTLJ.4007>.

7

**A PUBLICIDADE ABUSIVA E
SUAS LIMITAÇÕES AO
DIREITO DO CONSUMIDOR
NO CONTEXTO DAS
PLATAFORMAS DIGITAIS**

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.7>

Francisco Alves da Cunha Horta Filho¹⁰⁶

Hemily Akemi Ito¹⁰⁷

Vinicius Leandro Santos da Roz¹⁰⁸

106 Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro; e-mail: fhortafilho@gmail.com

107 Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense; e-mail: hemily.ito@gmail.com.

108 Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense; e-mail: viniciusroz@id.uff.br.

RESUMO

A pesquisa pretende relacionar o fenômeno publicitário, pilar da vida pós-moderna vinculada à liquidez e à acelerada rotatividade de mercadorias, centrais às sociedades de consumo, com a proteção jurídica do consumidor, considerando as novas formas de vulnerabilidade. Além disso, busca-se demonstrar as novas formas de vulnerabilidade do consumidor posteriores ao advento das plataformas digitais e da economia compartilhada, considerando, principalmente, o formato de fornecedores fiduciários, julgados, aparentemente, confiáveis, tendo em vista o alto compartilhamento entre usuários e a pressão publicitária das grandes redes. Instrumentos publicitários estes que, utilizando-se de técnicas subentendidas ou subliminares, conceituadas como stealth marketing, que influenciam e impulsionam as sociedades ao consumo, moldam as tendências humanas e, ao mesmo tempo, permite-se moldar pelo avanço mercadológico das tecnologias.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Publicidade abusiva. Plataformas digitais.

1. Introdução

Dentro da perspectiva sociológica, experimenta-se, hodiernamente, segundo o filósofo Gilles Lipovetsky (1949 - hoje), as perspectivas e os desdobramentos da pós ou hiper modernidade. Trata-se de um momento histórico de mudanças paradigmáticas nas formas de se enxergar as relações humanas, as tecnologias, os laços familiares, a economia e as demais ciências, tendo em vista a velocidade, a mercantilização e o consumo, essencialmente. Nesta perspectiva, considerando o lugar de destaque em que o consumo se encontra, a publicidade, como primordial ao desenvolvimento econômico, revela-se como a chave para se compreender as consequências do novo momento histórico.

Além disso, com o desenvolvimento tecnológico e econômico, a mercantilização alcança, sobremaneira, as plataformas digitais, simbólicas ao enquadramento das sociedades de consumo na hipermodernidade. Neste viés, tais plataformas oferecem uma atualização na forma de se compreender os fornecedores, dentro da lógica protetiva do microsistema do direito do consumidor no Brasil: a forma dos fornecedores fiduciários. Esses fornecedores dependem, precisamente, da existência de uma confiança qualificada de seus usuários/consumidores, uma vez que, localizam-se de modo virtual e apenas instrumentalizam as relações entre esses consumidores e outros fornecedores, coletando, contudo, em si, a fé dos consumidores que pesquisam por produtos e serviços na modalidade *online*.

Depreende-se, portanto, a importância da publicidade no contexto das plataformas digitais e das sociedades de consumo, despertando o interesse jurídico ao assunto. Aprofundando a problemática, prova-se, no cotidiano do consumir, inúmeras formas de violação à boa-fé e à confiança entre as partes do consumo, principalmente por meio de publicidades abusivas e persuasivas, motivo pelo qual, o presente trabalho, com o fito de trazer à tona tais tópicos, abordará, de modo sintético, os supramencionados temas à luz do direito do consumidor, guia para se enfrentar os desfalques cometidos pelos fornecedores.

Por fim, de modo a sincretizar os riscos ao consumidor inerentes às plataformas digitais e os avanços persuasivos da publicidade abusiva, demonstrar-se-á o recente fenômeno do *stealth marketing*, modalidade de publicidade que busca manipular, de modo furtivo, as ações e desejos dos consumidores, muitas vezes expostos nos ambientes virtuais.

O presente trabalho, em síntese, utilizando-se de métodos indutivos e dedutivos, através de análise bibliográfica extensa e qualificada e do estudo de casos concretos envolvendo a publicidade abusiva ou o ambiente virtual de compras, busca vincular, no momento histórico do hiperconsumo, as formas de abuso cometidos pelos fornecedores, em especial, fiduciários, com as perspectivas protetivas do direito do consumidor, apresentando, ainda, a nova modalidade de avanço publicitário; seja ela, a do *stealth marketing*.

2. A publicidade e o consumo

Vive-se, hoje, na perspectiva da pós-modernidade, em uma sociedade essencialmente calcada no consumo compulsivo e desenfreado, e, portanto, orientada pelos direcionamentos do mercado, de modo a valorizar sobremaneira a racionalidade capitalista (SOARES, 2018). Desse modo, tem-se que toda a estrutura social é permeada pelo filtro do consumo, que, por sua vez, é moldado e direcionado inteiramente através do fenômeno publicitário, coração da comercialização das sociedades. Com tais considerações, revela-se primordial a localização e correta conceituação da publicidade, principalmente de seus moldes atuais.

Primeiramente, vale-se pontuar a distinção basilar entre publicidade e propaganda, comumente confundidas pelo uso cotidiano da linguagem. Sobre a primeira, trata-se de um instrumento de uso comercial, relacionado a qualquer forma de divulgação de produtos ou serviços, por meio de anúncios explícitos ou não, com o objetivo final de obtenção de lucro (MUNIZ, 2004). Portanto, espera-se um esforço ou uma movimentação por parte do consumidor, alvo da publicidade, mas, também, agente ativo no exercício do consumo. Já sobre a segunda, a propaganda, essa vincula-se ao uso ideológico multiplicador, utilizando-se de métodos de convencimento para influenciar a opinião pública, de modo a se afastar, por essência, do uso comercial. Com isso, a propaganda institui o indivíduo ou o grupo social visado como fins objetivos do conjunto ideológico-doutrinário propagado, não necessitando de consumidores ativos para se qualificar resultados positivos (GOMES, 2001).

Feitas tais considerações, parte-se para o acompanhamento histórico da publicidade. Datada desde a Antiguidade Clássica, a publicidade moldava-se à propagação das atividades e serviços dos mercadores e comerciantes. Nesta fase, a publicidade era expressa de forma oral e realizada através de pregoeiros que anunciavam as vendas de escravos, gado e outros produtos. Posterior à invenção da imprensa mecânica no século XV, o fenômeno adquire caráter massificado, inaugurando a segunda fase da história publicitária. Contudo, nessa fase, o fenômeno não possuía a importante

característica de persuadir o consumidor, mas, tão somente, informá-lo dos produtos e serviços disponíveis.

É tão somente após a industrialização no ocidente, com a subsequente necessidade de aumentar a circulação de mercadorias, que as movimentações publicitárias incorporam as técnicas de persuasão, considerando o aumento exponencial da concorrência e da variedade de produtos. Tal contexto industrial, todavia, revela-se infemo quando comparado aos atuais moldes publicitários, denominados, por Eloá Muniz (2018), como modelos da era terciária.

No presente modelo, o consumo se subverte em ídolo no imaginário comum, estabelecendo uma estruturada sistematização da vida comercializada, idealizando o ato de consumir em uma postulação sublime de vivência, concentrando no supérfluo, e não no necessário, os esforços do mercado. Desta forma, o paradigma publicitário está no impulso empregado aos consumidores para que estes confundam necessidades e estilos de vida vendidos pelo fenômeno da massa, criando uma verdadeira lógica ocidental de “viver bem”. Nesse sentido, “na era terciária, baseando-se nos estudos de mercado, na psicologia social, na sociologia e na psicanálise, a publicidade atua sobre as motivações inconscientes do público, obrigando-o a tomar atitudes e levando-o a determinadas ações.” (MUNIZ, 2018, p. 2).

Nessa perspectiva de publicidade, vale-se destacar as razões filosóficas pertinentes ao consumo e aos moldes sociais da formatação da presente estrutura social. Anteriormente, na visão clássica de modernidade, o indivíduo, inspirado e inspirador do movimento iluminista, revelava-se como autônomo e construtor da realidade cognoscitiva, política, moral e social, elevando a razão e a métrica científica ao patamar de supremacia frente às estruturas de poder. Dessa forma, a sistemática racional trataria de iluminar a organização humana, impulsionando, idealmente, uma vivência de pura objetividade, formulando a teorização ideal de que a técnica e o método racional produziram condições suficientes para que grupos sociais esclarecidos exercessem o domínio em detrimento de organizações menos esclarecidas, ocasionando a exploração da vida puramente pelo interesse econômico utilitário (DA CRUZ, 2018). Nesta visão, a publicidade alcançaria seus objetivos tão somente

enaltecendo, racionalmente, os benefícios do consumo de determinado produto, influenciando na perspectiva individual dos consumidores de modo a movimentar economicamente a sociedade. Contudo, não é essa a visão filosófico-existencial da atual estrutura ocidental.

Vive-se, na verdade, no atual momento histórico, uma configuração social de pós ou hiper modernidade, na qual a já identificada configuração de modernidade clássica não se adequa. Na presente perspectiva, a razão, os princípios, as estruturas estatais e políticas, e a própria dinâmica social tomam uma roupagem fluida e desconstituída de firmezas históricas. Vivencia-se um profundo relativismo, desprezando convicções, instaurando o indivíduo em contextos de incerteza e extrema velocidade. Tal perspectiva de modernidade é encabeçada, sobretudo, pelo sociólogo Zygmunt Bauman (1925 - 2017), que aborda, de forma pessimista, os rumos sociais, e, principalmente, a sociedade de consumo, conceituando o atual momento como Modernidade Líquida. Sobre o assunto, Daniel Nery da Cruz (2018), levanta que, assim como os líquidos, a modernidade líquida é o tempo de desapego, do provisório e da individualização, freando a sustentabilidade e a continuidade da vida social equilibrada. Ainda sobre o conceito de Bauman e o consumo:

Outro aspecto que o autor localiza na sociedade contemporânea é o fenômeno da descartabilidade frente ao cenário de fluidez que tem como característica o descarte das relações estabelecidas. Isso para manter o máximo do consumo. Assim, na perspectiva de Bauman, o sujeito da modernidade líquida se constitui por inúmeros mal-estares, sentimentos de aflição, insegurança, depressão, ansiedade, já que é ameaçado pela possibilidade de se tornar supérfluo (DA CRUZ, 2018, p. 361).

Feitas tais considerações, pode-se localizar o fenômeno do consumo como essencial à manutenção da vida pós-moderna, uma vez que, a liquidez e a continuidade das relações sociais e mercantis dependem da constância nas trocas de mercadorias, modas,

sensações e características. Com isso, a publicidade toma lugar de centralidade no consciente e no inconsciente humano, acompanhando e direcionando os rumos da vida comercializada, revelando-se a matéria prima da qual se constitui a mente do homem pós-moderno, sobretudo frente às redes sociais e às plataformas digitais, cotidianas à vida social.

3. Fornecedores fiduciários

Permeando a estrutura da hipermodernidade, a fluidez e a velocidade, típicas do presente momento histórico, encontram ambiente propício para as relações humanas aceleradas, conectadas, não perenes e vinculadas por pontes frágeis de relação: as plataformas digitais. Nas plataformas, a coexistência dos consumidores, também caracterizados como usuários, não interfere no individualismo tendente das experiências modernas. Contudo, em meio ao constrangimento das distâncias ocasionadas pelas redes, paradoxalmente, uma nova modalidade de economia emerge: a economia compartilhada.

No modelo da economia compartilhada, impulsionado pela insustentabilidade do consumo desenfreado típico da liquidez da economia pós-moderna, baseando-se na redução de custos e na alavanca tecnológica dos mercados *online*, o acesso aos produtos e serviços não implica, necessariamente, na aquisição de bens. No modelo, tem-se uma forma colaborativa de negócio, afastando os típicos processos de compra e venda já sistematizados pela história. Esta modalidade envolve transações como a criação, a produção, a distribuição, a troca e o reaproveitamento de serviços e produtos por meio de plataformas digitais que conectam os consumidores com os fornecedores, minoritariamente proprietários das plataformas utilizadas. Com isso, por intermédio de uma ferramenta de encontro entre fornecedores e consumidores, há a conexão entre as partes do negócio de forma direta, apesar de o ambiente das transações ser intermediado. Portanto, experiencia-se uma forma de economia na qual os consumidores, tanto quanto os fornecedores, são

centralizados e a plataforma intermediadora revela-se simplesmente como instrumento, e não, como principal, apesar de sua importância para a concretização do negócio (TEODORO, DA SILVA e ANTONIETA, 2017). Melhor aprofundando o assunto, tem-se que:

Nada impede que haja algum tipo de intermediação entre quem tem o bem e quem gostaria de usufruí-lo, mas para que este tipo de negócio seja considerado compartilhado ou colaborativo, este intermediário não pode lucrar sobre o trabalho alheio, podendo sim lucrar com a venda do aplicativo, com a disponibilização do espaço na nuvem, com o número de acessos à sua plataforma, com a venda de espaço para publicidade, como exemplo, o aplicativo OLX. (TEODORO, DA SILVA, e ANTONIETA, 2017, p. 8)

Portanto, nota-se uma tentativa de democratizar o espaço de comercialização virtual, construindo um sistema colaborativo comum aos usuários que, a princípio, pode ou não estar associado aos lucros do proprietário da plataforma digital intermediadora. Neste ponto, vive-se uma inovação dos mercados *online* de forma não mercadológica, contrastando ao conteúdo agressivo das organizações econômicas hipermodernas.

Além desse modelo colaborativo de empreendedorismo, não centrado no lucro da empresa intermediadora e calcado, principalmente, na correspondência entre as partes do negócio, - modelo conhecido como *peer to peer*, ou seja, de pessoa para pessoa -, tem-se, majoritariamente, apesar das críticas ambientais e socioeconômicas ao modelo, o molde mercadológico; imediatamente lucrativo para as plataformas de intermediação, ou seja, *peer to business* (TEODORO, DA SILVA e ANTONIETA, 2017).

Neste modelo, o lucro, como razão de ser das plataformas digitais, direciona as redes que conectam consumidores e fornecedores de modo a impulsionar as transações econômicas, oferecendo vantagens espaciais, geográficas e logísticas aos usuários, conectando diferentes nichos mercadológicos pela facilidade

oferecida pela digitalização dos comércios. Dessa forma, os atrativos oferecidos pelas intermediadoras *peer to business* vinculam o aumento das vendas e a facilidade, para os fornecedores conectados, e a facilidade e os menores preços, aos consumidores conectados.

Ambos os sistemas descritos, tanto o colaborativo quanto o mercadológico, dependem, por serem manejados quase que completamente de forma virtual, da confiança depositada nas plataformas de intermediação, ou seja, nas plataformas digitais, uma vez que, as antigas formas de organização do mercado dispunham da fidedignidade dos consumidores de forma pré constituída, considerando a existência física de suas organizações e a possibilidade de se recorrer ao diálogo presencial junto aos fornecedores, reforçando o plano de existência e de comprometimento dos fornecedores que, na visão dos consumidores, existiam *in loco*.

Nos moldes das plataformas digitais, o consumidor se vê depositando sua confiança em planos de existência virtuais, afastando a palpabilidade das transações ao usuário que se vê, muitas vezes, impossibilitado de maiores formas de recorribilidade em casos de frustração de suas expectativas ou mesmo nos casos de violações aos seus direitos. Com isso, tem-se a necessidade, por parte dos fornecedores e das plataformas digitais, de fundamentar e aumentar seus padrões de confiabilidade, potencializando os investimentos na propagação de imagens positivas do negócio frente aos consumidores que, a cada dia, enquadram-se em graus mais elevados de exigências e conhecimentos específicos de seus direitos e garantias.

Nestes moldes, emerge-se uma nova forma de se visualizar tais fornecedores e plataformas digitais, seja ela: a de fornecedores fiduciários (SCHWARTZ, 2018). Este novo paradigma na forma de se compreender os fornecedores, baseando sua estrutura calcada essencialmente da confiança que os consumidores depositam, caracterizam bem as exigências emergentes do modelo pós-moderno de organização social, uma vez que, na fase pós-moderna de relações sociais, os fragilizados laços humanos e existenciais prescindem de um esforço maior dos indivíduos para provarem-se aptos à confiabilidade, considerando, ainda, so moldes de risco e insegurança nos quais as sociedades estão inseridas.

Percebe-se, portanto, que, a confiança, tutelada pelo direito brasileiro na busca da preservação da boa-fé objetiva nos negócios jurídicos experimentados pelos consumidores, essencialmente visualizada na manutenção da legítima expectativa dos usuários de obterem produtos, serviços e atendimentos à altura da dignidade humana, é parte basilar para se compreender a figura do fornecedor fiduciário. Este fornecedor, em dissonância daqueles originalmente comuns à prática comercial, prescinde da publicidade e da boa imagem perante aqueles que o buscam para consumir. Portanto, inverte-se a lógica da relação de consumo: primeiramente fortalece-se a confiança e as expectativas do consumidor para apenas posteriormente tratar do comércio em si. Nesse sentido, tem-se que:

A confiança é um princípio diretriz das relações contratuais, merece proteção e é fonte autônoma de responsabilidade. Em outras palavras, as condutas na sociedade e no mercado de consumo, sejam atos, dados ou omissões, fazem nascer expectativas legítimas naqueles em que despertamos a confiança, os receptores de nossas informações ou dados, em resumo, confiar é acreditar, é manter, com fé, a fidelidade, a conduta, as escolhas e os meios, confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades negociais. (MARQUES, 2007, p. 133)

Tem-se, dessa forma, novamente, a publicidade como central ao desenvolvimento do comércio digital e dos serviços de intermediação pelas plataformas, sejam elas dentro de uma lógica de economia compartilhada ou mercantil. Publicidade essa que, diferentemente das modalidades já vistas, alcança grau de importância inédito, fundamentando a confiança dos consumidores para acessarem um produto ou serviço de modo virtual, sem ao menos alcançarem fisicamente os bens a serem adquiridos, inflando a necessidade de se localizar e conceituar a figura dos fornecedores fiduciários, com o risco de se expor os consumidores ao trato de matérias ainda ofensivas à produtividade do direito pátrio.

4. Proteção jurídica do consumidor e plataformas digitais

Tendo em vista o atual cenário, em uma era de abundância informativa e *hypercommercialism* (o uso excessivo do mercantilismo na mídia), o setor de publicidade necessita de constantes inovações para alcançar os consumidores, podendo se aproximar mais de estratégias da propaganda, ocasionando o fenômeno do hiperconsumo.

O conceito por trás do hiperconsumo é, muitas vezes, adotado pelas grandes marcas do mercado consumidor para incentivar o crescimento da aquisição de produtos cada vez mais descartáveis, a fim de satisfazer prazeres momentâneos. Importante destacar que estes prazeres estão relacionados aos valores, como o fetichismo, no qual os produtos são caracterizados pela relevância que o coletivo lhe atribui. Por exemplo, uma camiseta branca adquire valores diferentes dependendo da marca de roupa que a vende. Nesse sentido, “os fetiches são o modo como uma sociedade (ou um indivíduo, no caso psicológico) investe de valor uma coisa, atribuindo-lhe uma síntese de princípios heterogêneos” (VOLLI, 2006, p. 179).

No entanto, é interessante notar as mudanças que o consumo da massa sofre. As sociedades pós-modernas exploram a necessidade do individualismo, de modo que, o importante é a compra de objetos que reflitam a personalidade singular de um sujeito, ou que passe tal ideia.

Sendo assim, as publicidades comerciais dos produtos exploram a relação do consumidor com o objeto comercializado, constituindo o informativo de que a utilidade da coisa não é mais o foco explorado, vendendo-se, na verdade, a ideia de autonomia individual. Por esse viés, Volli (2006) aborda que, o nível afetivo, como

centro de toda relação consumerista, deve demonstrar a identificação pessoal, potencializando as formas de venda. Portanto, tem-se que a publicidade explora essa tendência de sensibilidade individual, podendo até influenciar o consumidor a acreditar que aquele produto retrata sua identidade ou uma realidade diversa.

Neste cenário, o indivíduo se vê vulnerabilizado pelos volumes exacerbados de materiais publicitários manipulativos, desdobrando, por necessidade, em uma rede protetiva para tais afrontas. Para isso, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de dar assistência à figura vulnerável do consumidor, garantindo seus direitos. O Código Consumerista apresenta duas definições primárias importantes: a de consumidor, em seu artigo 2º, enquadrando nessa categoria as pessoas físicas ou jurídicas que sejam destinatárias finais, ou equiparadas, de produtos ou serviços, adquiridos ou utilizados; e, em seu artigo 3º, aponta os fornecedores que, de modo geral, são todas as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou não, até mesmo entes despersonalizados (aqueles que, mesmo não dotados de personalidade jurídica, apresentam direitos e deveres), que desenvolvam atividades de “produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (BRASIL, 1990).

Realizadas tais considerações, revela-se, de início, como problema na aplicação da defesa do consumidor, a dificuldade na interpretação do código, tendo em vista sua, relativamente, recente elaboração. Antes do CDC, as relações de consumo eram regidas pelo Código Civil de 1917, com suas bases no direito europeu do século XIX.

Esses equívocos remanesceram na nossa formação jurídica, ficaram na nossa memória influenciando na maneira como enxergamos as relações de consumo, e, atualmente, temos toda sorte de dificuldades para interpretar e compreender um texto que é bastante enxuto, curto, que diz respeito a um novo corte feito no sistema jurídico, e que regula especificamente

as relações que envolvem os consumidores e os fornecedores. (NUNES, 2022, p. 40)

Portanto, esse processo acaba sendo dificultado pelo contexto atual, em que inovações tecnológicas surgem diariamente, desenvolvendo formas de constranger o consumidor à mercantilização desenfreada. Exemplificando esse contexto, temos o caso de um vídeo que viralizou em junho de 2023, de um garoto de 5 (cinco) anos realizando uma compra por meio da assistente eletrônica Alexa, da empresa Amazon.Inc.¹⁰⁹ No vídeo, nota-se a reação de espanto dos pais do menino ao receberem o produto que o filho comprou sem informar, alegando que nem sabiam que o aparelho era conectado com o site de compras da Amazon ou que tais transações eram possíveis. Revela-se, de modo nítido, um abuso cometido pelas plataformas ao ocasionar para públicos hipervulneráveis, como é o caso das crianças conectadas às redes, mecanismos de compras não supervisionadas ou facilmente influenciáveis.

As plataformas online tornam a sistematização da compra cada vez mais acessível, com menos barreiras, permitindo que o indivíduo compre mais, pensando criticamente menos. No entanto, casos como o apresentado podem ser analisados pelo judiciário, enquadrando-se no previsto pelo artigo 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar

109 Menino de 5 anos faz compra pela Alexa e impressiona os pais. Rádio Clube. Disponível em: <<https://scc10.com.br/cotidiano/menino-de-5-anos-faz-compra-pela-alexa-e-impressa-os-pais-veja-video/>>.

de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Sendo responsabilidade do patrocinador, nesse caso a Amazon, de provar o contrário, conforme dispõe o art. 38 da Lei Consumerista, “*O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.*” (BRASIL, 1990), visto a desigualdade da relação no microsistema consumerista, o consumidor parte para uma posição de possível igualdade com o fornecedor. Contudo, nem sempre os consumidores possuem as informações ou os meios necessários para recorrerem das situações de abuso dos fornecedores.

Em julho de 2023 foi anunciado na página do departamento de justiça dos Estados Unidos que, a Amazon.com Inc. e todas as subsidiárias da Amazon.com Services LLC, concordaram com a medida cautelar e a aplicação de multa no valor de 25 milhões por supostas violações à lei de privacidade infantil (*Children’s Online Privacy Protection Act - COPPA, the Children’s Online Privacy Protection Rule - COPPA Rule e the Federal Trade Commission - FTC Act*), relacionadas aos serviços da Alexa. Desde 2018 a Alexa apresenta serviços ativados por voz voltados para crianças menores de 13 anos, o caso é relacionado com o sistema utilizado pelo aparelho, que salva a voz do usuário quando ele faz uma solicitação, transcrevendo o discurso feito de forma verbal para a escrita.¹¹⁰

Somado a isso, existem constantes reclamações, por parte de usuários das assistentes virtuais, de problemas sobre as plataformas manterem gravações de vozes de crianças que utilizam o sistema, mesmo tendo sido requerido pelos responsáveis que fossem deletadas. Foram feitas, também, reclamações sobre a utilização de informações relacionadas à geolocalização dos usuários.

110 Amazon Agrees to Injunctive Relief and \$25 Million Civil Penalty for Alleged Violations of Children’s Privacy Law Relating to Alexa. EUA, 19 de julho de 2023. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/amazon-agrees-injunctive-relief-and-25-million-civil-penalty-alleged-violations-childrens>>

Outro ponto importante dentro da temática da proteção do consumidor são os crescentes casos de superendividamento. Sobre o assunto, a professora Cláudia Lima Marques (2007) aborda que o superendividamento é uma espécie de doença da sociedade de consumo, e que ele está presente em escala mundial, tratando-se de uma forma de exclusão social, revelando-se como um risco sistêmico que deve ser prevenido, por um lado, com o crédito responsável, sem abuso, e por outro lado, com uma educação financeira.

A Lei 14.181, de 1º de julho de 2021, atualizando o CDC, define o superendividamento como sendo a “impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.”, sendo fundamental a boa-fé do consumidor (§3º, artigo 54-A, do CDC).

Tal lei adiciona ainda ao artigo 6º do CDC o inciso XI, prevendo, dentre outras medidas, a possibilidade de revisão e repactuação da dívida, a fim de preservar o mínimo existencial do consumidor hipossuficiente. Esta previsão é reconhecida pela jurisprudência e pode ser observada na decisão da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, como se observa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ação condenatória – Lei nº 14181/2021, que promoveu alteração substancial no CDC, para tratar do superendividamento – situação caracterizada, já que as dívidas de consumo da agravada superam o montante de seus rendimentos – tutela de urgência deferida para limitar os descontos a 30% dos vencimentos líquidos, observada a proporcionalidade dos créditos pelos credores arrolados na ação – decisão recente do STJ em sede de recurso repetitivo acerca da impossibilidade de equiparação dos contratos de empréstimos consignado e de desconto em conta corrente que não altera a possibilidade de concessão da tutela de urgência para limitar os descontos - situações semelhantes, porém o fundamento do

pedido é distinto e a tutela de urgência é plenamente cabível, contanto que esteja presentes os pressupostos do art. 300 do CPC que, no caso estão - plano de pagamento que deve ser apresentado pela autora, nada havendo que impeça que a limitação já surta efeitos, até mesmo para garantir a capacidade de pagamento da devedora – precedentes do TJSP – recurso não provido. (TJSP. 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jundiaí - 5ª Vara Cível. Agravo de instrumento nº 2097523-12.2022.8.26.0000. Relator: Achile Alesina; Órgão Julgador;; Data do Julgamento: 14/06/2022; Data de Registro: 14/06/2022)

Dessa forma, depreende-se que, visualizadas as vulnerabilidades nas quais os consumidores estão expostos, como é o caso do superendividamento, a proteção do consumidor às publicidades abusivas e às ferramentas de manipulação midiáticas devem ser combatidas pelos mais diversos órgãos que compõem a estrutura administrativa, legislativa e judicial da federação. Busca-se, portanto, uma equiparação do consumidor, figura vulnerável, mediante o microsistema protetivo da legislação consumerista.

5. *Stealth marketing* e a manipulação dos usuários ao consumo

Um ponto importante na sociedade pós-moderna, tendente à velocidade e ao consumo exacerbado de produtos e serviços, é a presença da tecnologia nas mais diversas formas de cotidianos. Nestes cotidianos, os indivíduos, imersos no ambiente digital, encontram uma grande rede de compra e imersão mercantil através de simples “cliques”. Vive-se, portanto, uma verdadeira facilitação à compra e à vivência digital.

No entanto, cancelar assinaturas ou compras pode ser um processo cansativo, cheio de etapas, e que leva muitos consumidores à inércia. Nesse contexto, dentre as inúmeras formas de publicidade temos o *stealth marketing*, um conceito relevante a ser discutido, tendo em vista as modificações na sistemática dentro do sistema consumerista.

A palavra “*stealth*” tem sua origem no inglês e significa “*the quality of carrying an action out secretly, so that people do not know it is happening*”¹¹¹ (a qualidade de realizar uma ação secretamente, de modo que as pessoas não percebam o que está acontecendo). Na língua portuguesa, ela tem sua equivalência na palavra “furtividade”, ou seja, “feito de forma oculta”, ou, marketing invisível.

É interessante como apenas o conceito dessa estratégia de marketing já pode ser visto como algo pejorativo, que oculta suas verdadeiras intenções, de modo que o consumidor não percebe que está sendo o foco de uma ação publicitária (DACKO, 2008). Esse tipo de publicidade comercial tem o objetivo de causar o *buzz* - causar agitação sobre um determinado assunto - mas nesse caso, trata-se de um assunto ou produto determinado, escolhido para ser falado, ou seja, inserido de forma oculta como algo interessante para os internautas, e não sendo uma coisa que naturalmente se desperta a curiosidade.

O *stealth marketing*, assim como os fornecedores fiduciários, baseia-se, dentre outras coisas, na confiança que o indivíduo deposita. Um método elaborado que explora a confiança que as pessoas têm entre si, e, também, entre as plataformas. Tem-se o exemplo de uma pessoa que, ao acessar um influenciador digital recomendando um determinado creme, passa a adquiri-lo e a recomendá-lo para outros consumidores, aumentando a própria publicidade e, conseqüentemente, as vendas.

Em casos como esse, é notável a utilização das pessoas para o impulsionamento do *buzz*, apesar disso, existem casos em que a publicidade feita pelo *influencer* não é tão direta, pode não ser o produto que ela está oferecendo no vídeo, mas outro que fica

estrategicamente posicionado como um plano de fundo, mas que chama a atenção das pessoas, levando-as a perguntar sobre o produto de fundo, fazendo com que a influenciadora tenha mais um vídeo lançado e mais uma parceria publicitária fechada.

Destaca-se também a banalidade dada ao assunto, tendo em vista seu impacto não apenas em indivíduos que apresentam certa autonomia para tomar as próprias decisões, a publicidade se torna cada vez mais acessível a todos os grupos etários, mesmo os mais vulneráveis, jovens (até 19 anos) e idosos (maiores de 60 anos), por meio da adoção de uma linguagem mais simples e cores mais chamativas, podendo ser considerada como “uma forma antiética de marketing viral” (LAMBIN, 2008, p. 114).

Partindo disso, é importante observar a ideia por trás do *Stealth Marketing*, que se baseia na vulnerabilidade do consumidor para manipular suas vontades, induzindo desejos consumeristas, causando problemas éticos e levantando discussões no campo legal sobre a possibilidade de regulamentações.

Já é discutido pela psicologia a forma pela qual o marketing explora informações sensoriais, procurando cativar o consumidor, além dos mais explícitos como a visão e discursos convincentes, também impõe detalhes como sons e cheiros.

Antes dos anos 2010, as lojas do *McDonald's* tinham o vermelho e o amarelo como cores principais da fachada, levantando discussões sobre o uso das cores como influência no inconsciente das pessoas, e que essas cores, especificamente, induziriam à fome e à atração do público infantil. Contudo, recentemente, a gigante do *fast food* reestruturou a logotipo e os restaurantes, o que fez com que a marca alterasse sua imagem, implementando o preto, além de voltar sua posição para um público mais adulto, deixando de ter as crianças como principal alvo.¹¹² Nota-se, logo, a influência das decisões publicitárias de *stealth marketing* no imaginário dos consumidores, alterando, até mesmo, os alvos das campanhas das grandes redes.

112 CUSTÓDIO, André Luis Dias. Por que agora o McDonalds está sério e chato?. Mega Curioso. São Paulo, 06 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://www.megacurioso.com.br/artes-cultura/120322-por-que-afora-o-mcdonald-s-esta-serio-e-chato.htm>>.

Tendo isso em mente, destacamos o papel de empresas como a Amazon.Inc, que, utilizando-se desse tipo de estratégia, ou seja, de *stealth marketing* e outras modalidades de publicidade que buscam engajar, principalmente, públicos hipervulneráveis como crianças, oferecendo estilos de vida por meio de publicidades de produtos específicos, muitas vezes frustra as expectativas legitimamente levantadas pelos consumidores. de boa-fé e confiabilidade.

Em se tratando da regulamentação dessa estratégia de marketing, o Código Consumerista não aborda expressamente os temas referentes ao *stealth marketing*, tendo em vista que as discussões sobre o assunto são relativamente recentes dentro do contexto nacional. No entanto, o CDC, em seu artigo 36 traz que: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.” (BRASIL, 1990), englobando, claramente, toda e qualquer forma de abuso publicitário da qual se possa veicular, proibindo, ainda, em seu artigo 37, a publicidade enganosa ou abusiva.

6. Considerações finais

As tendências das organizações pós ou hipermodernas, sejam elas a velocidade, a volatilidade, o consumo desenfreado e as sofisticadas imersões tecnológicas, evocam, de maneira enaltecadora, a publicidade como cerne de todos os movimentos e incorporações lucrativas das estruturas já mercantilizadas das sociedades atuais. Nisso, reside toda a preocupação social e jurídica no controle do fenômeno publicitário, principalmente se tratando de plataformas e redes digitais. Tal preocupação toma assento reforçado quando se aborda a imagem dos levantados fornecedores fiduciários, uma vez que, utilizando-se da confiança qualificada a eles depositada, tais fornecedores possuem o poder influencial de carregarem e manipularem os consumidores de acordo com as colocações do mercado de consumo.

Trata-se, portanto, de um legítimo debate entre a importância da publicidade e os limites jurídicos de seu uso, modificando o paradigma de primazia dos movimentos do mercado em detrimento da proteção dos consumidores para uma primazia da proteção dos usuários das plataformas digitais em detrimento dos lucros e estratégias manipuladoras das grandes redes de comércio digital, em especial quando se aborda o uso do denominado *stealth marketing*, considerando seu uso furtivo e pouco ético por parte dos fornecedores.

Considera-se, por fim, o especial lugar do Código de Defesa do Consumidor no microsistema protetivo ao consumidor no ordenamento brasileiro que, desde 1990, revela-se o condutor das relações mercantis dentro do território nacional, construindo uma identidade pró consumidor no imaginário dos juristas pátrios. Nisso, reside um apelo à atenção, por parte dos fornecedores, do que consta no art. 4º do Código Consumerista, *in verbis* :

A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo [...] (BRASIL, 1990).

Referências bibliográficas

BRASIL, Lei N° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14181.htm>. Acesso em 24 de janeiro de 2024.

DA CRUZ, Daniel Nery. Pós-modernidade ou hipermodernidade? O sujeito contemporâneo sob a ótica de lipovetsky e bauman. *Sapere aude*, v. 9, n. 18, p. 351-371, 2018.

DACKO, Scott G. *The Advanced Dictionary of Marketing: Putting Theory to Use*. New York: Oxford University Press, 2008.

GOODMAN, Ellen. Stealth marketing and Editorial Integrity. *Texas Law Review*, Vol. 85, p. 83, 2006.

GOMES, Neusa Demartini. Publicidade ou propaganda? É isso aí!. *Revista Famecos*, v. 8, n. 16, p. 111-121, 2001.

LAMBIN, Jean-Jacques. *Changing Market Relationships in the Internet Age*. Louvain- laNeuve: Presses Universitaires de Louvain, 2008.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal: Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Lisboa: Edições 70, 2007

MARQUES, Claudia Lima (Ed.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MUNIZ, Eloá. Publicidade e propaganda origens históricas. *Caderno Universitário*, v. 148, 2004.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. Saraiva Educação SA, 2022.

SOARES, Josemar Sidinei et al. *Sociedade de consumo e o consumismo: implicações existenciais na dimensão da*

sustentabilidade. *Direito e Desenvolvimento*, v. 9, n. 2, p. 303-318, 2018.

SCHWARTZ, Fabio. A economia compartilhada e a responsabilidade do fornecedor fiduciário. *Revista de Direito do Consumidor*, 2018.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; DA SILVA, Thais Claudia D.'Afonseca; ANTONIETA, Maria. Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 20, n. 39, p. 1-30, 2017.

TJSP. 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jundiaí - 5ª Vara Cível. Agravo de instrumento nº 2097523-12.2022.8.26.0000. Relator: Achile Alesina; Órgão Julgador:; Data do Julgamento: 14/06/2022; Data de Registro: 14/06/2022.

VOLLI, Ugo. *Fascínio: Fetichismo e outras idolatrias*. Lisboa: Fim de Século Edições, 2006.

8

**INFLUENCIADORES
DIGITAIS E
RESPONSABILIDADE CIVIL
SOB A PERSPECTIVA DO
CDC**

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.8>

Thalles Passos de Oliveira¹

Edvaldo Moita²

1 Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF). Mestre em Justiça Administrativa – PPGJA/UFF. Especialista em Direito Público e Direito Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). E-mail: thalles_passos@id.uff.br

2 Doutor em Sociologia pela Universidade de Bielefeld e em Direito pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: edvaldomoita@id.uff.br

RESUMO

O presente estudo aborda a atividade desempenhada pelo influenciador digital nas redes sociais e os possíveis danos ocasionados ao consumidor. O Código de Defesa do Consumidor, ao regular a publicidade e as práticas ilícitas que delas decorram, alcança todo aquele que atua oferecendo bens e serviços e que porventura venha a se beneficiar da vulnerabilidade do consumidor. Nesse contexto, com o surgimento de novas formas de comércio eletrônico, novas modalidades de vulnerabilidade passam a ser identificadas, as quais são capazes de acentuar o desequilíbrio na relação de consumo e ensejar, em determinadas hipóteses, a responsabilidade do causador do dano.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Influenciadores Digitais. Responsabilidade.

1. Introdução

Com o crescimento dos meios tecnológicos e das novas formas de comunicação, novas figuras surgem, dentre elas, o influenciador digital, o qual tem exercido importante poder na formação do comportamento e da opinião das pessoas.

As redes sociais se tornaram fortes instrumentos para o consumo de produtos, serviços e informações. Com o crescimento tecnológico e visando atrair a atenção de seus seguidores com a intenção lucrativa, os influenciadores digitais vêm colocando em debate diversas questões decorrentes dos produtos e serviços por eles divulgados.

A internet facilitou a interatividade entre fornecedor, influenciador e consumidor. A forma como as pessoas se relaciona com as empresas também mudou, passando a ser intermediada pelos influenciadores digitais. Uma grande ferramenta que representa essa mudança é o Instagram, em que o influenciador digital se destaca expondo sua vida, produtos e serviços de seus interesses,

direcionando-os ao público que consome aquele material e acompanha sua rotina de vida.

Esses perfis são capazes de influir diretamente no poder de compra de outras pessoas, divulgando marcas, recomendando produtos e criando tendências que podem ajudar as empresas. Dessa forma, surge a necessidade de compreender a relação existente entre o público e os influenciadores digitais, objetivando constatar a possibilidade de responsabilizá-los por eventuais danos causados a seus seguidores.

A ocorrência de dano do produto ou serviço constatados pelo consumidor na maioria das vezes é solucionada diretamente pelo fabricante ou prestador do serviço tendo em vista a responsabilidade civil objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor. Todavia, muitos danos são decorrentes da publicidade veiculada pelas próprias celebridades em uma relação personalizada com o consumidor baseada na confiança da indicação. Quando há qualquer prejuízo decorrente dessa indicação, geralmente não há responsabilização do influenciador digital, especialmente quando se considera que o consumidor não foi devidamente informado sobre o conteúdo como um material publicitário.

Considerando que o Código de Defesa do Consumidor tem como objetivo evitar e reprimir práticas nocivas, busca-se avaliar, de uma forma geral, as possíveis consequências jurídicas advindas da relação que se estabelece entre os influenciadores digitais e aqueles que passam a consumir o conteúdo publicitário divulgado nas redes sociais, seja ele produto ou serviço.

Para a realização do objetivo geral, são definidos como objetivos específicos compreender o papel atualmente desempenhado pelos influenciadores digitais na sociedade de consumo, delimitar os requisitos necessários ao reconhecimento dessa relação firmada entre aqueles que exercem forte influência nas plataformas digitais e seus seguidores e, por fim, identificar, sob a ótica das normas consumeristas, as consequências representadas pelos danos causados advindos do conteúdo divulgado.

A temática aqui abordada é de grande importância uma vez que se faz necessário criar estratégias de defesa ao consumidor diante da sua posição de vulnerabilidade no contexto digital

consumerista. Essa posição pode ser maximizada em razão das diversas informações que fomentam o consumo exacerbado advindo daí a problemática de como ocorrerá a responsabilização daqueles que ocupam posição vantajosa nessas transações em razão da ausência de previsão expressa no CDC sobre a responsabilidade dessas novas figuras.

Por fim, destaca-se que quanto ao desenvolvimento do trabalho, emprega-se o método dedutivo, pois se utiliza da abordagem documental, em especial de artigos, livros, normas e jurisprudências atreladas ao tema, partindo-se da compreensão geral da lei, da doutrina e de uma formulação geral do problema para os casos em que se mostram aplicáveis.

2. O influenciador digital na sociedade de consumo

Os avanços tecnológicos alteraram os padrões de consumo na sociedade globalizada e o uso de plataformas como X, Facebook e Instagram se tornaram meios para a divulgação de produtos e serviços. Essas ferramentas são atualmente meios poderosos no estímulo ao consumo, tanto por meio de posts patrocinados quanto por marketing digital ou outras ferramentas.

Nesse contexto, as empresas têm encontrado formas eficazes de conquistar novos clientes em espaços online por meio dos influenciadores digitais já que um dos elementos que determina a influência das redes sociais na decisão de compra é a comunicação persuasiva. Assim, os influenciadores digitais se caracterizam como os profissionais da internet capazes de formar opinião e orientar o comportamento de seus seguidores por meio da divulgação de seu estilo de vida culminando em um processo de identificação.

Além dos próprios produtos e serviços divulgados por esses personagens, as empresas também passaram a investir na

contratação dos influenciadores digitais para criar conteúdo que possa favorecer as suas marcas. Isso ocorre porque os seguidores se inspiram nessas personalidades digitais como referência de comportamento transferindo a confiança neles depositada para aquele produto ou serviço divulgado.

De acordo com Karhawi (2016, p. 46-47), os influenciadores digitais estão no Facebook, no Instagram, no Snapchat, em espaços ocupados por “pessoas comuns”. No entendimento do autor, a proximidade desses sujeitos de seus públicos, de sua rede, a partir da escrita íntima, do uso da primeira pessoa em blogs, Instagram ou Twitter (atualmente nomeado X) e da pessoalidade cria uma aproximação entre o criador de conteúdo e seus públicos. Diante disso, para o autor, “é nessa sustentação que se ergue o capital simbólico dos blogueiros e, muito fortemente, das blogueiras de moda que são encaradas como melhores amigas de suas leitoras”.

Como se vê, a atuação dos influenciadores digitais é predominante nas redes sociais, como o Instagram, onde os perfis que apresentam o maior número de seguidores são aqueles em que seus titulares, expõem a vida cotidiana (MOREIRA; BARBOSA, 2018. p. 78-79). Diante dessas circunstâncias, os influenciadores acabam por ditar padrões de moda, beleza, alimentação, comportamento, decoração, viagens, hábitos de lazer e até mesmo de estilo de vida, incentivando seus seguidores ao consumo (BAGATINI; ALBRECHT, 2020. p. 337).

Ainda, com a evolução das redes sociais e a crescente facilidade de acesso à internet, as oportunidades de criação de vínculos entre as marcas e os seus consumidores se tornaram mais frequentes. Essa globalização digital impôs novos desafios tendo em vista que também aumentou a possibilidade de o consumidor pesquisar e encontrar produtos semelhantes com vantagens diferentes nas mais diversas marcas sem limitações geográficas (MALIK, NAEEM, & MUNAWAR, 2012; SETTE & BRITO, 2020).

Tem-se um novo cenário de massificação da produção, do consumo e do crédito em que se tornou necessário promover ampla difusão da publicidade e de novas estratégias mercadológicas para se atingir níveis altos de vendas e lucro tornando o consumidor vulnerável às ações dos produtores e fornecedores de bens e serviços.

Esse panorama é característico da sociedade contemporânea descrita por Bauman (2007) com a transformação do indivíduo em mercadoria em uma busca desenfreada e estimulada pela mídia.

Assim, os influenciadores digitais passam a ser figuras estratégicas na divulgação e indicação de produtos e serviços, orientando o modo de consumir de seus seguidores, influenciando comportamentos por meio de escolhas de consumo. Esse novo tipo de publicidade faz surgir novas relações de consumo que podem ensejar a responsabilidade por eventuais danos aos consumidores.

Para isso é importante destacar que a identificação de um influenciador no universo digital não necessariamente é uma tarefa simples. Não basta apenas a existência de muitos seguidores sendo necessário também que se avalie a qualidade das conexões no sentido serem aptos a impulsionar a venda de produtos e serviços por meio da interação e persuasão de seus seguidores. Isso ocorre porque não há apenas a divulgação de um produto ou serviço como acontece na maioria das campanhas publicitárias em rádio e televisão.

Os influenciadores são contratados para produzir engajamento de seus seguidores nas redes sociais e poderá ele utilizar de toda a sua criatividade para a divulgação de determinada marca ou produto. Quando o influenciador produz conteúdo relativo ao produto ou serviço e desperta interesse no público que o acompanha, verifica-se que houve um interesse em se obter o produto e consumir o que é veiculado (SILVA, 2022).

Muito embora não haja legislação específica que regule a responsabilidade dos influenciadores digitais, tem-se que a influência dessas pessoas sobre a escolha de seguidores aumenta a vulnerabilidade do consumidor, especialmente na sua vertente informacional.

3. Responsabilidade do CDC aplicada ao influenciador digital

Com a Constituição Federal em 1988, os direitos consumeristas ganharam maior proteção na medida em que seu art. 5º, XXXII prevê que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” A Lei 8.078/90, por sua vez, tratou das relações jurídicas estabelecidas entre consumidor e fornecedor, sendo a relação de consumo aquela relação jurídica estabelecida entre estes que tem por objeto produtos ou serviços.

O art. 6º do Código de Defesa do Consumidor elenca os direitos básicos do consumidor, dentre eles, o que consta no inciso IV, o qual dispõe que é direito do consumidor “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”. Tanto a publicidade enganosa quanto a abusiva são vedadas pelo art. 37, caput, do CDC já que ferem direitos básicos do consumidor. Entretanto, o código não regulamenta toda a matéria sendo necessário que se recorra a legislações de órgãos especializados.

No Brasil, “a publicidade pode ser conceituada como sendo qualquer forma de transmissão difusa de dados e informações com o intuito de motivar a aquisição de produtos ou serviços no mercado de consumo” (TARTUCE, NEVES, 2016, p. 307). Fábio Ulhoa Coelho leciona que “Publicidade simulada é a que procura ocultar o seu caráter de propaganda” (COELHO, 2007, p. 103).

Nesse contexto, ao falarmos sobre a prática desenvolvida pelos influenciadores digitais, é possível evidenciar a publicidade oculta já que eles se utilizam das redes sociais expondo seus modos de vida para atrair pessoas que se identificam com aquele tipo de (PELLEGRINI; SOUZA, 2021, p. 08), muito embora o consumidor não

seja devidamente informado de que se trata propriamente de um conteúdo publicitário.

No parágrafo único do art. 927 CC, ainda está disposto que “haverá a obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Assim, o Estado tem o dever de garantir a proteção das pessoas que consomem os produtos e serviços promovidos pelas mencionadas figuras de influência, não só em decorrência do que prevê o art.5º, inc. XXXII, da CRFB/88 como também o Código Civil de 2002 que traz em seu art. 927 a obrigação de reparar prejuízo causado a outra pessoa.

Sobre a responsabilidade, podemos destacar o seguinte entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

CABIMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, DANO MORAL. DANO MATERIAL. HIPÓTESE. FABRICANTE. BEBIDA. RECUSA, PAGAMENTO.CONSUMIDOR. PRÊMIO. OBJETO. ANÚNCIO PUBLICITÁRIO. ÂMBITO NACIONAL. FUNDAMENTAÇÃO. EXISTÊNCIA. DEFEITO. ERRO DE IMPRESSÃO. PRODUTO. DECORRÊNCIA. OMISSÃO. DEVER. CABIMENTO. INFORMAÇÃO. REFERÊNCIA. EXISTÊNCIA. IRREGULARIDADE. OBJETO. PROPAGANDA. CARACTERIZAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIVULGAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO, RECURSO ESPECIAL, FUNDAMENTAÇÃO, ALINEA C, HIPOTESE, FALTA, IDENTIDADE, SITUAÇÃO FATICA, ACORDÃO RECORRIDO, ACORDÃO PARADIGMA, NÃO CARACTERIZAÇÃO, DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL. INEXISTENCIA, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ACORDÃO RECORRIDO, DESNECESSIDADE, TRIBUNAL AQUO, APRECIACÃO, INTEGRALIDADE, ALEGAÇÃO, PARTE PROCESSUAL, EXISTENCIA, SUFICIENCIA, FUNDAMENTAÇÃO.EXISTENCIA,

RESPONSABILIDADE SOLIDARIA, FABRICANTE, BEBIDA, EMPRESA, RESPONSÁVEL, DIVULGAÇÃO, PRODUTO, PAGAMENTO, CONSUMIDOR, AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, DANO MORAL, DANO MATERIAL, REFERENCIA, PREMIO, OBJETO, PROPAGANDA, DIVULGAÇÃO, AMBITO NACIONAL, DECORRENCIA, OMISSÃO, DIVULGAÇÃO, INFORMAÇÃO, REFERENCIA, EXISTENCIA, DEFEITO, ERRO DE IMPRESSÃO, PRODUTO, CARACTERIZAÇÃO, PREJUÍZO, CONSUMIDOR, NECESSIDADE, APLICAÇÃO, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. É solidária a responsabilidade entre aqueles que vinculem publicidade enganosa e os que dela se aproveitam, na comercialização de seu produto (STJ-SP – terceira turma – RE: 327.257. Rel. Min. Nancy Adrighi. 22.06.2018) (BRASIL, 2018)

Nesse sentido, considera-se consumidor final aquele que adquire um produto para uso habitual próprio ou de sua família, estando esse produto, em seu estado final de comercialização, diferente de uma revenda, por exemplo. Além do consumidor stricto sensu, previsto no artigo 2, caput, o CDC prevê também a figura do consumidor por equiparação nos artigos 17, 29 e parágrafo único do 2.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Ainda, a doutrina identifica três espécies mais comuns de fornecedores, quais sejam, fornecedor real, fornecedor presumido e fornecedor aparente. O fornecedor real é aquele que está atrelado de forma efetiva ao processo de fabricação do produto, mais especificamente, pode-se citar, a título de exemplo, o fabricante, o produtor e o construtor. Já o presumido atua como um intermediário entre quem fabrica e o consumidor como, por exemplo, o importador, que é um fornecedor por presunção legal. O fornecedor aparente se associa à marca que os produtos recebem (MARQUES; BENJAMIM; BESSA; 2007).

Ocorre que, além desses três tipos, existe uma espécie de fornecedor dito pela doutrina como fornecedor por equiparação, o qual consiste em um terceiro atrelado à relação de consumo como um intermediário ou ajudante que auxilia na concretização da relação principal, muito embora atue frente a um consumidor como se fornecedor fosse. Ou seja, ele é o dono da relação conexa e possui uma posição de poder na relação com o consumidor (MARQUES; BENJAMIM; BESSA; 2007).

Em relação ao produto ou serviço adquirido pelo consumidor e ofertado pelo fornecedor, o §1º do art. 3º do CDC traz o conceito de produto ao mencionar que produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial e, serviço, de acordo com o §2º, é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. Dessa forma, para que haja a incidência do Código de Defesa do Consumidor é necessária a caracterização da relação jurídica de consumo por todos os seus elementos (subjeto e objetivo).

Assim sendo, destacadas as noções básicas sobre relação de consumo, chega-se à hipótese de responsabilização do influenciador.

O descumprimento de um dever jurídico enseja a responsabilidade pela reparação dos danos causados, os quais podem ser patrimoniais, extrapatrimoniais, individuais ou coletivos. O Código de Defesa do Consumidor estabelece, como regra, a responsabilidade civil objetiva, pois excetua apenas a responsabilidade subjetiva

atribuída aos profissionais liberais, no artigo 14, §4º, situação em que se analisará o elemento culpa.

Com base na teoria do risco adotada pelo Código de Defesa do Consumidor dispõe o art. 14 do CDC que o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Na lição de Claudia Lima Marques (2011):

Tratando-se de risco profissional (responsabilidade própria do profissional), tratando-se de atuação à qual a lei impõe deveres especiais (através de normas de ordem pública) não transferíveis aos consumidores, nem mesmo através de previsão contratual (ex vi arts. 1º, 51, I, e 25 do CDC), terá o fornecedor de suportar a sua falha, responder pela informação mal transmitida, pelo inadimplemento contratual ou pelo ato ilícito eventualmente resultante da publicidade falha. E note-se que a jurisprudência do STJ tem considerado solidária a responsabilidade daquele que veicula e daquele que se aproveita da publicidade (art. 30 c/c 35 e art. 37 do CDC).

No tocante à responsabilidade, para Rosenvald (2017, p. 32), há quatro funções da responsabilidade civil dentre as quais se destacam a função de reparação do sujeito atingido pela lesão e a função de fazer retornar as condições do lesado ao *status quo ante*. De acordo com o autor, é possível reconhecer as funções da responsabilidade civil em reparatória, punitiva e precaucional uma vez que a prevenção está presente em cada uma das demais funções.

Em relação à atuação dos influenciadores digitais, a atividade destes é resultado da evolução da publicidade e por conta disso as vítimas dos danos causados não podem ficar desamparadas na hipótese de veiculação de publicidade ilícita nas redes sociais. Esse tipo de conduta atinge simultaneamente milhares de pessoas de

modo que os influenciadores acabam se beneficiando em razão da dificuldade de apuração dessas condutas.

Considerando a forma como o influenciador digital atua nas mídias sociais ao divulgar um produto ou serviço para fins de comercialização destes ele pode ser classificado como fornecedor, a partir do conceito de fornecedor por equiparação, e estará sobre os ditames do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Para Emerson Malheiro e Enki Pimenta (2021, p. 61-82) os influenciadores digitais são fornecedores por equiparação já que auferem lucro nas vendas com seguidores-consumidores, ainda que indiretamente e oferecem em suas redes sociais cupons de descontos para compra de produtos ou serviços da marca anunciada com link direto para compra.

Nesse ponto, para que haja o dever de indenizar, basta a comprovação do nexo causal entre a ação ou omissão do agente e o dano gerado. Isso ocorre porque os influenciadores digitais, enquanto criadores de conteúdo, assumem a posição de garantidores das informações vinculadas em suas redes atraindo a responsabilidade civil objetiva que consiste na conduta que gera dano, com nexo causal, independente de culpa. De outro lado, os seguidores desses influenciadores digitais assumem o papel de consumidores em potencial, bem como figuraram a parte vulnerável na cadeia de consumo, atraindo todas as garantias legais que o CDC dispõe.

Tem-se que os influenciadores não são usualmente vistos como os responsáveis pelo dever de prestar indenização tendo em vista que não possuem relação direta em relação ao produto ou serviço que esteja sendo anunciado. Os textos dessas publicidades, em tese, seriam criados pelos publicitários e apenas reproduzidos pelos influenciadores digitais. Todavia, não há dúvidas de que a atividade profissional pode gerar algum tipo de responsabilidade civil, caso ocorra eventuais tipos de dano, sendo que os profissionais serão obrigados a reparar os danos daqueles que foram afetados (GALLUCCI, 2021, p. 27).

Para Franco (2016, p. 15), o influenciador, quando transmite uma mensagem, deve estar ciente dos deveres a que está sujeito, como dever de informação, nele compreendido o dever de informar

corretamente, o dever de lealdade, confiança e o dever de solidariedade.

A confiança é a credibilidade que o consumidor deposita no produto ou no vínculo contratual como instrumento determinante para se alcançar o que se deseja, tal seja um produto ou serviço. Se tem como exemplificação aquele consumidor que vê uma postagem de um influenciador digital X, e nesse post feito nas suas redes sociais, o mesmo indica um determinado produto, auferindo nele qualidades, propaga que usa e que indica, contudo, esse profissional da “web” recebeu uma determinada quantia do fornecedor anunciante, para indicar produto. Caso o produto venha a apresentar defeito, o consumidor poderá responsabilizar de maneira solidária o fornecedor anunciante e o influenciador digital.

Destaca-se que nessa relação aqui abordada a capacidade persuasiva é elemento decisivo e dita tendências de consumo que agravam a vulnerabilidade do consumidor. Para isso, serve-se o estudo da formulação desenvolvida por Cláudia Lima Marques e Guilherme Mucellin no que diz respeito ao surgimento de novos fatores de vulnerabilidade decorrentes do comércio eletrônico e da utilização de plataformas no mundo digital. Essa vulnerabilidade pode ser identificada na relação que se estabelece entre consumidores e influenciadores digitais.

Para os autores, há as vulnerabilidades tradicionais dos consumidores e aquelas específicas ou especializadas no meio digital que colocam o consumidor em uma posição ainda mais vulnerável. O princípio da vulnerabilidade do consumidor consiste em todo um sistema de proteção do consumidor, evidenciando que há flagrante vulnerabilidade de quem consome em relação ao fornecedor sendo, portanto, uma característica intrínseca à condição de consumidor.

No que tange às relações estabelecidas com os influenciadores digitais, há uma assimetria acentuada pela

publicidade agressiva e sedutora que poderá violar os arts. 36 e 37 do CDC.

Nesse sentido:

No momento em que um influenciador digital indica um produto ou serviço, a sua confiabilidade agrega poder persuasivo no comportamento do consumidor, gerando segurança sobre a qualidade daquele produto ou serviço que está sendo indicado. Os influenciadores assumem, portanto, uma posição de garantidores em face dos produtos e serviços indicados. Caso as qualidades atribuídas aos produtos e serviços não sejam condizentes com a realidade, o fator de persuasão dos influenciadores aparece de forma negativa e prejudicial ao consumidor, confrontando, assim, os princípios da boa-fé e da confiança. (GASPARATTO; FREITAS; EFING, 2019, p. 79).

Para Paulo Jorge Scartezini Guimarães:

[...] é nesse desbravamento e exploração da mente humana que os publicitários se apoiam e buscam as inspirações para seus anúncios. Criam eles necessidades e após manipulam os consumidores em direção ao produto ou serviço que irá supri-las. Criam efetivamente desejos supérfluos, que, logo em seguida, graças às suas técnicas, são transformadas em produtos imprescindíveis. Assim, estão corretos aqueles que, primeiramente, surge o produto ou serviço; depois é que se inventa a necessidade. (GUIMARÃES, 2001, p. 98)

Ainda sobre a vulnerabilidade do consumidor:

A vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses

identificado no mercado (assim Ripert, *Le règle morale*, p. 153), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 324), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ destas regras ou da atuação do legislador (Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 324), é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa”. (MARQUES; BENJAMIN, MIRAGEM, 2010. p. 120.)

Os consumidores destinatários da publicidade se encontram vulneráveis, isto é, em condições mais suscetíveis de sofrerem danos posto que ocupam o lado mais frágil da relação jurídica. Na relação que se estabelece entre os influenciadores digitais e os consumidores, há mecanismos mais complexos de persuasão considerados estratégicos para atingir os expectadores de forma sensível. Nesse aspecto, no recorte aqui estabelecido o que ocorre é a maximização da vulnerabilidade informacional se mostrando recorrente a ocorrência de danos.

Releva notar que, embora se trate de hipótese de vulnerabilidade que se assemelha ao conceito da vulnerabilidade técnica, o que se percebe é que na relação aqui tratada o diferencial reside no fato de que a informação atualmente disponível pode ser facilmente manipulada e controlada pelo seu detentor originário, especialmente quando se considera a falta de dados suficientes sobre determinado produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra dos seguidores.

De acordo com a teoria de Guimarães (2007, p. 170), a responsabilidade da agência, do veículo e celebridade que participa do anúncio é objetiva e solidária a do fornecedor. O autor traz a análise conjunta dos art. 7º, § único, e 25, §1º, ambos do Código de Defesa do Consumidor, os quais dispõem sobre a responsabilidade

solidária na reparação de danos, quando a ofensa tiver mais de um autor.

Nesse sentido:

Deste modo, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que: PROCESSO CIVIL. JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE EXCLUI LITISCONSORTES E INDEFERIU A TUTELA PROVISÓRIA.RECURSO ADMITIDO APENAS DE FORMA EXCEPCIONAL PARA AS DECISÕES PROFERIDAS APÓS A PROLAÇÃO DE SENTENÇA OU PARA AS DECISÕES MANIFESTADAMENTE TERATOLÓGICAS QUE ACARRETEM RISCO DE LESÃO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO.POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS, EM ESPECIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.CABIMENTO EXCEPCIONAL O RECURSO ANTE AS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. AGRAVANTES QUE ADUZEM PREJUÍZOS EM RAZÃO DE COMPRA REALIZADA POR RECOMENDAÇÃO DE INFLUENCIADORES DIGITAIS, ILEGITIMIDADE PASSIVA CARACTERIZADA.A PARTIR DE UM JUÍZO DE COGNIÇÃO SUMÁRIA, AUSENTES OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA PLEITEADA EM FACE DO CORRÉU FACEBOOK. AGRAVANTES QUE JÁ DETÊM INFORMAÇÕES SUFICIENTES PARA IDENTIFICAÇÃO DE DADOS PESSOAIS DA CORRÉ QUE ADUZEM SER A RESPONSÁVEL PELOS DANOS.AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO (TJ-SP– segunda turma cível – AI:0101778-47.2021.8.26.9000 – São Paulo – Rel.: Tonia Yuka Kôroku. - 17.11.2021) (BRASIL, 2021).

No caso do influenciador digital, a partir de todo o exposto é necessário destacar que há uma pactuação da figura deste com o

produto ou serviço ofertado. Os influenciadores elaboram a divulgação do serviço ou do produto para que este se torne mais atrativo ao público agregando confiabilidade no conteúdo. Dessa forma, de acordo com Gonçalves (2017, p. 22), aquele que lucra com determinada atividade, deve responder pelas desvantagens dela decorrentes tendo em vista os danos da divulgação de publicidade ilícita.

Diante do profissionalismo e da prática comercial na atividade de influenciador digital, não há dúvidas de que é maximizada a vulnerabilidade dos seguidores frente à sua publicidade. Os instrumentos mais complexos de persuasão desencadeiam no recorte aqui estabelecido a maximização da vulnerabilidade informacional que reflete em fraudes e demais danos aos consumidores. Daí se conclui que se deve reconhecer o influenciador digital como integrante da cadeia de divulgação publicitária sendo, assim, solidariamente responsável pelos danos causados.

4. Considerações finais

A partir das considerações expostas, verificou-se que a internet exerce grande influência no cotidiano das pessoas e representa uma ferramenta de inúmeras conexões facilitando a aproximação entre elas. Com isso, as redes sociais se tornaram o principal meio para a divulgação de marcas, produtos e serviços, com destaque para o Instagram, uma rede baseada em imagens.

Os aplicativos como Instagram e Facebook se tornaram meios lucrativos e de intensa troca de dados e os usuários em geral estão mais interessados em publicações que despertem entretenimento e que possam trazer referências ao seu estilo de vida. Nesse cenário, atualmente, os influenciadores digitais são as principais figuras responsáveis pela divulgação de produtos e serviços nas redes sociais.

Por meio de parcerias firmadas com empresas e marcas das mais diversas, eles praticam a publicidade direcionada aos seus seguidores com o objetivo de que este público seja provocado a consumir o estilo de vida inserido naquele produto ou serviço. O processo de convencimento é realizado por meio de uma aproximação entre o influenciador digital e seus seguidores exercendo grande influência no processo decisório de compra.

Ao tratar da responsabilidade civil dos influenciadores digitais, o trabalho demonstrou a equiparação dessa figura aos fornecedores que indicam produtos ou serviços por meio da internet. Identifica-se que os influenciadores digitais atuam fortemente sobre os consumidores exercendo na cadeia de relação de consumo um poder de influenciar comportamentos e opiniões ao indicarem ou comercializarem determinado produto ou serviço.

Constatou-se que na relação que se estabelece entre os influenciadores digitais e os consumidores, identificamos instrumentos eficazes de persuasão considerados estratégicos para atingir os expectadores de forma sensível.

Esse cenário coloca o influenciador em um patamar exacerbado de vantagem em relação aos consumidores, parte esta que fica submetida a novos fatores de vulnerabilidade além daqueles tradicionalmente conhecidos e verificados no cotidiano. Nesse aspecto, no recorte aqui estabelecido o que ocorre é a maximização da vulnerabilidade informacional se mostrando recorrente a ocorrência de danos.

Conclui-se assim pela confirmação da hipótese inicialmente levantada no sentido de que, a partir das normas e princípios existentes no Código de Defesa do Consumidor, os influenciadores digitais podem ser responsabilizados pelo elo estabelecido entre a sua atuação lucrativa por meio das publicidades veiculadas e a ocorrência de danos causados aos consumidores, tanto patrimoniais quanto extrapatrimoniais.

Referências bibliográficas

BAGATINI, Júlia; ALBRECHT, Diego Alan Schofer. *Digital influencer e a responsabilidade consumerista*. Revista Derecho y Cambio Social, n. 59, p. 330-344, Ene./Mar. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: A transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BORGES, Gustavo; FILÓ, Maurício da Cunha Savino. Consumo, publicidade e inteligência artificial: (necessários) limites à tecnologia persuasiva no constante assédio do consumidor. *In: Revista de Direito do Consumidor*, vol. 136/2021, p. 201-232, jul-ag, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma – RE: 327.257. Rel. Min. Nancy Adrighi. 22.06.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Segunda turma cível – AI:0101778-47.2021.8.26.9000 – São Paulo – Rel.: Tonia Yuka Kôroku. - 17.11.2021

FRANCO, Denise Sirimarco. *A publicidade no Instagram, feita por digital influencers à luz da boa-fé objetiva e do dever de informação*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/DeniseSirimarcoFranco.pdf>. Acesso em 07 jan. 2024.

GALLUCCI, Bruno. *A responsabilidade civil dos influenciadores digitais*. Consultor Jurídico –23 de setembro de 2021, 18h09, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set->

23/gallucci-responsabilidade-civil-influenciadores-digitais.
Acesso em: 08 jan. 2024.

GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almeida; EFING, Antônio Carlos. *Responsabilidade Civil dos Influenciadores Digitais*. Revista Jurídica Cesumar, v. 19, n. 1, pp. 65-87, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6493/3396>. Acesso em: 07 jan. 2024.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Responsabilidade Civil. v. 4. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital: transformação digital, desafios para o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais: o eu como mercadoria. In: SAAD, Elizabeth; SILVEIRA, Stefanie C. (org.). *Tendências em comunicação digital*. São Paulo: ECA/USP, 2016. Disp. em: <http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/download/87/75/365-1?inline=1>. Acesso em: 07 jan. 2023.

MALHEIRO, Emerson Penha; PIMENTA, Enki Della Santa. *A responsabilidade civil do digital influencer nas relações de consumo na sociedade da informação*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.30, n.137, p. 61-82, set./out. 2021.

MALIK, M. E., Naeem, B., & MUNAWAR, M. (2012). *Brand image: Past, present and future. Journal of Basic and Applied Scientific Research*, 2(12), 13069-13075.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 120.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, C. L.; MUCELIN, G. *Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor*. *civilistica.com*, v. 11, n. 3, p. 1-30, 25 dez. 2022.

MARTINS, G. M.. *Vulnerabilidade e responsabilidade civil na Internet: a inconstitucionalidade do Artigo 19 do Marco Civil*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 137, p. 33-59, 2021.

MARTINS, Plínio Lacerda; RAMADA, P. C. P. ; ALVISI, E. *O Direito do Consumidor na Modernidade*. 1. ed. NITEROI: UFF, 2020. v. 1. 411p .

MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues; BARBOSA, Nathalia Sartarello. *O reflexo da sociedade do hiperconsumo no Instagram e a responsabilidade civil dos influenciadores digitais*. *Revista Direitos Culturais*, v. 13, n. 30, p. 73-88, set. 2018. Disponível em: Acesso em: 03 jul. 2020.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Amanda Maciel da. et.al. *Influenciadores digitais: análise acerca da responsabilidade civil*. 2022. Disponível em: <https://ayaeditora.com.br/wp-content/uploads/Livros/L167C17.pdf>. Acesso em 8 de jan. de 2024.

SILVA, Andressa Maria Vieira. *Os influenciadores digitais na sociedade de consumo: uma análise acerca da aplicabilidade do código do consumidor*. 51f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Doutor Leão Sampaio, Curso de Bacharelado em Direito, Juazeiro do Norte, CE, 2019. Disponível em: <https://leaosampaio.edu.br/repositoriobibli/tcc/ANDRESSA%20MARIA%20VIEIRA%20SILVA.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2024.

TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016.

9

A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS SMART CONTRACTS E O DIREITO DO CONSUMIDOR

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.9>

Marcos César de Souza Lima¹

Patrick Augusto Belitardo de Carvalho²

Rodrigo Henrique Roca Pires³

1 Doutor, Universidade Federal Fluminense - UFF, Niterói, Brasil. E-mail: marcoscesardesouzalima@gmail.com.

2 Bacharel, Universidade Veiga de Almeida - UVA, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: patrickbelitardo@gmail.com

3 Mestre, Universidade Cândido Mendes - UCAM, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: rodrigo@rocaadvocacia.com.br.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a análise do sistema de responsabilidade civil pertinente aos smart contracts. As novas modalidades de contratações assumem enorme relevância na sociedade da informação e do consumo, sendo fundamental uma tutela específica voltada à proteção do consumidor, vulnerável no mercado de consumo. O sistema desenvolvido pela Código de Defesa do Consumidor não foi pensado para contemplar os sofisticados contratos inteligentes, aliás, não há qualquer regra no ordenamento pátrio destinada a esta nova modalidade de contratação. Pretendeu-se, assim, investigar a dinâmica da responsabilidade civil nos smart contracts a partir do arcabouço elaborado para proteção do consumidor, a partir de um tensionamento entre a doutrina e legislação.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Smart contracts. Direito do consumidor

1. Introdução

A evolução da ciência da computação contribuiu para um desenvolvimento tecnológico inimaginável, na medida em que as inovações causaram grandes impactos nos mais variados campos da atividade humana.

No que importa, esse movimento disruptivo marca a virtualização das relações sociais e a desmaterialização das relações jurídicas, alterando os padrões de comportamento ao ponto de se tornar o novo paradigma da sociedade contemporânea.

A referida evolução faz surgir desafios para o mundo jurídico, tanto pela ausência de normas sobre as novas

situações fáticas, quanto pela dificuldade de subsunção dos modelos negociais aos tipos legais já existentes.

No mercado de consumo atual, a projeção econômica do comércio eletrônico e a necessidade de proteção dos direitos do consumidor assumem posição de destaque, dada a relevância de tais questões na dinâmica da sociedade.

A tradicional relação entre o fornecedor e o consumidor abriu espaço para os novos modelos contratuais, como as cadeias de consumo no âmbito digital, o que acaba por fomentar uma insegurança jurídica quanto ao alcance das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, a inclusão digital e as novas formas de arranjo econômico agravam a situação de vulnerabilidade dos consumidores, gerando uma crise de reconhecimento diante dos inéditos papéis dos participantes do mercado de consumo.

Ainda, são tempos em que uma nova descoberta tecnológica tem o poder da disrupção, o que significa dizer que uma nova ferramenta pode colocar em xeque as próprias bases estruturais construídas e consagradas ao longo de séculos pelos teóricos sociais.

O advento da tecnologia blockchain, comumente interligada aos *smart contracts*, vem alterando o modo com que os institutos jurídicos tradicionais são desafiados à solução das novas contingências há mais de 15 anos.

Tais contingências levantam questões relevantes no campo do Direito do Consumidor, posto que almejam automatizar e agilizar as transações comerciais, eliminando os intermediários, a arbitrariedade, as fraudes, além de reduzir os custos.

Ocorre que mesmo as novas modalidades de contratação não eliminam, por exemplo, a possibilidade do

acontecimento de erros de programação, e este é um fator que deve gerar preocupações, sobretudo, relacionadas à responsabilidade nos casos de acidentes de consumo.

Diante desses desafios e preocupações, é fundamental, realizar uma análise dos impactos jurídicos com a finalidade de encontrar um equilíbrio entre a inovação tecnológica e a necessidade de garantir os direitos e garantias dos consumidores.

Assim sendo, o presente trabalho tem como objetivo analisar os contornos atinentes aos *smart contracts*, também conhecidos como contratos inteligentes, a fim de verificar a compatibilidade com a legislação brasileira, em especial a do Código de Defesa do Consumidor.

Para tanto, além de examinar a proteção do consumidor, parte vulnerável nos contratos inteligentes, serão examinados os entendimentos doutrinários ao redor mundo quanto à responsabilidade civil dos eventos danosos em decorrência dos *smart contracts*.

Será utilizado como marco teórico fundamental os sociólogos britânicos Frank Webster e Anthony Giddens, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman e o sociólogo espanhol Manuel Castells, quanto à percepção da contemporânea sociedade da informação e dos novos padrões de consumo.

No que tange à definição dos *smart contracts*, dos ditos contratos inteligentes, será explorada a doutrina americana do professor Max Raskin e da professora Lauren Henry Sholz, a fim de compreender a partir do ensinamento de quem encara a modalidade há mais tempo.

Por fim, com relação aos aspectos do Direito do Consumidor, serão utilizados os ensinamentos dos professores Cláudia Lima Marques, Sérgio Cavalieri Filho além de outros

doutrinadores reconhecidos na temática como os professores Herman Benjamin e Rizzato Nunes.

2. A sociedade da informação e do consumo

A partir dos anos 60, em um contexto social marcado por inovações tecnológicas, modificações no mercado de trabalho, mudanças no padrão consumo e transformações políticas e econômicas, sobressaíram teorias sociais preocupadas com o que se esboçava.

O novo contexto social levou a uma grande inquietação, ao ponto de alguns teóricos vislumbrarem estar em risco a estabilidade de certas instituições que eram tidas como fundamentais e sólidas, assim como a própria segurança social.

Frank Webster (2013) é um dos teóricos que estuda de forma crítica esse momento que é denominado por alguns de sociedade da informação, distinguindo este conceito a partir de 5 definições: tecnológica, econômica, ocupacional, espacial e cultural.

A definição tecnológica da sociedade da informação é a mais corrente e notável, posto que os novos modos de processamento, armazenamento e transmissão, associados, sobretudo, às Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs), estão cada vez mais presentes.

Aliás, é evidente a influência das inovações tecnológicas sobre a sociedade contemporânea pela presença dos computadores, celulares e inteligência artificial, que estão com ampla aplicabilidade e cada vez mais eficazes, potentes, baratos e poderosos.

Com efeito, o referido processo de informatização causou profundas transformações estruturais nas relações humanas a partir da difusão do acesso à internet, impactando, também, na utilização de meios eletrônicos para realização de negócios jurídicos.

A realização de negócios jurídicos de forma virtual cresce cada vez mais, e transforma, como consequência, as relações de consumo, ante a utilização de computadores e celulares para contratação dos produtos e serviços.

“A Internet é o tecido de nossas vidas. Se a tecnologia da informação é hoje o que a eletricidade foi na Era Industrial, em nossa época a Internet poderia ser equiparada tanto a uma rede elétrica quanto ao motor elétrico, em razão de sua capacidade de distribuir a força da informação por todo o domínio da atividade humana. Ademais, à medida que novas tecnologias de geração e distribuição de energia tornaram possível a fábrica e a grande corporação como os fundamentos organizacionais da sociedade industrial, a Internet passou a ser a base tecnológica para a forma organizacional da Era da Informação: a rede” (CASTELLS, 2021, p. 7).

O desenvolvimento das contratações em um meio digital e virtual levou ao desenvolvimento dos contratos eletrônicos, e é nesse cenário que surgem os denominados *smart contracts*, ou contratos inteligentes, objetos do presente trabalho, nos quais as contratações automaticamente se executam quando os termos contratuais previamente ajustados são cumpridos.

Os *smart contracts* ganham espaço e popularidade na medida em que as relações de consumo na internet crescem e o referido contrato reduz a possibilidade de fraudes e arbitrariedades - além de diminuir custos e garantir celeridade.

No entanto, a instituição dos contratos inteligentes suscita questões relevantes, uma vez que o desenvolvimento tecnológico

avança sem mensurar as consequências do seu risco, expondo a vulnerabilidade do consumidor.

Afinal, a tecnologia da informação impõe um ritmo acelerado de mudanças ao ponto de o que é novo hoje se tornar obsoleto amanhã, em um ciclo de diferentes possibilidades, escolhas e descartes, evidenciando a disrupção digital.

A criação dos smartphones e programas de software possibilitaram negócios exclusivamente em meio digital, trazendo consequências diretas para o mercado e para o Direito ao ressignificar tradicionais institutos contratuais, como a compra e venda e a prestação de serviços.

Do ponto de vista sociológico, a contemporaneidade, para Anthony Giddens (1991, p. 22/25), é caracterizada pela descontinuidade das relações presenciais por meio do rompimento das condições de tempo e espaço, o que impacta diretamente sobre a organização social, promovendo o que é denominado “desencaixe”.

Na sociedade da informação e do consumo¹¹⁸, a autonomização da vida, a despersonificação dos sujeitos, a desmaterialização dos objetos, a desterritorialidade e a atemporalidade das relações desconstroem a estabilidade outrora existente ao promover o “desencaixe”.

Para Zygmunt Bauman (2008), o consumismo foi erigido como o sinal de pertencimento na sociedade pós-moderna¹¹⁹,

118 “A sociedade de consumo tem como base suas alegações a promessa de satisfazer os desejos humanos em grau que nenhuma sociedade do passado pôde alcançar, ou mesmo sonhar, mas a promessa de satisfação só permanece sedutora enquanto o desejo continua insatisfeito; mais importante ainda, quando o cliente não está “plenamente satisfeito” – ou seja, enquanto não se acredita que os desejos que motivaram e colocaram em movimento a busca da satisfação e estimularam experimentos consumistas tenham sido verdadeira e totalmente realizada.” (BAUMAN, 2008, p. 63)

119 Os dilemas e as perplexidades que as sociedades destinam a seus membros geralmente se fazem acompanhar de estratégias socialmente endossadas e recomendadas, assim como de ferramentas para a sua solução. O consumismo é uma resposta do tipo “como fazer” aos desafios propostos pela sociedade de indivíduos. A lógica do

funcionando como símbolo da modernidade na ótica de Giddens (1991, p. 25/28), ao possibilitar a separação de tempo-espaço, marcada pelo uso do dinheiro e do crédito, como elementos reinantes do sistema econômico capitalista.

Daí a necessidade cada vez maior de aprimoramento e atualização da proteção do consumidor, fazendo-se necessária a elaboração de mecanismos de “reencaixe”, a fim de trazer segurança jurídica e equilíbrio nas relações de consumo.

3. A evolução dos contratos e da vulnerabilidade

O mundo contemporâneo vive o fenômeno da massificação contratual, onde os contratos são celebrados para produzirem efeitos sobre uma infinidade de relações negociais, preferencialmente, de forma automatizada, na qual quem celebra o negócio são máquinas (MELLO, 2008, p. 191)¹²⁰.

Cláudia Lima Marques bem observa que os contratos eletrônicos são, basicamente, contratos com “unilateralidade virtual” e desumanizada, em decorrência de as compras online serem celebradas pelos consumidores com o computador do fornecedor.

A massificação contratual é o principal fenômeno que passou a influir no direito privado, ao ponto de exigir uma

consumismo serve às necessidades dos homens e das mulheres em luta para construir, preservar e renovar a individualidade e, particularmente, para lidar com a supracitada aporia”. (BAUMAN, 2007, p. 36)

120 Apesar disso, a ideia “clássica” de contrato não está superada, uma vez que desde a fase pré-contratual ele está naturalmente delimitado pelo ordenamento, que repudia a arbitrariedade e protege a liberdade negocial só se exercida dentro dos limites legais (MELLO, 2008, p. 195-197).

mudança no sistema contratual, uma vez que, na sociedade da informação e do consumo, marcada pela unilateralidade dos contratos - isso quando há contratação formal - a contratação passou a ocorrer por meio de condutas sociais atípicas.

Ao analisar a evolução dos contratos é observado que, nos anos oitenta, o contrato era o do direito civil comum, ao passo que, nos anos noventa, as legislações passaram a elaborar a figura do contrato de consumo.

Nos anos dois mil ganha destaque a expansão do contrato de consumo, que passou a abranger não só os contratos entre consumidor e fornecedor, mas também, os contratos assimétricos, quais sejam, as relações contratuais *business-to-consumer* e as relações *business-to-business*.

No particular, a doutrina brasileira veio ao longo do tempo desenvolvendo o princípio da vulnerabilidade do consumidor, ao reconhecer a qualidade ou condição dele como de sujeito mais fraco na relação de consumo (NUNES, 2022).

Cláudia Lima Marques destaca que a vulnerabilidade é conceito inerente ao Código de Defesa do Consumidor, que concretiza as disposições constitucionais de tutela do direito do consumidor, dos seus direitos subjetivos (2019, p. 405).

No entanto, as situações de vulnerabilidade se encontram em diversos microssistemas protetivos, como no do direito ambiental, do direito do trabalho e, até mesmo, do próprio direito civil - nos casos de vício de consentimento.

Segundo Cláudia Lima Marques, o Código de Defesa do Consumidor consagra quatro modalidades de vulnerabilidade do consumidor, quais sejam, a técnica, a jurídica, a fática e a informacional (2019).

Para além dessas quatro modalidades, destaca-se na doutrina nacional o crescente debate em torno da vulnerabilidade do consumidor no meio digital, tendo em vista que a internet agrava o esvaziamento dos conceitos de tempo e espaço na medida em que possibilita a fusão de técnicas de contratação em massa em um único meio (DO CANTO, 2013, p. 8).

Acertadamente a doutrina brasileira vem se debruçando sobre a vulnerabilidade do consumidor no mundo digital, que está relacionada, também, com a captação de dados pessoais, de dados de preferência e dos padrões de consumo, que facilmente são capturados por softwares maliciosos.

Incontroverso que há grande quantidade de softwares que, através de sofisticados algoritmos, analisam os serviços disponíveis e orientam o consumidor na escolha mais adequada aos seus próprios interesses.

Esta realidade faz com que os consumidores precisem preocupar-se não só com a contratação sob a forma eletrônica, mas, também, com a contratação de toda uma gama de serviços que demandam o acesso a dados pessoais do usuário para seu funcionamento ou para que o serviço seja efetivamente prestado.

Assim, resta evidenciada a existência de uma majoração da vulnerabilidade do consumidor no âmbito digital e o acerto da doutrina nacional quando do debate acerca da nova modalidade de vulnerabilidade.

4. Os contratos inteligentes

Os *smart contracts* tratam-se de uma verdadeira plataforma autoexecutável (self-enforcing) (SHOLZ, 2019), que removem a necessidade de confiança entre as partes por serem criados e regidos por códigos de programação, que permite sua gestão de forma descentralizada pelos blocos de informação, livres de interferência humana direta, ou qualquer interferência externa por terceiros.

Tais contratos inteligentes desfrutam de uma organização marcada pela autonomia e descentralização, são regidos pela própria comunidade online e estão intimamente ligados ao conceito de blockchain - mecanismo de autenticação e verificação tecnológica, independente de qualquer intervenção governamental ou financeira (SHOLZ, 2019, p. 118).

Segundo Max Raskin, os *smart contracts* dispõem de peculiaridade genética, qual seja, ser um contrato cujo enforcement é derivado de uma tecnologia computacional que propicia que o self-help tome as rédeas da relação contratual, aumentando a eficiência, pesando a onerosidade na hipótese de inadimplemento e aplicando a chamada execução automática (2017, p. 306-308).

Quanto à execução automática, entenda-se a existência de um programa de computador que gerencie diretamente a execução ou não do contrato, ou seja, não será permitido a uma parte a utilização do produto ou serviço enquanto o pagamento não for confirmado.

Para Max Raskin, do ponto de vista jurídico, os *smart contracts* podem ser diferenciados entre os “fortes” e os “fracos”, que estão ligados aos seus custos de revogação e modificação (2017, p. 310).

Curioso que os autores divergem muito sobre a legislação atual dos contratos disporem ou não de instrumentos hábeis para lidar com as novas demandas que envolvam os smart contracts.

Segundo Lauren Henry Sholz (2019), há uma necessidade de regulamentar os contratos inteligentes, uma vez que os algoritmos automáticos de tratamento de informação detêm a capacidades de gerar instabilidade no mercado de consumo, além abrirem porta para eventos imprevisíveis.

Max Raskin discorda da referida necessidade, tendo em vista que a peculiaridade dos *smart contracts* em nada afasta o controle do Poder Judiciário, que poderá imputar responsabilidades, reconhecer a propositura de ações e aplicar penalidades (2017, 311) .

O fato é que os contratos inteligentes não requerem a intervenção do Estado para garantir sua execução, uma vez que os próprios contratantes asseguram o cumprimento rigoroso das obrigações por meio da formalização do negócio.

Assim, na medida em que a execução do contrato ocorre de forma automática e autonomamente, inexistente a possibilidade de interromper o seu aperfeiçoamento, arcando as partes com os eventuais ônus do evento não previsto ou não calculado.

É o retorno do clássico princípio do *pacta sunt servanda*, na medida em que não há espaço para concessões ou flexibilidade no âmbito das cláusulas contratuais, por se tratar de um modelo idealizado para “matematizar” a linguagem contratual.

Desta forma, surge um campo fértil para o desenvolvimento de um meio-termo, de uma proposta mais

avançada, com um caráter mais concreto e condizente com o estágio atual do desenvolvimento tecnológico.

5. Código de defesa do consumidor

Diante das novas formas de contratação e relacionamento entre o fornecedor e o consumidor, e dos novos produtos e serviços decorrentes das tecnologias da informação, são diversas as repercussões em torno do Código de Defesa do Consumidor.

Dentre as repercussões, as inovações no mercado de consumo desafiam os conceitos consagrados pelo referido Código, acabando por exigir dos estudiosos do direito um esforço redobrado na interpretação das normas estabelecidas.

O desenvolvimento de novas tecnologias sempre dá causa a riscos de dano ao mercado de consumo, tratando-se de reconhecer nos novos fatos a possibilidade de subsunção às normas já existentes ou a necessidade de seu aperfeiçoamento.

Com efeito, os estudiosos deverão subsumir as novas situações do mercado às normas em vigor, mas também identificar as situações de suficiência ou não das normas legais vigentes à realidade das transformações do mercado.

O sistema de responsabilidade jurídica, inaugurado pelo Código de Defesa do Consumidor, de início, responsabiliza os fornecedores de produtos pelos seus defeitos, independentemente da demonstração de culpa do fornecedor.

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- sua apresentação;
- o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- a época em que foi colocado em circulação.

Ato contínuo, o Código de Defesa do Consumidor trata de responsabilizar os fornecedores de serviços defeituosos da mesma maneira, ou seja, independentemente da existência de culpa.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

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

- o modo de seu fornecimento;
- o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

O legislador do referido Código, além de se preocupar com a responsabilidade pelos defeitos nos produtos e serviços, dispõe acerca da responsabilidade pelos vícios de qualidade e de quantidade atinentes aos produtos de consumo.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
- a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- o abatimento proporcional do preço.

§ 2º Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

§ 3º O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

§ 4º Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

§ 5º No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

- os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

- os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

- os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- o abatimento proporcional do preço;

- complementação do peso ou medida;

- a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

- a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

§ 1º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior.

§ 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

Por fim, o Código de Defesa do Consumo estende o seu alcance, disciplinando, ainda, a responsabilidade dos fornecedores pelos vícios de qualidade que tornem os serviços impróprios ou com menor valor.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

- a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

- o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

Com efeito, o sistema de responsabilidade civil estabelecido para as relações de consumo implicará efeitos sobre os contratos inteligentes, assim como em qualquer outro contrato de consumo firmado na sociedade contemporânea.

Cumprido destacar que a proteção do consumidor não se resumirá ao abrangente sistema de responsabilidade assegurado, mas a todas as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Assim sendo, nas demandas que envolvam a pretensão de reparação de danos causados por falhas de produtos ou serviços, com aplicação das novas tecnologias ou não, permanecerá sendo possível a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

A vulnerabilidade técnica e jurídica do consumidor, sobretudo diante das novas tecnologias, de termos contratuais complexos e impostos, via de regra, servirá para dar causa à hipossuficiência exigida para a inversão do ônus da prova pelo juiz.

Registre-se que, em poucas situações no âmbito das relações de consumo, a inversão do ônus da prova será tão necessária à efetividade do interesse do consumidor quanto nos casos que envolvam a pretensão de reparação de danos decorrentes de contratos aperfeiçoados digitalmente.

Tais garantias de reparação de danos e inversão do ônus da prova, por óbvio, servirão para proteger os consumidores que celebrarem contratos inteligentes, inexistindo razões para não serem assegurados os seus direitos.

Em um contrato de seguro cujo pagamento do prêmio possa se dar exclusivamente pela internet, ou em uma reserva de hotel no

qual receba um código para acesso à hospedagem pelo período contratado, os direitos e garantias deverão ser assegurados.

Além destas garantias, convém destacar que as relações de consumo firmadas por *smart contracts* precisarão respeitar o dever de informação do fornecedor, que inicia na fase pré-contratual - onde há necessidade de fornecer dados sobre os aspectos característicos dos produtos e serviços, existindo, aliás, previsão que possibilita o acesso prévio ao contrato.

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Neste sentido, o artigo 4, inciso IV^o da Lei do E-Commerce (Decreto n.º 7.962/2013) estende o dever de informação assegurado no Código de Defesa do Consumidor aos fornecedores do comércio eletrônico.

Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá:

(...)

- disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação;

Ainda, de suma importância será a garantia de que o consumidor, mesmo nos contratos informais realizados na contemporaneidade, poderá o exercitar o seu direito de arrependimento.

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do

estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

Em que pese os *smart contracts* terem como característica execução automática, os fornecedores estão obrigados a levar em consideração o fato de que não há a possibilidade de eliminação do controle de legalidade sobre seu conteúdo.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

- a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas

Identificada eventual ilegalidade ou abusividade no conteúdo do contrato, ou no modo de exercício dos direitos e deveres, cumprirá ao fornecedor alterar a programação predeterminada do *smart contract*, promovendo sua adequação às exigências legais.

Por fim, considerando que, no âmbito das relações de consumo, a adoção dos contratos inteligentes se dará no formato de contratos de adesão, é relevante atentar a situações nas quais a execução automática possa se caracterizar proibida.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

- impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou

impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

- subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
- transfiram responsabilidades a terceiros;
- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
- (Vetado);
- estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
- determinem a utilização compulsória de arbitragem;
- imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
- deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
- permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
- autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
- obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
- autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
- infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
- estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
- possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

- condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário; (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)
- estabeleçam prazos de carência em caso de impontualidade das prestações mensais ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e de seus meios de pagamento a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores; (Incluído pela Lei nº 14.181, de 2021)

6. Considerações finais

O caráter dinâmico do mercado de consumo está associado ao processo de desenvolvimento econômico e social contemporâneo, não à toa o Código do Consumidor prevê em seu artigo 4º, inciso VIII, que será condição a ser observada pelo intérprete.

A velocidade, a disrupção e a extensão das transformações ocorridas nas últimas décadas alterou tanto os modos de consumir, quanto o objeto de consumo, promovendo a noção de um “novo paradigma tecnológico”.

As novas formas referidas desafiam a aplicação das normas de proteção ao consumidor no que diz respeito a assegurar a eficácia do microsistema e, ainda, preservar a utilidade e o interesse das realidades do mercado.

Como consequência relevante, urge a tensão entre a necessidade de interpretação e aplicação das normas protetivas e o recurso a iniciativas de alteração legislativa, a fim de disciplinar as situações não previstas expressamente pelo Código do Consumidor.

Além da disputa entre a atualização da norma pela via da interpretação ou de sua alteração pelo processo legislativo, guarda relevância o aspecto ligado ao próprio reexame dos fundamentos do direito do consumidor, que decorre da doutrina e da jurisprudência.

Assim sendo, resta aos estudiosos do direito considerar tais transformações como consequência natural do desenvolvimento econômico e social contemporâneo, que não torna obsoleto o direito posto, mas, sim, desafia a sua atualização pela via da interpretação.

Ora, o conceito de negócio jurídico, de contrato ou de dano não perdem sua essência pelo fato de as novas tecnologias, ou o ambiente virtual, intervirem nas relações jurídicas, assim como os conceitos de produto e serviço não irão desaparecer.

O desenvolvimento tecnológico transforma o mercado de consumo, mas não afasta os preceitos fundamentais do direito do consumidor que o disciplina, aliás, pelo contrário, uma vez que em muitas situações acabará revelando o próprio fundamento do seu surgimento.

Assim será, também, com os critérios de interpretação e aplicação das normas, pois deverão ser mantidos como esteios frente às novas tecnologias, que consagram novos aspectos técnicos impossíveis de serem acompanhados por normas expressas.

Então, cabe aos estudiosos do direito se debruçar sobre o fenômeno, conciliar visões perspectiva e prospectiva sobre as repercussões do direito sobre a realidade que se impõe neste novo mercado de consumo, e a mirada em retrospecto dos próprios fundamentos e propósitos do direito do consumidor, que mantêm sua atualidade e relevância.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Manole, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008

_____. **Tempos líquidos.** Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe.

Manual de direito do consumidor. 9ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade, cultura,** vol. 2. São Paulo: Paz e terra. 1999.

_____. **A Sociedade em Rede** (a era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1). Tradução: Roneide Venancio Majer. 23. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** São Paulo: Atlas: Grupo GEN, 2019.

DO CANTO, Rodrigo Edelwein. **Direito do consumidor e vulnerabilidade no meio digital.** São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, vol. 87, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto;

Curso de direito civil, vol. 3. 9ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo : UNESP, 1991.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais**. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

RASKIN, Max. **The Law and Legality of Smart Contracts**. Georgetown Law Technology Review, 2017.

SHOLZ, Lauren. **Algorithms and Contract Law**. Cambridge Handbook of the Law of Algorithms, 2019.

WEBSTER, FRANK, **Theories of the information society**., 3ª Ed. Londres: Routledge, 2013.

10

VULNERABILIDADE DIGITAL E A FIGURA DO CONSUMIDOR CATIVO

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.10>

Daniela Juliano Silva¹

-
- 1 Mestre e Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Professora Adjunta do Departamento de Direito Privado na Universidade Federal Fluminense. E-mail: danielajulianosilva@id.uff.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4620285328081573>

RESUMO

Ter a tecnologia como aliada é a grande marca da dita “revolução digital” e não se pretende retroceder quanto a isso. A reflexão do presente artigo diz respeito à análise das questões que estão por detrás desse cenário, a envolver possíveis violações a direitos individuais e coletivos da população e à autonomia dos consumidores que, a cada dia, ininterruptamente, tem seu comportamento provocado e perfilizado, de modo a alimentar a sanha preditiva do mercado. É necessário verificar se nosso sistema jurídico é capaz de protegê-lo, inseri-lo criticamente nos estudos, discussões, regulamentações e regulações que estão porvir. Impõe também refletir se o microsistema de proteção de dados presente hoje no ordenamento jurídico brasileiro, é suficiente para dar as respostas necessárias em termos de responsabilidade e prevenção de danos. Em uma cultura de subordinação aos produtos e serviços apresentados como solução pelas plataformas digitais, marcada pela opacidade dos seus processos de construção, resta clara a fragilidade do consumidor que, na era digital, se torna cada vez mais cativo e dependente. É sobre tal problema de pesquisa que o presente artigo pretende se debruçar, pautado em uma metodologia dedutiva, com base em técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Vulnerabilidade digital. Captividade. Consumidor.

1 introdução

Termos como “capitalismo de vigilância” (ZUBOFF, 2020), “cultura de vigilância” (LYON, 2018), “economia da atenção” (BECK, 2001) dão nome e perspectiva ao universo dos avanços tecnológicos que têm transformado profundamente as relações sociais e os desenhos de governos e cidades, em uma economia assentada na informação (em especial, nos dados). Em paralelo, a existência de um verdadeiro domínio feudal dos denominados “barões dos dados” (Amazon, Google, Microsoft, Facebook, Apple) (GILES, 2021), recria um novo colonialismo, agora, “de dados”, firmado não só na alienação técnica dos usuários-consumidores, que efetivamente

desconhecem o funcionamento das redes de criação, desenvolvimento e uso das tecnologias, crendo em sua neutralidade, mas também no bloqueio da criatividade e do desenvolvimento de tecnologias e soluções locais, uma vez que submissos à “arquitetura de informações e dentro dos limites do desenho dessas plataformas” (SILVEIRA, 2021, p. 48).

Essa verdadeira cultura de subordinação aos produtos e serviços apresentados como solução pelas plataformas, revela a opacidade dos seus processos de construção, na medida em que implementa modelos construídos pelo Norte global, apresentando-se os países mais pobres e periféricos (Sul global) como meros instrumentos de extração e análise de dados (SILVEIRA, 2021, p. 52). Esse panorama deixa claro a fragilidade do consumidor na era digital e é sobre tal problema de pesquisa que o presente artigo pretende se debruçar. Ainda que se reconheçam inúmeras vulnerabilidades (gênero, raça, classe, idade), que migram da vida real para a vida digital, interessa ao presente estudo, a figura central do consumidor que acaba por abarcar as vulnerabilidades em referência.

A evolução das tecnologias na atualidade é constante e na maioria das vezes muito bem vinda. As consequências dessas mudanças e o impacto dessa evolução, especialmente no universo do Direito é, decerto, o real propósito do presente estudo. A livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica brasileira, não se apresenta como argumento absoluto diante dos impactos das novas tecnologias nas relações sociais. Tais inovações impactam o universo dos serviços regulados (autorizados, dados em permissão ou concessão), alteram modelos de negócio, mexem com as estruturas das relações de trabalho e de consumo.

O ritmo das mudanças e das novidades tecnológicas impõe igual agilidade das instituições e institutos, e é sentido, em um primeiro impacto, nas relações de consumo. O consumidor é quem, em primeiro plano, abraça os aspectos positivos das tecnologias que, a princípio, apresentam o diferencial de agregar e atrair o maior número possível de consumidores, modificando a lógica do mercado. Geralmente são mais atrativas por serem mais baratas, afora o fato de representarem uma opção a mais para os consumidores, reforçando sua liberdade de escolha. É necessário verificar se nosso

sistema jurídico é capaz de protegê-lo, inseri-lo criticamente nos estudos, discussões, regulamentações e regulações que estão porvir.

Impõe também refletir se o microsistema de proteção de dados presente hoje no ordenamento jurídico brasileiro, é suficiente para dar as respostas necessárias em termos de responsabilidade e prevenção de danos. Referencial ao presente estudo, a construção do conceito de vulnerabilidade digital construído por Cláudia Lima Marques e Guilherme Mucelin (2022), ao que se refere à noção de captividade e dependência do consumidor, “em relação à manutenção ou ao acesso a determinado serviço ou a produto inteligente prestado e oferecido por plataformas, que se pode considerar como uma condição, na análise de cada caso, para a fruição plena da vida e de autorrealização na sociedade contemporânea” (MARQUES, MUCELIN, 2022, p. 23). De igual importância ao presente trabalho, as reflexões feitas por Paula Sibilia (2016), à respeito de uma sociedade que prima pelo “espetáculo do eu”, bem como os contornos da denominada “*Internet of behavior*” (internet do comportamento) (NYMAN, 2012), hábil a rastrear preferências, pensamentos e tendências.

Feitos esses apontamentos gerais, reconhece-se que o presente artigo se desenvolverá levando em conta três partes: i) o cenário da Economia digital e o monopólio global da indústria dos dados em relação ao consumo; ii) as vulnerabilidades do consumidor na era digital, iii) caminhos para a construção de um microsistema mais protetivo e de uma governança que se preocupe com esse consumidor tão fragilizado. Por meio de uma metodologia dedutiva, com base em técnica de pesquisa bibliográfica, o desenvolvimento deste artigo pressupõe a reflexão a respeito da construção de um design protetivo e preventivo das relações consumeristas nas plataformas, que seja capaz de reconhecer as vulnerabilidades desses titulares de dados, de modo a se construir uma governança mais transparente e uma cultura informacional mais consciente.

2. Novas tecnologias e consumo

Pensar o universo das novas tecnologias no Brasil é, especialmente, se deparar com incongruências. É lidar essencialmente com utopias, quanto mais ao se ter por referencial uma realidade distópica. É, acima de tudo, lidar com atemporalidades. O Brasil enfrenta questões que já deveriam ter tido o devido tratamento há séculos atrás (a exemplo das questões afetas ao saneamento básico), ao mesmo tempo em que se mostra premente pensar em um futuro que já se acerca.

Em um primeiro momento, oportuno traçar os principais conceitos que envolvem a temática, ao mesmo tempo em que se revela o cenário e o contexto de desenvolvimento da matéria. É preciso reconhecer seu desenvolvimento e nascedouro nos inúmeros avanços tecnológicos ocorridos nos últimos tempos, o que usualmente se denomina por “Tecnologias da Informação e Comunicação”, as TICs.

Conforme muito bem contextualizado por Gimenez (2000), o cenário de desenvolvimento tecnológico leva a uma outra percepção de sociedade e, por consequência, no contexto em estudo, alimenta um novo caminho para se pensar o consumo:

Vivemos um período em que os avanços tecnológicos nos possibilitam formas de comunicação sem precedentes, e que modelos autoritários, centralizados, homogeneizantes vão sendo substituídos por formas descentralizadas, heterogeneizantes, plurais e democráticas de relacionamento.

As Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) são instrumentos que fazem essa verdadeira ponte na construção de um cotidiano social mais confortável, com mais bem estar e felicidade, nos mais diferentes espaços (doméstico, trabalho, saúde, segurança,

transporte) (BRIGGS; BURKE, 2006, p. 33). Nessa esteira, há de se concluir, preliminarmente, que não existe nenhum setor da sociedade, seja urbano ou rural, que não experimente algum tipo de transformação em razão de sua influência.

Duarte (2005, p. 123) dá o tom desse influxo, afirmando:

Parte-se da reflexão de que a sociedade contemporânea é construída com base nas tecnologias de informação, responsáveis tanto pelos produtos característicos da época – sejam eles independentes (como softwares), parte de produtos tecnológicos (de veículos a eletrodomésticos) ou *commodities* (alimentos geneticamente modificados) – quanto pelos processos de fabricação e gerenciamento de produção, distribuição e venda dos produtos.

A relação de consumo não fica fora da influência dessas mudanças, afirmando Eduardo Magrani (2018, p. 19) que, “a tecnologia está mudando rapidamente a maneira como interagimos com o mundo à nossa volta. Visando atender às mais novas demandas dos consumidores, empresas estão desenvolvendo hoje produtos com interfaces tecnológicas que seriam inimagináveis há uma década”. E contextualiza:

As palavras *tecnologia* e *inovação* são, hoje, correntes e intimamente relacionadas aos ambientes digitais. Observamos isso ao analisar a forma e os espaços nos quais esses termos surgem tanto na imprensa quanto na linguagem usual. Por exemplo, muitos jornais e revistas têm seções de tecnologia, especificamente para tratar dos assuntos relativos ao mundo digital e, especialmente, à internet, com um forte vínculo com o conceito de inovação.

O uso corrente desses dois termos está voltado para as tecnologias de informação e comunicação consideradas ‘alta tecnologia’ ou

‘tecnologia de ponta’, espelhando as tecnologias mais avançadas atreladas à ideia de ‘inovação’. Também está ligada a essa percepção, além dos exemplos dos computadores e da internet, a utilização de energia nuclear, nanotecnologia, biotecnologia etc. (MAGRANI, 2018, p. 28)

Muito antes do conceito de “Tecnologias Disruptivas” cunhado por Christensen (1995), a ideia de “inovação” era uma variável de interesse e objeto dos mais variados pontos de vista, especialmente sob seu viés econômico. Nesse universo, destacam-se os ensinamentos de Joseph Schumpeter, para quem, “uma inovação, no sentido econômico, somente é completa quando há uma transação comercial envolvendo uma invenção e assim gerando riqueza” (SCHUMPETER, 1997, p. 24).

Na sua celebrada obra “Teoria do Desenvolvimento Econômico” (de 1934), Schumpeter traça enfática distinção entre os termos “invenção” e “inovação”. Para o autor, a invenção é a criação de um novo artefato que pode ou não ter relevância econômica. A invenção só se torna uma inovação se ela for transformada em uma mercadoria ou em uma nova forma de produzir mercadoria, e que seja explorada economicamente. A inovação, por sua vez, diz respeito a novas combinações de recursos já existentes, de modo a produzir novas mercadorias ou mesmo, para produzir mercadorias antigas de uma forma mais eficiente, bem como, acessar novos mercados. Schumpeter define cinco tipos de inovação: (1) novos produtos, (2) novos métodos de produção, (3) novas fontes de matéria-prima, (4) exploração de novos mercados e (5) novas formas de organizar as empresas (SCHUMPETER, 1997).

Nessa dinâmica, segundo lição de Ricardo Lobato Torres (2006), destaque-se:

O conceito de inovação geralmente é desdobrado em dois tipos: inovação de produto e inovação de processo, sendo que este último englobaria as demais definições de Schumpeter (1934) que não novos produtos. Blaug (1963) e Rosenberg (1982) argumentam que a divisão

inovação de produtos e inovação em processos é um tanto artificial. A produção mais eficiente de antigas mercadorias pode ser feita mediante o uso de um novo equipamento. No entanto, tal equipamento pode ser um novo produto introduzido pela indústria de bens de capital que melhora o processo produtivo das demais indústrias. Da mesma forma, melhorias no processo produtivo que reduzam os custos de produção podem viabilizar o lançamento de novos produtos. Apesar disso, ainda sobra o caso em que o simples rearranjo ainda não tentado da forma de produzir (inovação organizacional) dá margem para redução dos custos unitários. Assim, do ponto de vista analítico, ‘novas formas de fazer coisas antigas podem ser distinguidas das velhas formas de fazer novidades’. Portanto, uma inovação de processo pode ser definida como qualquer melhoria na técnica de produção que reduza os custos unitários da produção mesmo que os preços dos insumos não se alterem.

A relação entre fornecedores e consumidores na atualidade está francamente influenciada não só pela inovação dos produtos, mas também pela inovação dos processos, o que torna tal interação praticamente ininterrupta, acontecendo vinte e quatro horas por dia, nos sete dias na semana. A quantidade de informações à disposição tanto de consumidores quanto de fornecedores constrói uma rede cujas linhas carregam uma fragilidade que pode colocar em risco princípios e direitos caros à relação consumerista. É esse um dos principais pontos de reflexão do presente artigo.

Nesse contexto, com o desenvolvimento da computação móvel e, em especial, com a crescente popularização da internet fomos deixando “rastros dos nossos percursos pelo cotidiano” (LEMOS, 2005, p. 4), verdadeiras “pegadas”, que dizem muito sobre nossas preferências, rotinas e personalidades. A essa quantidade

inimaginável de dados (volume crescente e alta velocidade)², denominou-se “*big data*”. Muitas são as possibilidades e perspectivas de sua conceituação, mas é inegável que existe um espaço de familiaridade generalizada com o termo, como muito bem explicitado por Hannes Grassegger e Mikael Krogerus (2017):

Qualquer pessoa que não tenha passado os últimos cinco anos vivendo em outro planeta estará familiarizada com o termo *big data*. *Big data* significa, em essência, que tudo o que fazemos, tanto online como offline, deixa vestígios digitais. Cada compra que fazemos com nossos cartões, cada busca que digitamos no Google, cada movimento que fazemos quando nosso telefone celular está em nosso bolso, cada *like* é armazenado. Especialmente cada *like*. Durante muito tempo, não era inteiramente claro o uso que esses dados poderiam ter — exceto, talvez, que poderíamos encontrar anúncios de remédios para hipertensão logo após termos pesquisado no Google ‘reduzir a pressão arterial’.

Eduardo Magrani (2018, p. 22) apresenta-nos um conceito mais genérico, reconhecendo que “*Big data* é um termo em evolução que descreve qualquer quantidade volumosa de dados estruturados, semiestruturados ou não estruturados que têm o potencial de ser explorados para obter informações”. Lima e Calazans (*apud* MANYIKA; CHUI; BROWN *et al*, 2013, p. 4), atentam para a quantidade inimaginável de dados produzidos e como tal realidade impacta as relações entre clientes, fornecedores e funcionários, senão vejamos:

2 Segundo Magrani (2018, p. 22), “a primeira propriedade envolvendo *big data* consiste no volume crescente de dados. Pesquisa recente da Cisco estima que, nos próximos anos, a medida em *gigabytes* será superada e o cálculo da quantidade de dados será feito na ordem *zettabyte* e até em *yottabyte*”.

A quantidade de dados do nosso mundo está explodindo. Empresas capturam trilhões de bytes de informações sobre seus clientes, fornecedores e funcionários, e milhões de sensores conectados estão sendo inseridos no mundo físico em aparelhos como celulares e automóveis, percebendo, criando e comunicando dados. Indivíduos com *smartphones* e em sites de redes sociais continuarão incrementando crescimento exponencial. *Big data* – grandes poços de dados que podem ser capturados, comunicados, agregados, armazenados e analisados – é agora parte de cada setor e função da economia global.

E refletem acerca das consequências desse panorama nos seguintes termos:

Ao utilizar a internet para comparar preços de produtos de diferentes, ler notícias em jornais, se informar sobre doenças, pesquisar locais para suas próximas férias, realizar *check-in* num restaurante ou simplesmente para trocar e-mails, um usuário comum está fornecendo rastros digitalizados que, quando interpretados, podem gerar um perfil complexo de suas preferências, hábitos e até planos para o futuro. A partir da leitura das atividades citadas, é possível compreender, por exemplo, quais são os assuntos de maior interesse desse usuário, como está sua saúde atualmente, qual sua disponibilidade de gastos para viagens, qual o seu tipo de comida preferido, enfim, um diagnóstico bastante detalhado e personalizado (LIMA; CALAZANS, 2013, p. 4).

Maike Wile dos Santos (2017) vai além e conclui que o “*big data* é mais que um emaranhado de dados, pois é essencialmente relacional”. E acrescenta: “precisamos compreender que o *big data*

somos nós”³. Tratar as questões sob essa perspectiva ganha um tom confessional, especialmente tendo por referência as relações de consumo e é nesse sentido que ganha extrema relevância as reflexões de Rebecca Lemov (2016) que diretamente inspiraram Santos, ao afirmar: “*big data is people!*”. A autora, em tom de verdadeiro manifesto, chama atenção para a necessidade do reconhecimento de que “a soma do fluxo de nossos cliques não é uma medida objetiva de quem somos, mas sim, um retrato pessoal de nossas esperanças e desejos”⁴. Nessa medida o “*big data*”, em verdade, é “pequeno, pessoal e verdadeiramente humano” (LEMOV, 2016).

A perspectiva lançada pela autora nos interessa diretamente, na medida que o foco do presente trabalho é a relação de consumo, francamente impactada pela inovação tecnológica e pelo uso indiscriminado de dados. Racionalmente, a autora lança seu olhar sobre o controle desses dados, seu uso indiscriminado e seus reais controladores, pontificando:

Em um recente relatório sobre ‘*big data*’, a Casa Branca concluiu: ‘a trajetória tecnológica, todavia, é clara: cada vez mais e mais dados serão gerados sobre indivíduos e permanecerão sob o controle de outros’. Ao se tentar entender

3 E pondera: “Dizer que o *big data* somos nós tem dois sentidos: o primeiro, ele é constituído por nossas ações — nossos *likes*, nossos *clicks*, nosso comportamento; o segundo, ele influencia a maneira como construímos nossa identidade — e se torna mais relevante conforme as fronteiras entre o real e o virtual vão se tornando mais tênues — e deixando de existir. A ideia de autodeterminação informativa, princípio basilar em matéria de proteção de dados, é justamente empoderar as pessoas em relação aos seus próprios dados. É intuitivo imaginar um conjunto de dados como algo objetivo, frio, sem qualquer humanidade. O *big data* não é nada disso. Se as pessoas tivessem consciência de que os dados coletados são constituídos pelo que elas são, talvez não abrissem mão deles tão facilmente” (SANTOS, 2017).

4 Tradução livre do original, “*The sum of our clickstreams is not an objective measure of who we are, but a personal portrait of our hopes and desires*”.

as ramificações da trajetória do ‘*big data*’, argumento: mais uma vez, é necessário ter em mente que os dados não só são gerados sobre os indivíduos, mas também **feito de** indivíduos. É um dado humano (LEMOV, 2016) (grifo no original)⁵.

O trecho acima trasladado reconhece os influxos do tema. Fala do número incalculável de dados gerados, a responsabilidade dos usuários na produção desses dados que, no fim das contas, são de propriedade dos grandes “barões dos dados” (Facebook, Google, Amazon, Apple e Microsoft)⁶, que tem, repetidamente falhado na proteção dos mesmos. Os riscos de tais falhas levam à reflexão do capítulo seguinte a despeito do direito de personalidade e as ofensas ao nome, à honra, imagem e intimidade.

Afora isso, no contexto de uma relação de consumo, atente-se para os influxos que a mesma venha sofrer quanto a eventuais ofensas à liberdade de escolha do consumidor. Atente-se ainda igualmente, para possíveis excessos regulatórios (ditos protetivos) diante dessas tecnologias disruptivas e a citada liberdade de escolha. Há uma clara tendência de que tais inovações sejam imediatamente

5 Tradução livre do original: “A recent White House report on ‘big data’ concluded: ‘The technological trajectory, however, is clear: more and more data will be generated about individuals and will persist under the control of others.’ When trying to understand the ramifications of this big-data trajectory, I argue, it is necessary again to bear in mind that the data is not only generated about individuals but also *made out of* individuals. It is human data”.

6 Do inglês “*data barons*”, segundo artigo de Martin Giles, intitulado “It’s time to rein in the data barons”. In: *MIT Review*. 19 Jun. 2018. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/611425/its-time-to-rein-in-the-data-barons/>. Consulta em 27 set. 2018.

objeto de regulação, o que pode descaracterizar o serviço conforme inicialmente concebido e inviabilizar a escolha do consumidor⁷.

A liberdade na esfera consumerista, deriva, da lógica da ação⁸. Tendo por referência o texto constitucional, rico em referências a tal princípio (inciso IV, art. 1º; inciso I, art. 3º; incisos IV, IV, IX e LIV do art. 5º e; art. 170), adverte Rizzato Nunes (2015, p. 65): “Em relação ao consumidor, a liberdade que o texto lhe garante é o objetivo da República, ou seja, o Estado brasileiro tem entre seus objetivos o de assegurar que a sociedade seja livre. Isso significa que, concretamente, no meio social, dentre as várias ações possíveis, a da pessoa designada como consumidora deve ser livre”.

Alerte-se, todavia, conforme também adverte citado autor, para os limites da liberdade na relação consumerista, na medida que deve as escolhas do consumidor estão limitadas àquilo que lhe é oferecido, como consequência de que “(...) o Estado deverá intervir quer na produção, quer na distribuição de produtos e serviços, não só para garantir essa liberdade mas também para regular aqueles bens que, essenciais às pessoas, elas não possam adquirir por falta da capacidade de escolha” (NUNES, 2015, p. 6).

Isabella Souto (2014), tratando especificamente a respeito da autorização para comercialização de medicamentos apresenta um contraponto a respeito dos limites à liberdade do consumidor, pensando a mesma sob o ponto de vista da necessidade e afirmando: “A liberdade de escolha do consumidor não pode ser limitada a uma soberania do poder público em limitar o que pode ou não ser

7 No caso *Uber* tal afirmação ganha exemplo. Existe a tendência, em muitos lugares já concretizada, de se regular o serviço, na medida em que tal modelo de negócio encontra resistência nos modelos tradicionais de transporte. De modo a se conter os ânimos, corre-se o risco de imprimir ao negócio conduzido pelo *Uber*, características tais que inviabilizem seu fio de inovação, comprometendo a escolha do consumidor que deixa de ter a própria opção de escolher entre os serviços postos a sua disposição.

8 Conforme leciona Rizzato Nunes (2015, p. 64): “A nós interessa apenas alguns aspectos, especialmente os ligados à liberdade de ação: de o consumidor agir e escolher e de o fornecedor empreender”.

comercializado, principalmente quando se trata de saúde pública. Algumas doenças são misteriosas ao conhecimento humano e as curas são inúmeras. Mesmo que se trate de uma proteção ao consumidor e depende de estudo prévio para a aprovação de produtos e medicamentos, alguns casos devem ser analisados de forma maleável, equilibrando a necessidade do consumidor e a proteção do interesse social”.

Nesses termos, há de se concluir, preliminarmente que, acima de tudo, deve prevalecer a razoabilidade e a ponderação, em especial nas questões a envolverem as inovações tecnológicas que hoje inundam a vida do consumidor. Em outras palavras, a proporcionalidade deve ser considerada ante o viés regulatório da matéria e a liberdade de escolha dos consumidores ante a novidade.

De todo modo, tenha-se em mente, a zona limítrofe que, a nosso ver, ditará o caminho das questões que envolvam consumidores e novas tecnologias: a dignidade humana. Desta feita, contextualiza-se a liberdade de escolha sob a ótica dos direitos humanos de terceira geração, em sendo: “o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana” (MORAES, 2002, p. 24).

Sob essa perspectiva e feitas as devidas contextualizações no presente tópico a respeito das inovações tecnológicas que causam impacto na relação consumerista, bem como do reconhecimento da tendência de se buscar um viés regulatório para tais tendências e os riscos de sua ingerência na liberdade de escolha do consumidor, nos ocupamos na sequência de pensar o limite que tais inovações devem encontrar, em nome da preservação do núcleo de sua personalidade.

3. O direito de personalidade como limite na proteção do consumidor cativo

A grande evolução e as novidades tecnológicas, devem caminhar lado a lado aos institutos que protegem o consumidor, que por vezes é sempre o primeiro a se envolver com os aspectos positivos das tecnologias, ao mesmo tempo em que se evidencia ainda mais, sua posição de vulnerabilidade e/ou hipossuficiência. A vulnerabilidade é um tema caro em matéria consumerista e ganha novos contornos frente às novas tecnologias. Na construção de uma “vulnerabilidade digital”, reitera-se o aprofundamento de já reconhecidas vulnerabilidades, tais como a vulnerabilidade informacional⁹, vez que no cenário descrito até aqui, existe um enorme déficit informacional entre consumidores e plataformas digitais.

Nessa medida surge o conceito de consumidor cativo, conforme apontado por Cláudia Lima Marques e Guilherme Mucelin (2022), nos seguintes termos:

9 “Posto de outra forma, a falta e/ou o excesso de informação se constituem em novos riscos, cujos teores serão preenchidos em acordo com o bem de consumo em si considerado, com as características próprias de determinada relação ou do próprio contrato. Informar significa colaborar, compartilhar, tornar comum, situar e, como consequência, empoderar o consumidor para que sua vontade seja realmente refletida acerca das decisões de consumo: é uma forma de manutenção e de criação de confiança e é alicerçada na boa-fé objetiva e na transparência que deve reger as relações de consumo – é uma forma de responsabilidade e de responsabilização” (MARQUES, MUCELIN, 2022, p. 16).

Outro possível enfoque para a vulnerabilidade digital se relaciona com a situação de dependência/catividade em relação à manutenção ou ao acesso a determinado serviço ou a produto inteligente prestado e oferecido por plataformas, que se pode considerar como uma condição, na análise de cada caso, para a fruição plena da vida e de autorrealização na sociedade contemporânea. Como afirmamos, nesses contratos de trato sucessivo a relação é movida pela busca de uma segurança, pela busca de uma futura prestação, status ou de determinada qualidade nos serviços, o que reduz o consumidor a uma posição de ‘cativo’ – cliente do fornecedor e de seu grupo de colaboradores ou agentes econômicos. A posição de dependência de ‘catividade’ só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, em que determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e a sua família ‘status’, ‘segurança’, ‘crédito renovado’, ‘escola ou formação universitária certa e qualificada’, ‘moradia assegurada’, ‘lazer’ ou mesmo ‘saúde’ ou ‘informação’ no futuro (MARQUES, MUCELIN, 2022, p. 16).

A catividade, um traço nitidamente construído nas bases da denominada “internet do comportamento” (*Internet of Behaviour*), pautado no caráter psicológico-comportamental-irracional dos consumidores, nasce, nas palavras de Paulo Valério Dal Pai de Moraes (2009), da “vulnerabilidade neuropsicológica”. Para citado autor, “a reiteração e enorme gama de dados também possui a capacidade de confundir, estimular determinadas reações e, em alguns casos, inclusive alienar os mais vulneráveis, cujo resultado poderá ser até mesmo a incorreta tomada de decisão” (MORAES, 2009, p. 166). Mecanismos de marketing altamente personalizados, via plataformas digitais, fazem com que o consumidor tenha uma experiência

individualizada e se sinta especial, tendo toda uma atenção altamente perfilizada, alimentando uma cadeia mercadológica comportamental como nunca se viu.

Outro componente que contribui para a catividade do consumidor é a estratégia utilizada pelas plataformas denominada de “gamificação”. Conforme apontado por Cláudia Lima Marques e Guilherme Mucelin (2022), “a gamificação permite intensificar o tempo de permanência e de atenção de seus usuários por meio de experiências envolventes, utilizando-se de princípios de design de jogos inclusive para a tomada de decisão, como narrativas, senso de comunidade, recompensas, reputação, reconhecimento e punição. Tal se dá com o fim de induzir um comportamento (pré)estipulado por programação, potencialmente manipulando comportamentos e minando a autonomia da vontade: torna-se possível que, por meio da exploração da vulnerabilidade digital, aliada à técnica e à informacional, impositiva de certo grau de alienação do participante, sejam tomadas decisões direcionadas/influenciadas pela plataforma” (MARQUES, MUCELIN, 2022, p. 22).

Diante desse ambiente verdadeiramente “inóspito”, onde a vontade e a escolha parecem ficar em segundo plano, percebe-se que não há como avançar nas reflexões a respeito das novas tecnologias, sem enfrentá-la sob a perspectiva dos direitos da personalidade, a fim de que reste inabalada a própria dignidade do consumidor, protegendo-o como pessoa humana e limitando a ingerência da chamada “Inovação Tecnológica Disruptiva” (CHRISTENSEN, 1995).

Nessa lógica expõe, com sagacidade, Bittar (2006, p. 47):

Com efeito, a ascensão à era da informação alcançada graças ao extraordinário avanço das técnicas de comunicação - se, de um lado, vem contribuindo para o desenvolvimento geral da civilização, tem de outro, imposto inúmeros sacrifícios aos interesses das pessoas, pelas constantes invasões à privacidade e pelo devassamento de dados particulares, através dos diferentes sistemas de registros e de informações postos à disposição do mundo negocial.

Não se pretende aqui rejeitar as novas tecnologias e todas as benesses que as mesmas agregam ao dia a dia de seus usuários. Também não é o caso de se ignorar o caráter patrimonial presente em quase todas as relações jurídicas. Todavia, não pode haver retrocesso e o retorno ao tempo em que o patrimônio era o elemento central no direito, e que a pessoa humana era, por vezes, deixada de lado. E é nesse sentido que nos instrui Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 181) na seguinte afirmação: “negar ou esvaziar os direitos da personalidade é atentar contra os pilares da ordem jurídica interna e supranacional”.

Cumpra trazer, mesmo que de forma acanhada, e já reconhecendo a heterogeneidade que esse assunto vem sendo tratado na doutrina, o termo “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, apesar de se localizarem em posições normativas geograficamente distintas (leia-se, o primeiro termo possui um caráter internacional, enquanto o segundo está na esfera de um determinado Estado), fato é que ambas terminologias têm como propósito assegurar os direitos naturais do homem e aqueles inerentes a dignidade da pessoa humana.

Assim, com o exposto anteriormente, podemos concluir que o direito da personalidade nada mais é que um direito fundamental e, por conseguinte, um direito humano. Assim leciona Amaral (2003, p. 257):

Cabe destacar que os direitos da personalidade surgiram nos textos fundamentais como direitos naturais ou direitos inatos, que se denominam inicialmente direitos humanos assim compreendidos os direitos inerentes ao homem. Alguns desses direitos humanos são positivados nos textos constitucionais, passando a chamar-se direitos fundamentais, como objetivo de especial garantia em face do Estado. Os direitos fundamentais seriam um núcleo ou círculo mais restrito de direitos humanos especialmente protegidos pela Constituição.

Nessa perspectiva rememore-se o prenunciado pelo artigo 11 do Código Civil/2002, ao dizer: “(...) os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer *limitação voluntária* (grifo nosso)”.

E é assim porque o direito a personalidade é inato a toda a pessoa, e se constitui como uma condição para se viver com dignidade. Nas palavras de Bittar (2006, p. 6) “são, pois, direitos essenciais, que formam a medula da personalidade”. Nesses termos os direitos da personalidade, protegem os bens jurídicos fundamentais, como a vida, integridade física, imagem, nome, privacidade, entre outros.

Em explicação pertinente, Borges (2007, p. 16) diz haver dois pressupostos para existir o direito da personalidade: o primeiro para garantir o mínimo existencial e dessa forma fazer valer o princípio da dignidade da pessoa humana e o segundo está relacionada a historicidade e subjetividade da pessoa humana. Ora, o direito da personalidade desenvolveu-se por sucessivas conquistas históricas, e exatamente por isso devemos não só valorizá-lo, mas também protegê-lo.

O direito à privacidade, ou como muitos denominam na doutrina como direito à intimidade, é espécie do gênero direitos da personalidade, está mecanicamente ligado a proteção da personalidade humana contra invasões e intervenções alheias.

Previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988¹⁰, esse direito garante não só a não exposição do indivíduo, mas também e sobretudo, que não chegue a terceiros a ciência de elementos guardado ao seu titular. Limita-se assim, a intromissão de alguém na vida privada – e em outros elementos como a família, atividades negociais, lazer, lar, correspondências – de uma pessoa.

10 Art. 5º, X CF: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Cumpra esclarecer que não se pode considerar o direito da personalidade, e especialmente o direito à privacidade, um direito absoluto. E se assim o fosse, ele seria improdutivo para toda a população, principalmente nos dias de hoje com o crescimento das técnicas de comunicação, redes sociais, aplicativos, onde cada vez mais a exposição e as “curiosidades públicas”¹¹ são regra, e não exceção.

É custoso demarcarmos os níveis de privacidade que devem ser respeitados, mas o que ocorre no momento atual, é que a sociedade não está disposta, em certos casos, de seus direitos, e sim, modificando-os e até mesmo extinguindo-os.

A ideia que devemos ter em mente é que, as limitações existem, ademais devam ocorrer preponderantemente em razão do interesse público, do desenvolvimento dos setores públicos e privados, entre outras situações, onde a vida privada da pessoa não é sacrificada indevidamente.

Ora, o que se está querendo dizer é que, no caso *Uber* que inspira o presente estudo, não haveria uma razão preponderante para a coleta de dados de seus usuários, uma vez que, estando bêbados ou não, já estariam utilizando os seus serviços, e assim, a segurança dos clientes – objetivo que o referido aplicativo usou para elaborar essa nova tecnologia - já estaria sendo zelada.

E nesse mesmo ponto de vista, reitera Vasconcelos (2006, p. 82) “é ilícita a agressão à privacidade quando o interesse que a impulsiona seja eticamente pouco relevante como o simples interesse de lucro (...)”.

Ante todas essas premissas, reforce-se a perspectiva real de privacidade que deve ser alimentada, segundo lição de Marcel Leonardi: “Isso significa que não se deve entender a tutela da privacidade como a proteção exclusiva de um indivíduo, mas sim como uma proteção necessária para a manutenção da estrutura social. A privacidade não é valiosa apenas para a vida privada de cada

11 Expressão usada por Bittar (2006, p.112).

indivíduo, mas também para a vida pública e comunitária. Como destaca Gustavo Tepedino, o direito à privacidade consiste em tutela indispensável ao exercício da cidadania” (LEONARDI, 2012, p. 122). Reitere-se assim, o compromisso dos fornecedores de produtos e serviços inovadores para com a proteção da privacidade de seus consumidores.

Diante desse cenário, não pode ser ignorada a preocupação que se deve ter com a segurança e proteção dos dados que, como vimos, encontra-se hoje, a um clique de distância. Nessa medida, cite-se a reflexão de Mendes (2015, p. 275/276), nos seguintes termos:

É preciso utilizar a própria tecnologia para efetivar a proteção da privacidade e da proteção de dados pessoais. É nesse sentido que se inserem as mais recentes propostas relativas à *privacy by default* e *privacy by design*, apresentadas no âmbito da ampla reformado marco normativo europeu de proteção de dados pessoais. Enquanto o conceito de *privacy by design* diz respeito à necessidade de que os sistemas informáticos sejam desenvolvidos, desde a sua concepção, de modo a respeitar as normas vigentes, impedindo tecnicamente a realização de condutas ditas ilegais, *privacy by default* designa a possibilidade de que o sistema destinado ao usuário final já venha programado, em um modo padrão, que garanta a privacidade e a proteção de dados pessoais.

Nessa medida, encerram-se as reflexões do presente capítulo, tendo-se por referência a importância de se refletir o papel daqueles de cada um dos atores da relação de consumo na proteção dos dados e por consequência, da proteção à intimidade. No capítulo seguinte, lança-se um breve olhar sobre o microsistema de proteção de dados e seu papel na condução de uma relação o mais transparente e protetiva possível.

4. O microssistema de proteção de dados pessoais: será suficiente?

Perez-Luño (2012, p. 22) contextualiza muito bem o cenário com o qual nos deparamos:

No plano das relações inter-humanas a potencialidade das modernas tecnologias da informação e da comunicação (TIC) permitiu, pela primeira vez, estabelecer comunicações em escala planetária. As novas tecnologias (NT) possibilitaram que os seres humanos do nosso tempo pudessem estabelecer uma comunicação sem limites no espaço, sem limites nas pessoas e tempo real. Internet constitui a grande revolução do nosso tempo e seus efeitos se projetam também na esfera das liberdades¹².

Nessa dinâmica comunicacional surgem peculiaridades de modo que nesse processo de interação, os consumidores da internet também são seus produtores, sendo igualmente fornecedores de conteúdo (CASTELLS, 2007, p. 439). Nesse processo de produção de conteúdo, os usuários da internet também inserem seus dados pessoais, que acabam utilizados sem limites pelas empresas

12 Em livre tradução do original: *“En el plano de las relaciones inter-humanas la potencialidad de las modernas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ha permitido, por vez primera, establecer unas comunicaciones a escala planetaria. Las nuevas tecnologías (NT) han possibilitado que los seres humanos de nuestro tiempo puedan establecer una comunicación sin límites en el espacio, sin límites en las personas y tiempo real. Internet constituye la gran revolución de nuestro tiempo y sus efectos se proyectan también en la esfera de las libertades”*.

responsáveis pelo trânsito desses dados. É nesse ponto que se acendem as luzes de alerta. É sob esse aspecto que ocorrem as violações à privacidade e, portanto, às liberdades.

As inovações tecnológicas, como vimos, acumulam um número incalculável de informações (*big data*)¹³, daí a preocupação recorrente encontrada na presente pesquisa, quanto a privacidade e proteção dos dados pessoais dos usuários. Este capítulo surge, especialmente, para analisar como o legislativo brasileiro vem se posicionando a respeito da proteção dos dados pessoais nesse universo de fluxo contínuo de informações. Daí a necessidade de se traçar um panorama a respeito do microsistema de proteção de dados e seus caminhos de desenvolvimento.

Nesse sentido, deve-se entender como “dados pessoais”, as informações relacionadas “a pessoa viva identificada e identificável”, ou seja, um conjunto de informações que levam a identificação de uma pessoa. Como exemplo, cite-se: (i) nome e apelido, (ii) endereço residencial, (iii) endereço eletrônico, (iv) dados de localização dentre outros¹⁴.

Surgem os questionamentos: terceiros podem livremente ter acesso à essas informações? Qual o limite e o acesso a dados no

13 Não custa rememorar os ensinamentos de Eduardo Magrani (2018, p. 22) que pontifica: “Todos os dias, ‘coisas’ se conectam à internet com capacidade para compartilhar, processar, armazenar e analisar um volume enorme de dados entre si. Essa prática é o que une o conceito de IoT ao de *big data*. *Big data* é um termo em evolução que descreve qualquer quantidade volumosa de dados estruturados, semiestruturados ou não estruturados que têm o potencial de ser explorados para obter informações. A primeira propriedade envolvendo *big data* consiste no volume crescente de dados. Pesquisa recente da Cisco estima que, nos próximos anos, a medida em gigabytes será superada e o cálculo da quantidade de dados será feito na ordem *zettabyte* e até em *yottabyte*”.

14 Conforme conceito sugerido pela Comissão Europeia no Parecer n. 4/2007 do Grupo de Trabalho de Proteção de Dados do artigo 29, sobre o conceito de dados pessoais. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_pt. Consulta em: Setembro 2018.

fluxo incessante de dados na rede mundial de computadores – *internet*?

Como muito bem explicitado por Luiz Ernani Bonesso de Araújo e Larissa Nunes Cavalhero (2014, p. 214), apresenta-se uma tentativa de resposta:

Garantir a privacidade do usuário traz consigo o questionamento acerca da legitimidade do titular dos dados pessoais, quanto à proteção dos mesmos contra qualquer ingerência externa. Tal legitimação se dá, a partir do conjunto dos seus dados, como nome, características físicas, idade, gostos e preferências, que constroem sua personalidade, sendo estas informações a identificação de uma determinada pessoa. Disso se depreende a visão de mundo de cada indivíduo, relacionando-o com o seu meio exterior e possibilitando a construção de novos conceitos do mundo e de si.

Nesse panorama, surge ainda, como temos insistido, o questionamento acerca do papel estatal na regulação dessas relações.

A Constituição Federal deixa claro em seu artigo 5º inciso X a proteção da privacidade e de dados, a saber:

Art. 5º 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 a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (destaca-se).

Não menos importante, o direito internacional possui posicionamento parecido com a legislação pátria. É o que traz a Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 12:

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Cite-se, na construção do cenário de desenvolvimento do aparato legislativo de proteção dos dados e da privacidade, o instituto do *Habeas data* (art. 5º, LXXII, CF/88), a Lei n. 12.414/2011 (Lei do cadastro positivo), a Lei n. 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), Lei n. 12.965/14 (o Marco Civil da Internet). Ainda assim, o Brasil se ressentia de possuir uma legislação específica a respeito da proteção de dados pessoais, de modo a acompanhar o cenário tecnológico atual, com a crescente onda de exploração de dados por empresas e os cada vez mais comuns vazamentos desses dados.

Nesse cenário (e com considerável atraso se comparado a outros países da própria América do Sul), no dia 14 de agosto de 2018 foi sancionada pelo Presidente da República, a Lei n. 13.709, a regulamentar o uso, a proteção e a transferência de dados pessoais. Considera-se “dado pessoal”, nos termos de referida norma, a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (inciso I, art. 5º) e por “dado pessoal sensível”, o “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado

genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (inciso II, art. 5º).

A lei supra traz mudanças relevantes, haja vista que nem empresas nem o governo brasileiro poderão ter acesso a qualquer dado pessoal sem a expressa anuência de seu titular, de tal modo que, em seu artigo 1º, deixa claro seu compromisso em primar pela proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Mesmo não sendo o principal escopo do presente trabalho, cite-se, ao que se refere a transferência de dados pessoais, a inteligência de seu art. 33 e seus incisos sobre a permissão para transferência de dados para outro país. Nessa medida, destacam-se duas hipóteses: quando o país ou organismo internacional de destino tiverem grau de proteção de dados pessoais que se adequem aos ditames da Lei n. 13.709/2018. E, no caso de empresa que receber os dados, que a mesma garanta e cumpra para com os mesmos princípios estabelecidos pela lei pátria. Nesse universo ganham destaque a necessidade da construção de uma governança de dados, apta a desenvolver um design que mitigue danos e evite ofensas a direitos fundamentais/personalidade.

A promulgação da Lei 13.709/2018 é decerto de suma importância para o cenário atual, a demonstrar o nível de seriedade e importância do país na proteção das liberdades, de modo a servir como instrumento a permear relações mais transparentes e menos abusivas.

5. Considerações finais

O presente estudo pretendeu uma reflexão sobre as inovações tecnológicas e seus impactos na relação de consumo, seja como instrumento facilitador e agregador da vida do consumidor, seja como o “portal” para violação de princípios e direitos basilares da relação consumerista.

Pretendeu-se ainda, um breve olhar sobre a o microsistema de proteção de dados e seu papel na regulação do incessante fluxo de dados que a tecnologia comunicacional produz. O foco na atualidade é na construção de uma governança de dados por parte de todos os agentes que estejam envolvidos com o ciclo de dados. A legislação brasileira de dados (Lei n. 13.709 é relativamente atual (14 de agosto de 2018) e encontra-se em estágio de implementação, no que muitas das respostas a supostas invasões à privacidade e ofensas aos direitos de personalidade vêm sendo dadas pelo sistema de defesa do consumidor. Ao longo desse período muito será discutido e muitas reflexões serão feitas a despeito dos limites impostos pela lei e a preocupação com a segurança dos dados. Haverá de se refletir, sobretudo, na relação fornecedores – consumidores e na responsabilidade de cada um sobre os dados que alimentam essa dinâmica e a proteção dos mesmos.

O momento é de alerta para possíveis violações à privacidade. O vazamento de grande volume de dados e o comprometimento de informações de usuários é recorrente, com direta ofensa à privacidade dos envolvidos. É de vital importância que o desenho das plataformas e de novos produtos e serviços levem em consideração os riscos dessas eventuais violações e se construam de modo a evitá-las.

Encontrar o equilíbrio entre a necessidade de regular as inovações tecnológicas, de modo a se proteger o consumidor, ao mesmo tempo que isso possa limitar sensivelmente a liberdade e mesmo disponibilidade do produto ou serviço colocado a sua disposição, é o grande desafio na atualidade. Agregar os avanços da tecnologia sem as suas consequências danosa, deverá ser a meta a ser alcançada por todos aqueles envolvidos na relação consumerista.

Nos encontramos bem no centro de toda essa evolução (tecnológica e legislativa) que, focada na relação entre homem e máquina, deve buscar acima de tudo, transformar o mundo em um lugar melhor para se viver, com práticas inclusivas, democráticas e que a liberdade desse consumidor tão dependente das redes, seja reflexão de primeiro plano.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; CAVALHEIRO, Larissa Nunes. “A proteção de dados pessoais na sociedade informacional brasileira: o direito fundamental a privacidade entre a autorregulação das empresas e a regulação protetiva do internauta”, *Revista do Direito Público*, Londrina, v.9, n.1, p.209-226, jan./abr.2014.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro. *Manual de Direito Civil: Introdução e Parte Geral*. 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BRIGGS, A.; BURKE, P. *Uma história, social da mídia: de Gutemberg à Internet*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação – economia, sociedade e cultura*. vol. 1, 10 ed. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

DUARTE, F. *Crise das matrizes espaciais*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

CHRISTENSEN, Clayton. *O dilema da inovação*. São Paulo: M.Books, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

GARCIA, Enéas Costa. *Direito Geral da Personalidade no Sistema Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

GILES, Martin. “It’s time to rein in the data barons”. In: *MIT Review*. 19 Jun. 2018. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/611425/its-time-to-rein-in-the-data-barons/>. Consulta em 27 set. 2018.

GRASSEGGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. “The data that turned the world upside down”. *Motherboard*, 28 jan. 2017.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEMOS, André. *Cibercultura e mobilidade: a era da conexão*. In: XXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Rio de Janeiro/RJ, 2005. Disponível em: << <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2005/resumos/r1465-1.pdf>>> Acesso em: 03 de out. 2018.

LEMOV, Rebecca. “Big Data is people!”. *AEON*. Disponível em: <https://aeon.co/essays/why-big-data-is-actually-small-personal-and-very-human>. Consulta em: 10 Outubro 2018.

LIMA, Cecília Almeida Rodrigues; CALAZANS, Janaina de Holanda Costa. “Pegadas digitais: ‘Big data’ e informação estratégica sobre o consumidor”. *SimSocial* – Simpósio em

tecnologias digitais e sociabilidade. Salvador, 2013. Disponível em:

file:///D:/Documentos/ARTIGOS%202018/BIG%20DATA.pdf.

Consulta em: 12 Outubro 2018.

MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

MANYIKA, James; CHUI, Michael; BROWN, Brad. *Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*. McKinsey Global Institute, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima.; MUCELIN, Guilherme. Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. *civilistica.com*, v. 11, n. 3, p. 1-30, 25 dez. 2022.

MENDES, Laura Schertel. “Segurança da informação, proteção de dados pessoais e confiança: uma perspectiva comparada”. *Direito Privado, Constituição e Fronteiras*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, na oferta, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PEREZ-LUÑO. Antonio-Enrique. *Los derechos humanos em la sociedade tecnológica*. Madrid: Editorial Universitas, 2012.

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Maíke Wile dos. “O big data somos nós: a humanidade de nossos dados”. *Jota*, 16 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Tradução de Maria Sílvia Possas. Coleção Os Economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SOUTO, Isabella. *A liberdade de escolha do consumidor em O Clube de Compras Dallas*. Disponível em: <https://isabellateresa.jusbrasil.com.br/artigos/193922535/a-liberdade-de-escolha-do-consumidor-em-o-clube-de-compras-dallas>. Consulta em: 11 Outubro 2018.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TORRES, Ricardo Lobato. *A “inovação” na teoria econômica: uma revisão*. Disponível em: http://www.apec.unesc.net/VI_EEC/sesoes_tematicas/Tema6-Tecnologia%20e%20Inova%C3%A7ao/Artigo-3-Autoria.pdf. Acesso em: 02 out. 2018.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

11

TRIBUTAÇÃO E CONSUMO: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS SOBRE PRODUTOS PARA CORPOS GORDOS NA PLATAFORMA SHEIN.

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.11>

João Vítor Martin Corrêa Siqueira¹

Victória Cássia Mozaner²

-
- 1 Bacharel e Mestrando em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR e Pesquisador de Direito da Moda pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (CNPq) .
 - 2 Advogada. Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Bolsista Capas de 2023 á 2026. Mestre em Direito na Era Digital pelo Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha (UNIVEM). Pós Graduanda em Direito Constitucional pelo Complexo Educacional Renado Saraiva (CERS). Especialização em Pós em Advocacia em Direito dos Contratos, execução contratual e responsabilidade cvil pela instituição LEGALE institucional.

RESUMO

O presente estudo aborda a relação entre tributação e consumo, com objetivo específico na indústria de moda e no varejo online, utilizando a plataforma Shein como estudo de caso. Particularmente, examina-se como a tributação afeta a disponibilidade, preço e acessibilidade de produtos destinados a corpos gordos nessa plataforma, bem como fomenta a pirataria de produtos para corpos fora dos padrões impostos pela sociedade. O presente estudo fará uma abordagem incisiva sobre a desigualdade, passando pela tributação e pirataria. A metodologia utilizada é o método hipotético dedutivo com análise em referências bibliográficas e análise de caso.

Palavras-chave: Tributação e Moda. Consumo. Desigualdade de Acesso. Pirataria

1. Introdução

A sociedade contemporânea vivencia um cenário no qual as práticas de consumo são fortemente influenciadas pela dinâmica do comércio eletrônico, proporcionando acesso facilitado a uma variedade de produtos e serviços. No entanto, essa praticidade também traz consigo uma série de desafios e questões que merecem atenção, entre eles, a tributação sobre produtos destinados a segmentos específicos, como os direcionados a corpos com características consideradas fora dos padrões convencionais de beleza.

No âmbito dessa discussão, a presente pesquisa propõe uma análise aprofundada dos impactos da tributação sobre produtos para corpos gordos disponíveis nas plataformas virtuais. A Shein, reconhecida internacionalmente como uma das maiores varejistas online de moda, tem desempenhado um papel significativo na democratização do acesso à moda, oferecendo uma ampla gama de produtos a consumidores globalmente. Contudo, surge a necessidade de compreender como a tributação desses produtos pode afetar

diretamente os consumidores pertencentes a essa categoria específica.

A escolha de focar nesta plataforma não é arbitrária; a Shein é conhecida por sua abordagem inclusiva, abraçando uma diversidade de tamanhos e estilos. Portanto, examinar os efeitos da tributação sobre produtos destinados a corpos gordos na Shein proporciona *insights* valiosos sobre a relação entre políticas fiscais e o acesso equitativo a bens de consumo para uma variedade de corpos.

Portanto, visando lançar luz sobre os mecanismos e as consequências da tributação sobre produtos específicos para corpos gordos, explorando de que maneira essas políticas podem prejudicar o acesso e a escolha dos consumidores, bem como impactar o cenário da moda inclusiva.

De acordo com a metodologia de estudo para a presente pode ser estruturada de maneira abrangente, considerando aspectos quantitativos e qualitativos. Desde estudos de casos específicos a análise de dados documentais e bibliográficos sobre o tema em questão.

Por isso, ao analisar esta plataforma observa-se como as relações de consumo afetam diretamente o senso de pertencimento dos grupos segmentados pela sociedade. Vê-se que as discussões perante a sustentabilidade e formas menos danosas de consumo e movimentação de mercado, não contradizem com o fato que a distribuição de roupas plus para o público gordo sempre fora negado por não serem pertencentes aos padrões de beleza é um fator de desigualdade social. Portanto, a plataforma em questão possibilitou o acesso ao estilo e a expressão individual que a moda produz perante a cada indivíduo e a sua tributação dificulta estes indivíduos ao acesso, e o estudo entre as intersecções entre as relações de consumo e o senso de pertencimento e o senso de sociedade, por isso, devem suscitar respostas ao estímulo em que o mercado impulsiona diariamente sobre os consumidores.

2. Entre o acesso e as vulnerabilidades, a moda como um veículo de inserção social

É fato que o ser humano é um ser gregário, a busca por se comunicar marca a civilização na busca por se interagir com os demais de sua espécie, e principalmente se fazer entender, a linguagem abrange diversos tipos de formas, a oral, escrita e o que nos traz ao presente estudo, a linguagem através dos códigos de vestimenta.

Com o avanço da civilização o ser humano buscou métodos de separação entre as diferentes hierarquias, posições sociais e financeiras, destaca-se que na Idade Média, a nobreza usava trajes vermelhos, os camponeses usavam majoritariamente marrom e cinza, enquanto mercadores e banqueiros usavam verde. Logo na Roma antiga, o roxo era reservado para imperadores e magistrados. Na mesma esteira, no Século 17 com seus apenas 1,60m o grande Rei da França, Luís XV, logo ordenou que seus costureiros confeccionassem sapatos, com saltos altos na extremidade, pois não admitia que sua pequena estatura se tornasse uma forma de submissão no trono, criando assim um dos maiores símbolos de moda, o salto alto, que cotidianamente, em total contradição é uma peça marcante no vestuário feminino.

Mas ao que os recortes históricos pontuados neste presente estudo nos revelam ao debater perante o acesso. Destaca-se que para se estabelecer a conquista do acesso por muitas vezes está condiciona a falta dele, a moda para além de uma peça de vestimenta, sejam para o corpo ou para os pés, como também os acessórios que englobam toda a conjunção do status, se tornou mais que uma utilidade, mas sim um instrumento de desejo. De fato, a construção de um imaginário de potência e poder nos dias atuais está estritamente

condicionada à como o indivíduo se veste e, portanto, como ele se porta perante aos cenários de inserção social.

Deste modo, a presente questão se faz relevante para esta discussão, a onde são alocados os corpos gordos ou plus nesta toada? Deve-se atentar para longe da discussão que envolve a romantização da obesidade ou a como estes indivíduos chegaram ao peso que se encontram, o ponto central é, que estes existem e são merecedores de acesso a esta inserção social por meio da cadeia produtiva da moda.

Para além das cores, a pontuação é perante o tamanho que estas roupas são produzidas, e como a cadeia produtiva de moda se atenta para este público. Vê-se que como debatido anteriormente a forma em que o indivíduo se porta em sociedade é um “cartão de visitas” para que ele tenha inserção nos amplos e adversos cenários sociais. Desta forma, imagine-se que um candidato obeso se apresente para uma vaga de trabalho em um escritório, ou ambiente corporativo, sendo norma da companhia que todos os funcionários devem se vestir de terno azul marinho, camisa branca, gravata vermelha e sapatos marrons. No presente cenário, pode parecer totalmente comum para corpos magros e sem nenhuma relevância para aqueles que nunca tiveram problemas para encontrar peças em lojas de *fast fashion*, mas para os corpos gordos isto é um claro impedimento para a inserção no mercado de trabalho, pois a roupa apropriada para os corpos *plus* no olhar da moda, é a básica, o terno preto, sem muitas costuras ou pregas, com cortes totalmente retos e sem nenhuma personalidade, então possivelmente este candidato plus, estará certamente em posição de desvantagem perante aos demais.

A precarização do acesso a estes corpos desde a época moderna e cotidiana resume-se na omissão da cadeia produtiva de moda em não reconhecer que estes corpos como válidos e desejáveis. O campo do desejo no mercado de moda, pontua toda esta cadeia. Dentre os vários campos de abrangência que este presente trabalho poderia lançar luz, sobre caímos, portanto, em alguns pontuais, o consumo desenfreado na moda se reverbera ainda mais, quando se

pensa nas várias ramificações na cadeia produtiva, e os indivíduos que estão inseridos nesta empreitada de criar e alimentar o vestuário.

A precarização do trabalho de moda, a negação de direitos trabalhistas e o aguçamento de trabalhos análogos a escravidão, processos estes anteriores a “roupa” chegar as grandes lojas, são problemas ainda do cotidiano, e deve-se pensar adiante, o descarte pós uso desta peça, e a sua má administração empresarial em descartar apropriadamente os resíduos têxteis e dar o devido tratamento aos tecidos que são altamente poluentes ao meio ambiente demonstram que a cadeia em sua gestão está longe de se adequar as novas realidades de sustentabilidade, como da mesma forma, olhar para quem é este consumidor e como se comunicar com ele.

3. E-commerce de moda

Nos últimos anos, o comércio eletrônico tem experimentado um crescimento exponencial em todo o mundo, e o setor de moda não ficou para trás. No Brasil, e-commerce de moda tem se destacado como uma força significativa, transformando a maneira como os consumidores se relacionam com as tendências e marcas. Neste sentido, o presente estudo lança os seus olhares para a aderência do e-commerce de moda no Brasil, destacando os fatores que impulsionam o sucesso e as mudanças nos hábitos de consumo.

Deste modo, o mercado de consumo digital de moda no Brasil tem testemunhado um crescimento expressivo nos últimos anos. Fatores como a expansão do acesso à internet, o aumento da confiança dos consumidores online e a conveniência das compras virtuais têm contribuído para essa ascensão. Marcas tradicionais e novos players têm investido em plataformas digitais para alcançar um público mais amplo.

Neste sentido, a comunicação – ou a falta dela – com um vendedor presencial no caso em que se debruça este trabalho é primordial, pois por diversas vezes pessoas gordas ou obesas que se

dirigem a lojas físicas para realizar suas compras encontram diversos empecilhos no percurso, e por vezes, a própria venda se torna uma experiência de gordofobia e chacota. Colocando estes consumidores em posições extremamente vexatórias e ofensivas. Assim conveniência oferecida pelo e-commerce de moda é uma das razões principais para sua aderência. Os consumidores podem explorar uma vasta gama de produtos, estilos e marcas sem sair de casa. A entrega rápida e as políticas de devolução flexíveis aumentam a confiança do consumidor, eliminando as preocupações tradicionais relacionadas às compras online.

Na mesma esteira, observa-se que a aderência dos consumidores ao e-commerce de moda no Brasil está intrinsecamente ligada às mudanças nos padrões de comportamento e como este consumidor se comunica com sua compra e a sua possível aderência ao produto e se conectando a marca que deseja se integrar ou filiar. Por isso, a facilidade de encontrar uma variedade de produtos, comparar preços e ler avaliações online tem se tornado um fator determinante na tomada de decisões de compra. Além disso, as redes sociais desempenham um papel crucial, influenciando as escolhas de moda e direcionando os consumidores para as plataformas de e-commerce.

A personalização desempenha um papel crucial na aderência do e-commerce de moda no Brasil. Plataformas utilizam algoritmos inteligentes para recomendar produtos com base no histórico de compras e preferências do cliente. Além disso, a experiência do cliente é aprimorada através de interfaces amigáveis, informações detalhadas sobre produtos e serviços de atendimento ao cliente eficientes.

Vê-se que apesar do sucesso, o e-commerce de moda no Brasil também enfrenta desafios, como a competição acirrada, a segurança online e a necessidade de manter altos padrões de qualidade. No entanto, esses desafios também representam oportunidades para inovação e diferenciação, incentivando as marcas

a aprimorarem constantemente suas estratégias e oferecer experiências únicas aos consumidores.

Assim, o mercado de moda digital no Brasil está profundamente integrado à vida cotidiana dos consumidores, oferecendo uma experiência de compra moderna, conveniente e personalizada. A aderência crescente reflete a capacidade das marcas em se adaptar às demandas dos consumidores digitais e capitalizar as oportunidades oferecidas pela era digital.

3.1- Sobre a plataforma Shein

A Shein é uma plataforma de comércio eletrônico de moda que teve origem na China. Fundada em 2008 por Chris Xu, a empresa começou como uma pequena loja online focada em roupas femininas. Desde então, a Shein passou por um notável crescimento e transformação, tornando-se uma das marcas de moda online mais proeminentes e conhecidas em todo o mundo. Chris Xu fundou a Shein em 2008, inicialmente concentrando-se no mercado de moda feminina. A empresa começou modestamente, mas rapidamente demonstrou um forte apelo aos consumidores online devido à sua abordagem de moda acessível e rápida resposta às tendências.

Nos anos seguintes à sua criação, a Shein começou a expandir-se internacionalmente, ampliando sua presença para fora da China. Isso foi impulsionado por uma estratégia agressiva de marketing online e parcerias com influenciadores digitais, permitindo que a marca atingisse uma audiência global. Além de roupas femininas, a companhia se diversificou na linha de produtos para incluir uma ampla variedade de itens de moda, como roupas masculinas, acessórios, calçados e produtos de beleza. A empresa também incorporou coleções sazonais e

colaborações com designers para manter-se relevante nas últimas tendências.

A companhia investiu fortemente em tecnologia e inovação para aprimorar a experiência do usuário. Utilizando algoritmos de recomendação personalizada, a plataforma adapta-se aos gostos individuais dos usuários, sugerindo produtos com base em seu histórico de compras e navegação. Uma das características distintivas da Shein é sua capacidade de responder rapidamente às mudanças nas tendências de moda. A empresa adota um modelo de produção ágil que lhe permite lançar produtos rapidamente, muitas vezes antes de outras marcas, capitalizando as últimas modas e estilos.

A mesma se consolidou sua posição como uma das principais plataformas de moda online em todo o mundo, atendendo a uma vasta base de clientes. Sua presença global é evidente não apenas em suas operações de comércio eletrônico, mas também em sua participação ativa nas redes sociais e eventos de moda.

A plataforma Shein continua a evoluir e se adaptar às demandas do mercado de moda online, mantendo-se como uma força significativa na indústria da moda global. Seu modelo de negócios inovador e foco na experiência do cliente contribuíram para seu sucesso contínuo.

Apesar de seu sucesso, a Shein também enfrentou algumas controvérsias, incluindo críticas relacionadas às condições de trabalho em suas fábricas e questões éticas ligadas à produção de roupas extremamente acessíveis. Essas questões levantaram preocupações sobre sustentabilidade e responsabilidade social.

Mas os caminhos que nos fazem percorrer neste estudo, é a capacidade de acesso que a presente plataforma possibilitou aos consumidores, fazendo peças de até 5G, onde em lojas “comuns” de fast fashion não seria possível. Por derradeiro, a intenção deste trabalho não é omitir os outros tantos erros que esta plataforma possa estar inserida ou comprovadamente equivocada, - como as relações de trabalho que envolvem a shein e seus fornecedores, e as péssimas condições de trabalho que os seus colaboradores estão inseridos. – o que nos traz até este certame é a possibilidade de integração com vestuário que a marca proporciona a sociedade de consumo.

3.2- Desvantagens do e-commerce

Na mesma proporção em que se tornam incontestáveis as vantagens proporcionadas pelo comércio em termos de ampla disponibilidade à uma gama de produtos e serviços de diferentes marcas, também se amplia a discussão sobre uma série de desvantagens que se tornam mais expressivas em relação à determinados segmentos, sobretudo, no que diz respeito ao público *plus size*.

Reconhece-se, então, que o mercado da moda se projeta em prol das tendências que movem a sociedade, não se podendo descuidar do fato de que o escopo social acaba se revestindo de padrões que nem sempre são uniformes, ou seja, destinados para atender a diversidade de estilos e da dinâmica corporal dos indivíduos que o consolidam.

É digno, ressaltar, neste contexto, que não obstante a existência de sites específicos para a comercialização de produtos *plus size*, parte do contingente do público ao quais são destinados experimentam e/ou já experimentaram dificuldades e/ou receito de adquirir um produto que seja ideal ao seu tamanho, sobretudo, quando tomado por base o fato de que alguns produtos comercializados são importados e indicam a necessidade de se

atentar para adequação frente aos tamanhos tradicionalmente conhecidos no mercado brasileiro.

E mesmo, com a oferta da possibilidade de trocar um produto acaso ele não atenda às necessidades de um determinado consumidor, sabe-se, que existem requisitos a serem atendidos, quer sejam, diretrizes que regem as políticas de trocas, além do dispêndio de tempo de deslocamento até os locais de coleta indicados, no mais das vezes, agências da Empresa Brasileira de Correios e Telegráfos.

É possível, então, citar como uma das principais desvantagens inerentes ao público plus size, a partir do estudo desenvolvido por Zanete, Lourenço e Brito (2013), a impossibilidade de se experimentar as roupas, impedindo a escolha de uma peça de vestuário que se ajuste perfeitamente às medidas corporais do consumidor.

Sob tal prisma, reforça-se, em termos de comparativo entre uma loja física e o estabelecimento e-commerce, que existe em relação à primeira a possibilidade da consumidora experimentar uma peça, desfrutando da sensação física de que a mesma se amolda às suas necessidades, condição que não se projeta em relação ao segundo, onde diante da imagem projetada de forma virtual e as especificações fornecidas é esperado que o produto ao chegar atenda às expectativas esperadas, o que nem sempre poderá ocorrer.

Além de tais aspectos, reforça-se, a necessidade de se atentar para a qualidade dos produtos ofertados, que podem gerar prejuízos, além da gama de plataformas que anunciam produtos que nem sempre são entregues aos consumidores.

Frente a tais argumentos, evidencia-se, que:

A hipótese é de que ocorrem problemas na logística por causa da demora na entrega causada muitas vezes, pelo trânsito. Outras desvantagens consideradas estão relacionadas ao produto chegar danificado e a existência de certa insegurança por existir sites falsos que tem por objetivo enganar as pessoas (LARA; SOUZA; OLIVEIRA, 2018, p. 2).

Entende-se, diante de tais apontamentos que ao lado da versatilidade e praticidade gerada com a ampliação dos canais e-commerces, coexistem vantagens e até mesmo riscos que não podem ser deixados de lado.

A começar pelos problemas de cunho logístico, até mesmo pelo fato de que muitos produtos comercializados são importados e ao serem veiculados nas plataformas não há previsão da data de entrega, sendo que em muitos casos, a informação de que a entrega poderá se prolongar por vários meses não é apresentada ao consumidor.

Destaca-se, ainda, o grande número de sites e plataformas que oferecem produtos, até mesmo por preços inferiores ao mercado com vistas à angariar a confiança e interesse do consumidor, mas que nunca serão entregues, causando apenas insatisfação, insegurança e prejuízos financeiros, além do impacto emocional decorrente da vitimização *on line*.

Soma-se, aos aspectos tecidos, a ausência de fiscalização quanto à qualidade dos produtos ofertados no e-commerce, favorecendo a difusão da comercialização de produtos piratas, com detrimento da qualidade e da durabilidade.

Segundo Cunha (2023, p. 28) “ a pirataria na indústria da moda é um fenômeno que envolve a produção e comercialização ilegal de produtos que imitam marcas, designs e estilos protegidos por direitos autorais”.

Nota-se, pois, que a pirataria consiste um fenômeno amplo que envolve a atuação de agentes responsáveis desde a produção até a comercialização de produtos ilegais, reportando-se, ademais, como uma prática voltada à enganar o público consumidor.

Valendo-se, desta perspectiva:

Uma das principais características da pirataria na indústria da moda é a criação e comercialização de produtos falsificados que se assemelham visualmente aos originais. Essas réplicas são projetadas para enganar os consumidores, imitando marcas de luxo e designs de sucesso. Os produtos são vendidos a preços significativamente mais baixos do que os

produtos autênticos ou até mesmo com o valor aproximado ou igual a fim de enganar o consumidor. Por mais que, eventual semelhança, decorrente da falta de uma análise aprofundada do produto possa aparentar ser idêntico ao original, a qualidade inferior dos produtos piratas é outra característica marcante desse tipo de prática (CUNHA, 2023, p. 29).

É digno de destaque além da ilegalidade, o detrimento do quesito qualidade, colocando em risco a saúde e a segurança do consumidor, que no mais das vezes, não detêm o conhecimento necessário para identificar as diferenças entre o produto original e o pirata.

É dentro deste cenário que Cunha e Furlan (2023) alertam para o fato de que ante à ausência de um controle de qualidade, o mercado da pirataria está pautado no emprego de materiais de baixa qualidade, resultando em produtos que não ostentam a mesma durabilidade e acabamento dos originais, causando uma série de problemas como desgaste prematuro, costuras malfeitas e cores desbotadas, prejudicando a experiência do consumidor e gerando uma percepção negativa das marcas legítimas.

Percebe-se, então, que a movimentação do mercado da pirataria causa uma série de problemas, que afetam direta e ou indiretamente toda a sociedade.

4. TRIBUTAÇÃO E MODA

Discutir a relação entre tributação e moda remete à diferentes perspectivas, na medida em que se torna possível visualizar a incidência de impostos e taxas como base para a promoção do desenvolvimento, ao mesmo tempo em que a elevada carga tributária pode inviabilizar e absorver o poder aquisitivo do consumidor, devendo-se, atentar para o fato de que as peças de vestuário por

demandarem maiores quantidades de matéria-prima tendem a serem ofertadas por valores mais elevados.

Pereira e Alves (2023), defendem que a função social da tributação se materializa tanto pela sua função arrecadatória quanto pela extrafiscalidade.

De posse destes elementos, evidencia-se, que na mesma proporção em que o Estado se vale da tributação para custear as atividades desenvolvidas pelo aparato estatal em sua amplitude, é por meio dos valores arrecadados que se torna possível implementar políticas públicas voltadas à promoção do desenvolvimento social.

Ampliando a compreensão sobre o tema:

No paradigma do Estado Democrático de Direito contemporâneo, cabe ao Estado, dentre suas mais variadas atribuições, garantir o desenvolvimento sustentável, seja por meio de incentivos legais, seja por meio de políticas. Essa tônica envolve, essencialmente, a ideia de uma liberdade orientada ao desenvolvimento, com a promoção de garantias de igualdade equitativa entre todos os cidadãos (PEREIRA; ALVES, 2023, p. 438).

Partindo deste pressuposto, é preciso atentar para o reflexo do valor arrecadado através da tributação sobre o potencial de elaboração de políticas públicas em prol da melhoria da qualidade de vida da população, o que não isenta da necessidade de discuti-la sobre o prisma da elevada carga tributária brasileira.

Reforça-se, então, a necessidade de se discutir à acessibilidade aos produtos plus size à luz das desigualdades sociais, reconhecendo a tributação como fator que encarece o preço final ofertado ao consumidor final, que além de se deparar com dificuldades para encontrar peças que se amoldem às suas reais necessidades frente aos padrões de moda dominantes, acaba sendo condicionado pelos valores cobrados pelas empresas que visam atender tal público.

Ampliando a compreensão sobre o tema:

Partindo do princípio da escassez de projeto de moda na maioria dos produtos de vestuário, principalmente os de moda plus size, é preciso dividir em partes o entendimento das questões que atravessam esta espécie de autorização ao consumo. Isto porque o usuário de produtos plus size já encontra limitações de acesso naturalmente, por conta da padronização de corpos e de produtos pouco pensados para as suas necessidades, oferecendo dificuldade de acesso a estes. Em seguida, quando o mesmo se depara com seus desejos e necessidades atendidos, defronta-se com o alto valor destas mercadorias. Neste momento, o usuário é impelido a consumir aquilo que lhe é proposto, considerando a escassez e o acesso reduzido àquilo que almeja. O trânsito do indivíduo no mundo dos bens se materializa a partir de seus poderes econômicos, no entanto, outros fatores como gênero, características fenotípicas, corpo, bem como a sua localização geográfica, afetam as chances de ter suas demandas atendidas (VENTURA; CIPINIUK, 2021, p. 193).

O que se vê é que para além das dificuldades de encontrar produtos versáteis e condizentes com suas demandas, as opções existentes nas plataformas do e-commerce quando capazes de preencher os requisitos do consumidor, acabam afastando-o em razão do valor cobrado, condicionando-o então o acesso sob o prisma econômico, induzindo a compreensão de que a redução da carga tributária sob o mercado da moda poderia influenciar positivamente para modificar tal realidade.

4.1 ICMS sobre plataformas de compras online

A incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS sofreu algumas variações em meio ao crescimento

expressivo do e-commerce, devendo ser objeto de atenção em face das peculiaridades do regime tributário a ser adotado.

De início cabe atentar para os ensinamentos de Souza (2022), segundo as quais, as alíquotas possuem uma tabela pré-definida e variam de acordo com o Estado e dentro deste contexto, como forma de se assegurar a competitividade, existe o DIFAL (Diferencial de Alíquota).

Assim sendo, conforme Alves (2022), a demanda da cobrança do DIFAL do ICMS se mostrou mais evidente ao longo dos últimos anos em face do crescimento do comércio eletrônico e dentro deste cenário, a Lei Complementar nº 190/2022 foi editando com o intuito de regulamentar a cobrança do imposto nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do tributo.

Ressalta-se, com base nas proposições desta autora que as operações que ensejam o recolhimento do ICMS não se limitam ao espaço territorial de um determinado Estado, projetando-se em operações interestaduais; no entanto, antes da edição da Lei nº 190/2022 a dinâmica do recolhimento deste imposto se mostrava incoerente, pois quando o destinatário de um produto era consumidor final, ou seja, não contribuinte o imposto era devido totalmente ao Estado de origem da operação.

Conforme as informações de Souza (2022), o DIFAL precisa ser compreendido como a diferença obtida a partir da comparação das alíquotas de ICMS praticadas por diferentes estados, consistindo sua base de no valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrarem a base de cálculo, tendo sido projetado para fazer frente à ampliação do número de negócios no ambiente e-commerce com vista à proporcionar uma arrecadação justa entre os diferentes estados que compõem nossa Federação.

4.2 Isenções de taxas e impostos para plataformas digitais

A isenção de taxas e impostos para compras realizadas por meio de plataformas digitais tem sido objeto de várias polêmicas, sobretudo, quanto às “manobras” realizadas por muitas importadoras para driblar a fiscalização tributária.

Atualmente pela sistemática imposta pela Portaria nº 612, de 29 de Junho de 2023, do Ministério da Fazenda, em seu §2º, artigo 1º, foi reduzida para 0% (zero por cento) a alíquota do Imposto de Importação incidente sobre os bens integrantes de remessa postal ou de encomenda aérea internacional no valor de até US\$ 50,00 (cinquenta dólares dos Estados Unidos da América), ou o equivalente em outra moeda, destinados a pessoa física, desde que as empresas a que se refere o § 1º atendam aos requisitos do programa de conformidade de que trata o caput, inclusive o recolhimento do tributo estadual incidente sobre a importação.

5. Considerações finais

Vê-se que no presente trabalho o estudo as plataformas digitais em especial a Shein fomenta uma dualidade no pensamento do consumidor, uma vez que é amplamente divulgado os casos de trabalhos análogos a escravidão e a precarização do trabalho que envolve a presente plataforma de compras de moda, assim, não caberiam a este presente trabalho em se omitir destes fatos. Mas o cenário presente que nos traz aqui não é fazer um juízo de valor e nem menosprezar a vasta precariedade que a indústria da moda que se encontra no mundo todo. Mas sim suscitar discussões a respeito de como todo este comércio se movimenta e arrecada cada vez mais dinheiro e movimenta bilhões de reais todos os anos.

Trazer a apreciação deste trabalho o direito voltado a moda, é mais do que reafirmar a multidisciplinariedade do direito, mas sim debruçar os nossos olhos sobre um problema real que envolve o cotidiano de todos os consumidores e não somente os obesos como

mencionado no trabalho, a sociedade do consumo nos faz “piões” neste jogo de interesses onde somente figuramos como peças marcadas de um tabuleiro em que nem sabemos que montou.

A função das companhias é vender e a dos consumidores é comprar, ora, sem fazer este movimento de compra e venda, demanda e valor, desejo e necessidade, conceitos estes que são combustíveis para a atividade empresarial são primordiais quando se leva em conta as plataformas como a Shein. Vê-se que se existe consumidores para adquirir estes produtos, encontramos um nicho, assim sendo, encontramos um mercado onde pode ser rentabilizado e portanto, explorado.

O campo do desejo que é pontuado todo o mercado de moda é para além de uma simples autoafirmação de que o indivíduo é, com os seus desejos, angústias, vontades, prazeres e formas de enxergar o mundo, a estética é peça marcante para que o ser humano se apresente com individualidade na sociedade onde está inserido. As plataformas de consumo digital possibilitam esta integração com a sociedade de uma forma mais direta de particularizada, aonde na palma de sua mão o indivíduo pode montar todo o seu look sem importunações desnecessárias, e confiando que o tamanho irá compor com o seu corpo e seus desenhos estéticos.

É dever da atividade empresarial averiguar qual a melhor forma de se estabelecer e cumprir com os seus compromissos enquanto companhia, ingressar com uma formalização e atenção aos mecanismos de controles internos, compliance trabalhista e empresarial, monitoramento ético, também são métodos que a gestão pode ingressar para mitigar os riscos, sejam eles quais forem, a formalização deve se fazer presente principalmente quando vemos grandes companhias sofrendo sanções por descuido da gestão em não aplicar corretamente as leis e normativas nacionais ou internacionais.

Por derradeiro, cabe salientar que além do aspecto prático que a tributação afeta a cadeia produtiva da moda como também a sua distribuição, até desembocar no valor no consumidor, o ponto de intersecção é o acesso, quem sofre as sanções primeiro é o consumidor e portanto a responsabilidade empresarial deve estar atenta, pois é imprescindível que tantas políticas amplamente

divulgadas não entrem em vigor por conta de uma gestão que não está preocupada no acesso oferecido ao consumidor.

Referências bibliográficas

ALVES, I. DIFAL do ICMS: vislumbrando a cobrança como uma oportunidade tributária. Revista Governança Tributária. Artigo publicado em 20 de abril de 2022. Disponível em: <https://educacao.ibpt.com.br/difal-do-icms/>. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 612, de 29 de junho de 2023. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mf-n-612-de-29-de-junho-de-2023-493173583>. Acesso em: 30 jan. 2024.

CUNHA, I. D. A. A pirataria na indústria da moda. Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Direito do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac. Gama-DF, 2023. Disponível em: file:///E:/Downloads/Israel%20Doudement%20de%20Albuquerque%20Cunha_240131_183818.pdf. Acesso em: 30 jan. 2024.

CUNHA, I. D. A.; FURLAN, F. M. A pirataria na indústria da moda e o Fashion Law. Vol. 1, n. 8, 2023. Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/2023/08/21/a-pirataria-na-industria-da-moda-e-o-fashion-law/>. Acesso em: 31 jan. 2024.

LARA, L. J.; SOUZA, D. A.; OLIVEIRA, M. A. M. Análise das vantagens e desvantagens do e-commerce sob a ótica de alunos universitários. XV SEGeT, 2018. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos18/14726163.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2024.

PEREIRA, C. A.; ALVES, D. TRIBUTAÇÃO E MODA: ALIADOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. Revista FIDES, v. 14, n. 1, p. 436-454, 14 jun. 2023. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/680>. Acesso em: 30 jan. 2024.

SOUZA, Laryssa de Moraes. Impacto do imposto sobre circulação de mercadoria e serviços no e-commerce / Laryssa de Moraes Souza. Trabalho de conclusão de curso (Ciências Contábeis) Universidade Federal de São Paulo - Escola Paulista de Política, Economia e Negócios, Osasco, 2022. 28 f. Disponível em: <https://repositorio.unifesp.br/bitstream/handle/11600/63129/Impacto%20do%20Imposto%20sobre%20Circula%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mercadoria%20e%20Servi%C3%A7os%20no%20E-commerce%20-%20Laryssa%20de%20Moraes%20Souza.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 jan, 2024.

VENTURA, T.; CIPINIUK, A. A moda plus size pela lente das desigualdades sociais. Dobras, número 33, Setembro/Dezembro, 2021. Disponível em: <file:///E:/Downloads/Dialnet-AModaPlusSizePelaLenteDasDesigualdadesSociais-8189151.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2024.

ZANETE, Maria Carolina; LOURENÇO, Carlos Eduardo; BRITO, Eliane Pereira Zamith. O peso do varejo, o peso no varejo e a identidade: uma análise de consumidoras Plus Size. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/dbjbzWH9DdqPTZzsNrZB6xc/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 jan. 2024.

12

ALTERAÇÕES DIGITAIS DE TRAILERS NOS FILMES DA MARVEL: PUBLICIDADE ENGANOSA OU LIBERDADE ARTÍSTICA?

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.12>

Cyro Wojcikiewicz de Almeida Coelho¹

Irineu Carvalho de Oliveira Soares²

1 Bacharelado em Direito na Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. cyrocoelho5@hotmail.com

2 Doutor em Sociologia e Direito, Professor na Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. irineu.juris@gmail.com

RESUMO

O mercado do entretenimento vem crescendo a cada ano, tendo sofrido um particular aumento na época da pandemia com a maior adesão a plataformas digitais que disponibilizam distintas mídias de entretenimento. Dentro destas mídias, uma das mais consagradas com certeza é a do cinema, que vem passando por um verdadeiro fenômeno com filmes baseados em super-heróis - em especial os da Marvel. Estes filmes buscaram converter antigos fãs de super-heróis em fãs deste "universo cinematográfico" de personagens já consagrados em uma base leal de entusiastas, ao mesmo tempo que captou novos fãs de forma a criar verdadeiros eventos ao redor dos lançamentos dos filmes. Com este verdadeiro fenômeno cultural, a relação empresa e consumidor passa a ser entre marca e fã, de forma que certos mecanismos dessa relação podem se tornar juridicamente contraintuitivos, como é em específico a prática da Marvel de alterar digitalmente conteúdos presentes em seus trailers, de forma que o trailer apresente cenas e personagens diferentes dos que aparecem no filme - em tese, uma verdadeira publicidade enganosa. Porém, a reação comum dos consumidores é de agrado com isso, sob o pretexto de que assim surpresas do filme não sejam estragadas pelo trailer. É com um cenário tão único que o presente trabalho busca, ao analisar o Direito do Consumidor junto com elementos conceituais da área de publicidade, se esta prática da alteração digital dos trailers é algo a ser tolerado ou rechaçado pelo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Trailer. Publicidade enganosa. Marvel.

1. Introdução

Segundo a edição de 2021 da Pesquisa Global de Entretenimento e Mídia da PwC, o mercado do entretenimento tem mantido um relevante crescimento no Brasil e no mundo, justificando assim certos números impressionantes, como é o caso das grandes bilheterias dos filmes da empresa Marvel. Em que dispõe dados do

site especializado IMDbPro³, o filme “Vingadores: Guerra Infinita” (2018) obtivera uma bilheteria mundial de pouco mais de 2 bilhões de dólares pelo mundo inteiro.

Esse verdadeiro fenômeno cultural do entretenimento, no qual a Marvel é uma das principais protagonistas, tem formado todo um nicho mercadológico de consumidores engajados em conteúdos vinculados ou similares aos diversos gêneros de obras, o que no caso da Marvel podemos ver com as demonstrações de envolvimento dos fãs em diferentes reportagens, como evidenciado em matérias dos sites *Rolling Stone* (2020) e *Gshow* (2021). Respectivamente nas duas matérias, tem-se o registro de gritos de euforia de fãs reagindo a determinada cena de “Vingadores: Ultimato” (2019), além do caso de inúmeros entusiastas indo assistir ao filme “Homem-Aranha: Sem Volta para Casa” fantasiados de várias versões do personagem Homem-Aranha, numa prática chamada *cosplay*⁴.

É dentro de toda essa realidade cultural que um fenômeno em específico chama atenção, formando o tema da presente pesquisa: os *trailers* de várias produções da *Marvel* passam por alterações digitais e cortes em seus conteúdos, algo percebido de tal forma pela comunidade de fãs que o site “Legião dos Heróis” realizou uma postagem em 2021 sobre 15 vezes que tais modificações ocorreram. Dentre os incidentes observados da alteração digital de *trailers* por tal site, o caso dos filmes “Guerra Infinita” possui uma característica curiosa: um personagem presente no filme tem sua aparição alterada de forma significativa no *trailer*.

3 O IMDb é uma base de dados online de informação sobre cinema TV, música e games, pertencente à Amazon

4 Segundo o dicionário online Priberam, o *cosplay* é a “atividade que consiste em vestir-se, caracterizar-se e comportar-se como uma personagem”. Essa atividade é relativamente comum entre entusiastas da cultura *pop*, como é visível no caso mencionado pelo *Gshow* de vários fãs interpretando o Homem-Aranha, havendo até mesmo competições de qual o melhor *cosplay*, como observado nas ilustrações de uso do próprio dicionário Priberam.

Com todo esse cenário exposto da relevância que os produtos da Marvel possuem atualmente no campo do entretenimento internacional, será que uma prática publicitária como o uso de alterações digitais em *trailers* nos grandes filmes da empresa pode gerar algum tipo de enganiosidade ao consumidor nos moldes do Código de Defesa do Consumidor? Ou mais especificamente, será que tal prática poderia ser uma publicidade enganosa ou alguma peculiaridade desse caso sem jurisprudência específica permitiria o afastamento dessa possível ilegalidade? Averiguar tais questionamentos no caso do *trailer* de Vingadores: Guerra Infinita, tendo em vista certos entendimentos da área da Publicidade e do Direito, é o objetivo desta pesquisa.

Para tal, uma verificação interdisciplinar com as áreas de Direito e Publicidade será utilizada para conferir a possibilidade de um possível *dolus bonus*⁵ (dolo bom) nas alterações digitais dos *trailers*, já que, ao observar comentários dos diretores dos filmes e a dinâmica produtor-consumidor entre a *Marvel* e seus fãs, aparenta haver alguma legitimidade – mesmo que meramente situacional – para tal prática.

Em complemento, será feito a análise do instituto jurídico da publicidade enganosa e a razoabilidade da incidência de tal irregularidade tipificada no Código de Defesa do Consumidor dentro do caso da alteração digital dos *trailers* supracitados.

A metodologia da pesquisa do presente trabalho, como já deve ter sido notável, contará com o uso de pesquisas bibliográficas e documentais, seja por meio da análise bibliográfica de materiais da área de publicidade e de direito, como artigos científicos e doutrina, seja pelo uso de pesquisa documental para consultar legislações, levantar certos dados particulares dos filmes e *trailers* examinados na pesquisa e as respectivas reações dos consumidores de tais obras.

Tais pressupostos configuram uma base e abordagem indutiva por falta de materiais específicos ao assunto dos *trailers*

5 *Dolus bonus* é quando um agente comete uma infração, mas por motivo não reprovável, assim sendo isento de punição. No âmbito do Direito do Consumidor, um exemplo seria o caso de exageros publicitários que valorizam o produto, mas sem cair na esfera da enganiosidade.

digitalmente alterados na seara jurídica, além de contar com certos elementos de base quantitativa ao recorrer a dados como arrecadação de bilheterias.

Com a abordagem indutiva se firmando na análise e formulação de pensamento a partir de conteúdos do caso concreto e das áreas jurídicas e publicitárias, o presente trabalho almeja confirmar ou rejeitar duas hipóteses.

A primeira seria de que as alterações digitais dos *trailers* ocultam ou modificam informações relevantes do filme divulgado, impactando na experiência do consumidor através de mentiras publicitárias, incorrendo assim no crime de publicidade enganosa.

Já a segunda hipótese é de que existe algum tipo de “jogo publicitário” entre fãs teorizando sobre os filmes e as empresas brincando com as especulações, o que acaba tornando o recurso da alteração digital de *trailers* numa grande interação saudável entre produtores e consumidores, assim afastando um possível caráter prejudicial de tal prática e fazendo com que o instituto do *dolus bonus* seja válido no caso em questão.

Respondendo a problemática da pesquisa – ou pelo menos lançando alguma luz ao assunto – o projeto visa trazer um viés jurídico nas cada vez mais intensas relações entre consumidores e produtores do campo do entretenimento, aproveitando da atualidade do tema para promover discussões acadêmicas dentro deste fértil campo da vida humana que paulatinamente vem crescendo, como já demonstrado anteriormente.

2. Sobre o caso concreto

Como apresentado na introdução, os filmes do UCM (sigla para Universo Cinematográfico Marvel, referente aos enredos contínuos entre os filmes da Marvel) possuem amplo engajamento entre seus fãs dada a popularidade de seus personagens e histórias, então é importante clarificar que entre os consumidores destes produtos há uma diferenciação entre o que seria um consumidor casual e um consumidor entusiasta. Ambos assistem o mesmo filme,

porém há nuances e correlações entre um filme e outro que promovem um engajamento particular ao entusiasta que viu todos os filmes anteriores, algo que não necessariamente o casual consiga usufruir – seja porque não viu filmes anteriores, não se lembra de um detalhe específico ou nunca se atentou a determinado elemento das obras anteriores.

Com isso, ao analisar reportagens de sites especializados no assunto (o que será feito neste trabalho), é importante ter em mente que quem comenta neste tipo de local é o consumidor entusiasta, do tipo que assiste a todos os *trailers*, entrevistas de atores e acompanha rigorosamente todas as notícias do meio.

Tendo tal consideração inicial feita, cabe finalmente descrever o que ocorreu no *trailer* que consta para análise deste trabalho.

2.1 Sobre o trailer de Guerra Infinita

No *trailer* oficial de Guerra Infinita, disponível no *YouTube*, tem-se uma cena do minuto 2:01 a 2:04 com uma alteração significativa: dentre vários personagens do filme correndo juntos em um momento de batalha generalizada nos arredores da fictícia cidade de Wakanda, o personagem Hulk se faz presente junto de outros heróis. No entanto, quando tal cena aparece no filme, quem está no lugar do Hulk é o personagem Bruce Banner trajando uma armadura de combate chamada *Hulkbuster*, que imita as habilidades e tamanho do Hulk.

Nisto é interessante fazer uma explicação sobre quem são os dois personagens para melhor compreensão do que está em jogo nesta situação. Bruce Banner é um cientista sério e inseguro que ao sofrer um acidente, ganha a habilidade de, mediante situações específicas, se transformar em um monstro com grande força física e pouca racionalidade, sendo este monstro o Hulk. Tal transformação muda diretamente a sua personalidade, como se fosse uma outra pessoa, o que gera situações intensas em verdadeiros conflitos entre as duas personalidades que surgem. Dessa forma, mesmo que Bruce

Banner seja o Hulk, ambos acabam por ser personagens diferentes, com apelos narrativos distintos.

Mesmo que na cena correspondente a mencionada no *trailer* Bruce Banner esteja mediante tecnologia usando de poderes equivalentes ao do Hulk, a personalidade e capacidade de luta do personagem destoa muito do que seria o Hulk naquela circunstância. Isto dentro do contexto do filme, em que em distintos momentos Bruce Banner tenta virar o Hulk e não consegue, se torna mais agravado pelo seguinte cenário: imagine que um fã que goste muito do Hulk, ao ver o *trailer*, fique na expectativa, para além de todas as outras expectativas que o *trailer* entrega, de ver tal personagem em cena no contexto de batalha campal tal como no trecho mencionado junto de outros heróis. No que este fã for vendo o filme e se deparando com as várias tentativas frustradas de Bruce Banner virar o Hulk, ele por causa do *trailer* pode ter a certeza e expectativa de que finalmente a transformação ocorra e a cena do *trailer* aconteça. Porém tal situação não ocorre no filme, já que a participação do Hulk no trailer é uma alteração digital da aparição de Bruce Banner no material original

Mas por qual motivo essa modificação do *trailer* em relação ao filme ocorrera? A ideia era de ocultar certas revelações do filme acerca de um arco dramático do Hulk com o Banner, conforme é dito em entrevista com os diretores do filme em evento da Smithsonian Associates⁶. Este arco narrativo giraria em torno da aparição de uma transformação do Hulk em que a personalidade de Bruce Banner se manteria mesmo que na forma de monstro, sendo que tal transformação só apareceria no filme seguinte ao de Vingadores:

6 A entrevista ocorreu num evento pago do Instituto Smithsonian ocorrido em 2018, poucos dias depois do lançamento oficial de “Guerra Infinita”. Como a veiculação desse tipo de conteúdo ocorre predominantemente entre fãs não muito atentos com citação de fontes, é difícil achar fontes mais precisas dessa entrevista. Por causa disso, as conclusões a respeito do posicionamento dos diretores como mencionado em tal parágrafo estão mais embasadas em análises críticas de fãs do arco dramático do Hulk, presentes nos sites feededigno e comicbook, conforme presente nas referências.

Guerra Infinita, justamente por causa das tentativas frustradas do filme em análise de se transformar no monstro.

2.2 Sobre a reação do público

Em reportagem do site “Legião dos Heróis” anteriormente mencionada sobre uma coletânea de casos de alteração digital dos *trailers*, o tom bem-humorado da matéria somado com os comentários dos leitores na publicação⁷ revela que o público do UCM num geral não se incomoda de forma relevante com o assunto, as vezes até vendo a situação como um tipo de brincadeira da Marvel sob um pretexto ainda mais importante para os consumidores.

Essa questão envolve os chamados *spoilers*⁸, sendo parte da fundamentação dos diretores de Guerra Infinita para justificar a alteração digital do Hulk no *trailer*, como fora desenvolvido na análise do trecho modificado. Ao querer preservar as surpresas presentes no filme - ou seja, evitar os *spoilers* - a Marvel vem sistematicamente usando do recurso da alteração digital para modificar suas peças publicitárias, assim ocultando ou mudando elementos presentes.

7 Dentre comentários a respeito de especulações sobre os *trailers* mais recentes mencionados da reportagem, dois deles da época da reportagem chamam a atenção: um da usuária Kimaris, que comenta como gosta dessas alterações por manter certo suspense do que afinal vai estar no filme ou não; o outro é do usuário Marcos Oliveira, que expõe ver certas cenas de trailers cortadas mais como cenas deletadas na fase de produção do filme, chegando até a rir do caso do Hulk que fora desenvolvido na presente justificativa. Esses dois exemplos evidenciam uma visão de alguma forma positiva, no mínimo conformista, com a situação das alterações digitais. Isso sem contar o caso de vários comentários da reportagem que zombam da divulgadora do *trailer* por supostamente alterar de forma não muito eficaz certas cenas para esconder revelações dos filmes, sem problematizar a prática em si.

8 Segundo o dicionário online Priberam, um dos significados de spoiler é o ato de revelar informações importantes do enredo de algum filme, série ou livro, em especial para quem não sabia de tais detalhes antes.

Essa boa intenção publicamente revelada pelos diretores é complementada por uma observação dos próprios diretores no mesmo evento da Smithsonian Associates: o fãs tem o hábito de dissecar cada material promocional para antecipar detalhes dos filmes e formar teorias do que está por vir na linha de histórias da Marvel, o que acaba requerendo um grande tato por parte da equipe publicitária para não acabar dando pistas demais nos materiais publicitários, assim acabando por estragar eventuais surpresas mesmo com *spoilers* mais sutis.

Desta forma, considerando que somente um fã muito engajado poderia ser afetado de forma juridicamente relevante por uma alteração secundária como a do Hulk em Guerra Infinita, não seria absurdo imaginar que este mesmo fã estivesse a par do jogo publicitário da Marvel e seus *trailers* modificados, o que de certa forma alimentaria a aplicação do conceito doutrinário do *dolus bonus* no caso concreto. Somando isto com os comentários mencionados na reportagem do Legião dos Heróis, tem-se talvez a razão do motivo pelo qual até agora a Marvel não enfrentara nenhum processo por publicidade enganosa em seus *trailers* digitalmente alterados.

3. Sobre a área da publicidade

Da publicidade, algo central a ser tratado antes de partir para uma análise jurídica, mesmo que a título de considerações iniciais, é sobre o que é efetivamente um *trailer*.

3.1 O que é um *Trailer*?

Para Santos (2009, p. 100), o *trailer* não tem como objetivo principal contar uma história, sendo ele o de convencer um potencial espectador a ver o filme anunciado, haja vista que, segundo Lisa Kernan, o *trailer* é “um breve texto fílmico, que apresenta imagens de um filme específico, comprovando sua qualidade, e criado para

exibição nos cinemas, para promover o lançamento desse filme” (KERNAN, 2004, apud SANTOS, 2009, p. 16).

Assim, o *trailer* irá se valer de toda sorte de recursos e métodos para tal, mesmo que eles não sejam narrativos. Isso implica que, por definição, o *trailer* não é uma peça publicitária compromissada em ser totalmente fidedigna ao material base, mas sim em vender um conceito, uma experiência que cativa aquele que o assiste ao ponto de o levar a querer ver o filme. Nesse sentido, um *trailer* conter elementos que não estarão presentes num filme não é nenhum absurdo.

Em monografia de 2016, Cassiano Zanella se dedica a uma minuciosa análise de três *trailers* de Hollywood, incluindo um filme da Marvel, assim observando todo tipo de recurso audiovisual utilizado neles e que tipos de *spoilers* foram revelados. Em suma, a conclusão de Zanella, na página 64 de seu trabalho, consistiu no fato de que “foram identificados que os *spoilers* possuem pesos e valores diferentes, consoantes com as necessidades dramáticas de suas aplicações”. Assim, é seguro dizer que há tipos distintos de *spoilers*, algo que é bastante desenvolvido por Zanella ao trabalhar com 5 categorias diferentes *spoilers*, contando um total de 106 nos três *trailers* analisados (Zanella, 2016, p. 64). Este dado é importante, visto que dentre os diversos tipos de recursos e até *spoilers* revelados, os *trailers* contaram com montagens e elementos que não condiziam com o material original, por mais que utilizasse cenas e elementos presentes no filme anunciado, fortalecendo a tese publicitária dos *trailers* como uma obra audiovisual interdependente ao filme que ela retrata (KERNAN, 2004, apud SOUZA, 2019, p. 96). Em suma, como o *trailer* acaba por ser uma peça artística compromissada em vender um conceito, uma experiência, para a área da publicidade, isso significa que ela possa contar com elementos que não necessariamente estarão no filme.

Um exemplo simplório de um elemento que está em um *trailer*, mas não estará no filme, são os letreiros que aparecem no próprio *trailer* avisando sobre datas de lançamento, nesse sentido, ninguém é enganado ou afetado por não aparecer no filme um “em dezembro, a maior aventura do verão”. No máximo o “a maior aventura do verão” possa virar alvo de uma discussão se tal

informação é verdadeira ou não, mas a questão do exemplo é que a presença deste letreiro não é esperada no filme, mesmo que no *trailer* ele esteja lá.

Além disso, como o *trailer* se propõe a vender uma experiência, é natural que a composição das cenas conte com recursos audiovisuais que maximizem as experiências para melhor síntese do que será esperado no filme. É isso que Santos explica:

Para isso o *trailer* vai reconstruir a narrativa original do filme guiado não pela fidelidade à mesma, **mas pela lógica da ordenação dos elementos que visa otimizar os potenciais pontos de interesse para o espectador**, agrupados em três grandes segmentos: a história, o gênero e as estrelas, sejam elas atores, diretores, personagens ou produtores. (SANTOS, 2009, p. 103, grifo nosso)

Ao selecionar distintos elementos e características do filme, seja eles parte do produto em si ou simplesmente uma questão de bastidores, o *trailer* busca construir um imaginário ao potencial consumidor do que ele pode esperar da experiência de ver aquele filme. Nisto o autor continua da seguinte forma:

Uma tomada num *trailer* não está lá pra ser um pedacinho da história que vai levar a outro pedacinho e outro, numa sequência, mesmo que mínima, para poder contar essa história; mas sim pela sua potencial capacidade individual de atrair a atenção do espectador (SANTOS, 2009, p. 103)

O importante no *trailer*, evidentemente, é chamar atenção ao potencial consumidor sobre que experiência ele pode ter no filme. Uma cena de ação no *trailer* pode ser acompanhada de uma sequência de trechos cadenciados que gerem uma sensação de crescente de tensão para maximizar a sensação de adrenalina e confusão que uma cena de ação pode gerar, tudo isso acompanhado de uma trilha sonora agitada e letreiros provocativos entre as

tomadas de cenas. Porém quando no filme em si tal cena ocorrer, todo esse contexto de desespero temático não ocorrerá, pois a construção das cenas anteriores e seguintes darão uma função diferente ao que esta mesma cena terá de cumprir no filme. Isso mostra o quanto o *trailer*, até pelo seu formato, acaba por não ser plenamente fiel ao material original.

4. Sobre a área jurídica

Primeiramente, uma explicação: no presente trabalho tem-se falado de “publicidade” ao em vez de “propaganda” de forma intencional. É um preciosismo técnico em última análise, já que no Brasil ambos os termos se confundem, mas a diferença dentro do debate acadêmico acaba existindo pelo fato de que a publicidade é algo que necessita de identificação clara de quem é seu patrocinador, sendo uma divulgação paga voltada para a profusão de um produto no mercado. A propaganda nem sempre possui essa vinculação com seu patrocinador (isso quando o tem) por tratar bem mais de uma propagação de ideias (BENJAMIN et al, 2022, p. 311).

Com esta consideração inicial, é importante observar o artigo 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, já que é nele que é descrito o que é a publicidade enganosa vedada no caput do referido dispositivo. Segue a íntegra do parágrafo em questão:

É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (BRASIL, 2002).

Sendo a publicidade enganosa por comissão a afirmação de algo irreal ou a demonstração de uma situação incoerente com a realidade e publicidade enganosa por omissão quando se deixa de

informar sobre algum dado relevante que possa influenciar no comportamento do consumidor (BOLZAN, 2023, p. 279), o entendimento imediato e natural é de que qualquer tipo de engano no anúncio é o bastante para configurar a publicidade enganosa, seja ela por comissão ou por omissão. E isto não é ao acaso.

4.1 A Publicidade Enganosa

No livro “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto do CDC e da Lei do Superendividamento” há um rico material escrito não somente por renomados juristas que formularam o anteprojeto que gerou o Código de Defesa do Consumidor, como também por renomados juristas da área de direito consumerista. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Claudia Lima Marques, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Junior, Roberto Pfeiffer e Zelmo Denari são apresentados como os coautores do livro, cabendo foco especial para Herman Benjamin, um dos autores do referido anteprojeto e o responsável principal pela escrita dos comentários do livro ao Capítulo V do Código de Defesa do Consumidor, referente às práticas comerciais que são legisladas no CDC, além de menção a Claudia Lima Marques e José Geraldo Brito Filomeno por terem atualizado pontualmente trechos dos comentários feitos em tal segmento.

Com este livro, para além de ser uma boa consulta a doutrinadores relevantes, tem-se um valioso registro do que fora pensado na hora de formular o CDC vindo dos próprios especialistas que estavam na ocasião pensando o que deveria ser colocado na lei. É como se ocorresse uma consulta ao *animus* constituinte do CDC, evitando dessa forma qualquer perda de qual era o propósito de determinados institutos do direito consumerista, em especial para o presente trabalho, do que fora pensado no caso da publicidade enganosa.

Com base nesta relevante fonte do direito consumerista, temos estabelecido o seguinte a respeito da extensão do “qualquer

engano”, ou de como é tratado na doutrina, a extensão da enganabilidade dentro do Direito Brasileiro:

Não se exige prova de enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial (“capacidade de indução ao erro”); é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganabilidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente (BENJAMIN et al, 2022, p. 326)

Ou seja, como a apreciação da enganabilidade é objetiva, não há discussão sobre dolo ou culpa sobre de onde tal enganabilidade viera, o que cabe neste sentido é observar se houve ou não tal enganabilidade. Além disso, essa capacidade de induzir o consumidor em erro não precisa ser algo concreto, que dependa de ter ocorrido em efetivo: a simples possibilidade de gerar algum engano é o bastante para caracterizar a enganabilidade que é combatida pelo CDC.

Neste sentido, Herman Benjamin continua aprofundando sobre:

Ademais, a publicidade enganosa pode, quanto à extensão da enganabilidade, ser total ou parcialmente falsa. Naquele caso, as informações, em seu conjunto, são realmente falsas. Neste, ao revés, convivem, a um só tempo, informações falsas e outras verdadeiras. A existência de informações parcialmente corretas não faz com que a publicidade deixe de ser enganosa. (BENJAMIN et al, 2022, p. 326)

Não importa se somente parte da publicidade seja falsa, uma meia mentira ainda é uma mentira. Como o almejado é primeiro a proteção do consumidor, a análise tem de ser objetiva, deixando o debate sobre culpa ou dolo do fornecedor para a hora de estabelecer a concreta repreensão do comportamento enganoso do mesmo (BENJAMIN et al, 2022, p. 327). No mesmo sentido Rizzato Nunes, em seu Curso de Direito do Consumidor de 2021, fala acerca de que parte da publicidade precisa ser enganosa para gerar a enganabilidade:

Veja-se o equívoco: não importa se a enganabilidade advém de parte do anúncio ou de sua projeção global sobre o público. Não interessa também saber se o teor da ilusão está só no aspecto visual ou apenas no oral ou escrito. O que vale é o resultado do impacto sobre o consumidor (aliás, o resultado potencial; nem precisa ser real). **Se por qualquer dos aspectos considerados isoladamente (visual, oral, verbal etc.) ou se pelo contexto global insinuar-se a enganabilidade, o anúncio já estará caracterizado como enganoso.** (NUNES, 2021, p. 191. Grifo nosso.)

Sobre o alcance da enganabilidade, cabe mais citação de Herman Benjamin para enfatizar o alcance extremo deste combate a qualquer engano que o anúncio possa gerar:

Tudo o que se exige é prova de que o anúncio possui a tendência ou capacidade para enganar, mesmo que seja uma minoria significativa de consumidores. A essência do desvio (a enganabilidade) não é a má-fé, a negligência, ou mesmo o descumprimento de um dever contratual ou paracontratual. Em suma: uma prática é enganosa mesmo quando inexistente qualquer intenção de enganar. Pelo mesmo raciocínio, não elide a enganabilidade os esforços efetuados pelo anunciante no sentido de preveni-la. Finalmente, o fato de ser uma determinada prática enganosa corrente no mercado, não dá salvo-conduto aos seus adeptos para utilizá-la em detrimento dos consumidores. (BENJAMIN et al, 2022, p. 327. Grifo nosso.)

Pela análise objetiva que se exige da possível enganabilidade da publicidade, para fins de configuração da publicidade enganosa, não há qualquer necessidade de discussão sobre como surgiu o

engano, se ele foi proposital, acidental, se ele é naturalizado no mercado ou se ele efetivamente enganou alguém.

A questão de não ser necessário existir um dano concreto é explicado apropriadamente pela noção de que os danos causados pelo risco de engano de uma publicidade enganosa são riscos que afetam todo o mercado, assim tendo impactos difusos, não individualizados. Isso é melhor elaborado nos seguintes termos:

A publicidade, embora ainda enxergada como mercadologicamente importante, passa a ser igualmente vista como manifestação social difusa, daí concluindo-se que os malefícios que ocasionalmente provoca no mercado são, pela mesma razão, difusos. É em razão dessa nova perspectiva que se torna admissível a postulação – e deferimento – de pleitos indenizatórios difusos para o atuar publicitário patológico (em particular a publicidade enganosa e abusiva), mesmo quando inexistente qualquer dano individual concretizado e identificado. (BENJAMIN et al, 2022, p. 309. Grifo nosso.)

A dureza e o alcance desta proteção encontram sua razão no fato de que o consumidor tem direito de não ser enganado, no que o legislador, ao ter essa ciência, conceituou de forma intencionalmente ampla o que seria uma publicidade enganosa (BENJAMIN et al, 2022, p. 326.), garantindo assim esta análise objetiva da enganabilidade que transcende a individualização do dano. Nunes evoca o art. 37, § 1º, da Constituição Federal, para observar que a publicidade do serviço público é regulada, entre outros, pelo princípio da moralidade, além da CF tratar “da publicidade de produtos, práticas e serviços no capítulo da comunicação social”, o que estabelecerá que em ambas as partes, a CF protege a ética, que no meio publicitário, teria como valor ético fundamental a verdade (NUNES, 2021, p. 173). Com isso, haveria uma previsão constitucional de que a publicidade não pode faltar com a verdade, justificando a severidade de como o engano é tratado no ordenamento jurídico

brasileiro, no que Nunes complementa esta questão da seguinte forma:

O anúncio publicitário não pode falar com a verdade daquilo que anuncia, de forma alguma, quer seja por afirmação quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio (NUNES, 2021, p. 173)

Esta afirmação de Nunes é ampliada em outros trechos de seu curso, no qual ele explora características que a lei impõe sobre o material publicitário, cabendo para os propósitos do presente trabalho observar duas características específicas: a vinculação e o meio de comunicação. Sobre este, a citação do curso já basta para sanar qualquer dúvida de adequação dos casos dos *trailers* da Marvel com a legislação consumerista:

Seguindo a proposição da redação do art. 30 (do CDC), temos que a norma não estabelece limite ao meio de comunicação no qual a mensagem será transmitida. Toda e “qualquer forma ou meio de comunicação” está prevista. Vale dizer, televisão, rádio, cinema, jornal, revista, mala-direta, folheto, cartaz, outdoor, telemarketing etc. (NUNES, 2021, p. 161)

Ou seja, dentro do direito do consumidor, qualquer meio de comunicação usado para o anúncio publicitário está sujeito às exigências do CDC. Isto se torna ainda mais drástico quando se observa a questão da vinculação da mensagem publicitária, que consiste no fato de o que é divulgado no anúncio publicitário tem de ser cumprido de alguma forma pelo fato do anúncio vincular o mesmo com o produto. Nunes explica desta maneira:

É o fenômeno da vinculação. Oferecida a mensagem, fica o fornecedor a ela vinculado, podendo o consumidor exigir seu cumprimento forçado nos termos do art. 35. Se o fornecedor quiser voltar atrás na oferta, não poderá fazê-lo,

até porque, como de resto decorre da estrutura do CDC, a oferta tem caráter objetivo. Feita, a própria mensagem que a veicula é o elemento comprobatório de sua existência e vinculação. (NUNES, 2021, p. 161)

O fenômeno da vinculação neste caso, conforme Herman Benjamin, se dá pelo fato de ser a declaração publicitária – e não a vontade real do anunciante – a fonte da obrigação contratual gerada pela mensagem publicitária já que ao realizar tal declaração, o fornecedor está se comprometendo a entregar aquele produto ou serviço naqueles termos, assumindo os riscos e compromissos inerentes de tal oferta, no que o consumidor é fisgado e atraído para a efetiva celebração do contrato através da compra do produto ou serviço em tela (BENJAMIN et al, 2022, p. 297-298). Herman Benjamin segue explicando sobre como a mensagem publicitária é uma peça unilateral, que é criada e ofertada pelo fornecedor sem nenhuma negociação prévia com o potencial fornecedor, a mensagem detém grande poder de influência sobre o consumidor, o qual por sua vez só se depara com o “fato publicitário consumado” (BENJAMIN et al, 2022, p. 298). Desta maneira, pela total passividade que o consumidor acaba por ter diante da divulgação publicitária, o esperado é que ao se deparar com um anúncio, seja aqueles os termos e elementos, haja vista que o consumidor não tem acesso às mesmas informações que o fornecedor tem sobre o produto e condições dele.

Como nos casos a serem estudados no presente trabalho as modificações foram intencionais, não se faz necessário explicar sobre como o fenômeno da vinculação é aplicado em efetivo no caso de equívoco inocente para além do já explicado. Porém antes de prosseguir, ainda é relevante observar outra característica da mensagem publicitária – a sua irretratabilidade – que é abordada por Herman Benjamin nos seguintes termos:

Segundo Adalberto Pasqualotto, já vimos, a oferta publicitária é “contato social de consumo”, que não aceita a disciplina própria dos atos jurídicos. Independentemente o fato

publicitário “da vontade para produzir efeitos”, é juridicamente irrelevante qualquer atuação posterior do policitante publicitário no sentido de limitar, reorganizar ou extinguir os resultados vinculantes do seu discurso, eficazes a partir do momento em que se deu a exteriorização (rectius, “exposição”, consoante o art. 29 do CDC). Numa palavra, a oferta publicitária é “irretratável”, o que determina a “inviabilidade de arrependimento”. (BENJAMIN et al, 2022, p. 304)

Caso o anúncio fosse retratável, seria aberta a possibilidade do fornecedor ficar divulgado vários anúncios seguidos de um mesmo produto, porém cada um com um valor distinto, visando assim que um consumidor em potencial, ao ver um anúncio específico, fosse até o fornecedor obter o produto no preço desejável para ouvir que a pouco tempo tal oferta fora retratada e agora o preço é mais elevado do que o consumidor esperava. Isto em larga escala geraria uma incerteza constante no consumidor sobre o que considerar verdade ou não num anúncio, já que a qualquer tempo aquele anúncio que vira pode estar desatualizado. Herman Benjamin comenta sobre o problema de se admitir a retratabilidade da mensagem publicitária da seguinte maneira:

A admiti-la, ficará o oblato (= consumidor) na permanente incerteza sobre a manutenção do anúncio que, como desejava o anunciante, certamente despertou sua atenção e determinou sua decisão de compra. Viola o bom senso admitir que o consumidor fique, de forma inexorável, numa situação de insegurança, sempre que for exposto a um anúncio, pois terá de verificar, a cada momento, se a proposta originária está mantida ou não pelo anunciante. (BENJAMIN et al, 2022, p. 305)

Desta maneira, foi apresentado certas características e princípios que norteiam a mensagem publicitária, a sua possível

enganosidade e o risco de publicidade enganosa de forma geral para apresentar como o direito consumerista pensa acerca destes temas. A seguir será aprofundado mais alguns conceitos e questões com base no caso concreto apresentado no começo do trabalho sobre os *trailers* da Marvel.

4.2 O Caso do Hulk: Publicidade Enganosa por Comissão?

Neste caso, no qual foi delimitado a substituição de um personagem por outro no *trailer*, o mais natural de se entender é que na troca de um fato verdadeiro por um que seja falso, temos um ato que promove uma enganosidade. Na análise do *trailer* feita no capítulo 2 deste trabalho se mencionou da expectativa que um fã do personagem do Hulk teria não só antes do filme, como no próprio curso do filme, de ver o Hulk aparecer em cena por causa do trecho do *trailer*. Em verdade, esta experiência do fã em questão é um relato pessoal do autor deste presente trabalho: sem acompanhar bem certos filmes da Marvel por ser na época um consumidor casual, o apego que o autor desenvolvera com os personagens dos filmes vinha mais de suas experiências com outras mídias da Marvel do que com os filmes do UCM, assim tendo mais apreço por personagens secundários – dentre eles o Hulk – do que pelos que eram mais desenvolvidos nos filmes em questão.

Esta ponderação é importante, pois como vimos no subcapítulo anterior, analisar a boa vontade dos produtores em esconder o *spoiler* e o fato de em geral a reação do público ter sido indiferente ou positiva não releva para o enquadramento do trailer no instituto da publicidade enganosa, tampouco importa o fato de ter sido um trecho isolado do *trailer*, já que a verdade presente no *trailer* não anula o elemento enganoso que exista nele. Além disso, a enganosidade não é um mero elemento próprio de um *trailer*, como um letrreiro ou uma trilha sonora específica, mas sim a presença de um personagem específico. Este último tópico cabe colocações feitas

por Herman Benjamin sobre a liberdade artística da publicidade dentro da lei:

Não se diga, em tal caso, que qualquer regramento da publicidade afronta o direito de livre manifestação e criação. Não é o direito em si que é regrado, é o seu excesso que se torna objeto da regulamentação. **Ademais, a mensagem publicitária, per se, não pode ser considerada manifestação de uma opinião ou pensamento. Mostra-se, ao revés, como um momento da atividade econômica produtiva da empresa, e como tal é, expressamente, disciplinada pela Constituição Federal, pelo prisma da proteção ao consumidor (art. 170, V).** (BENJAMIN et al, 2022, p. 309. Grifo nosso.)

Por mais que possa haver uma criatividade artística no material publicitário, ela ainda é algo inserido dentro de uma atividade econômica, o que acaba entrando dentro de um controle de seus possíveis excessos – artísticos ou não – contra o consumidor por força no inciso V do art. 170 da Constituição Federal, que prevê dentro do regulamento da atividade econômica produtiva a proteção ao consumidor. Nisto o doutrinador prossegue explorando os dizeres de Vidal Serrano Nunes Júnior:

É, pois, apropriada a observação de Vidal Serrano Nunes Júnior de que, integrando a publicidade o leque das atividades próprias da ordem econômica – atividades essas regidas pelo art. 170 da Constituição Federal, como vimos –, “excluem-se de seu lastro legitimador os direitos fundamentais”; conseqüentemente, “o eventual caráter artístico não desnatura a essência econômica da publicidade comercial, que, enquanto função de venda, tem no mercado de consumo o destinatário de sua atenção. **Arredada de sua finalidade econômica, a publicidade comercial sequer chegaria a existir. Assim, eventual criação artística que nela se encontre nada mais é do que mero instrumento da ação publicitária, que**

objetiva fazer atuar referida finalidade econômica". (BENJAMIN et al, 2022, p. 309. Grifo nosso)

Ou seja, mesmo que haja espaço no *trailer* para algum espaço de liberdade artística, ela jamais pode exceder os limites expostos pela lei por causa de sua clara finalidade econômica, dentre os limites cabendo ênfase especial aos limites referentes à enganabilidade dentro do *trailer*. É como Rizzato Nunes diz: "Alguns elementos expressivos da chamada licença publicitária são aceitáveis, desde que não sejam capazes de causar nenhum tipo de dano direto ou indireto ao consumidor" (NUNES, 2021, p. 192).

Tal constatação, aliada com todo o dissertado neste capítulo da área jurídica, refutam qualquer argumento sobre a permissão de um *dolus bonus* ou mesmo de uma exceção à regra pelo argumento da liberdade artística da publicidade ou da suposta boa-fé dos produtores em tentar esconder os *spoilers* dos filmes: nada disto justifica enganar o consumidor.

Como a "arte" do publicitário se encontra inerentemente conectada com os interesses comerciais do fornecedor, isto acaba sujeitando-a a uma regulação por força da proteção ao consumidor. Esta regulação se dá, antes de tudo, pela limitação da ética que dá sustentação à lei (NUNES, 2021, p. 193), o que repercute numa limitação com a verdade, já que quaisquer enganabilidade é algo antiético e condenado pela lei.

Assim, a questão do caso é se a falsa presença do Hulk configura realmente um elemento enganoso que pode prejudicar a experiência do consumidor ao assistir o filme. Nisto frisa-se o seguinte dado: o personagem em questão é um personagem secundário de um filme que conta com dezenas de outros super-heróis queridos pelo público, muitos deles com maior relevância para a trama do que o Hulk. É justamente a presença de tantos personagens no mesmo filme, em um verdadeiro clímax de várias histórias contadas em muitos filmes anteriores, o principal apelo desta produção cinematográfica. Assim não seria absurdo algum falar que a presença do Hulk, neste caso, seja mero dado acessório que somente uma demografia específica do público fosse se importar, sendo que

mesmo este grupo de pessoas não iria tratar este dado como decisivo para a compra de seu ingresso⁹.

No entanto, mesmo que este grupo de fãs seja uma minoria que possa sofrer diante da enganabilidade, isto não descaracteriza a publicidade enganosa, como já mencionado em citação de Herman Benjamin sobre o fato de o que é exigido para se provar a enganabilidade é a simples tendência ou capacidade de enganar, mesmo que este engano atinja uma minoria significativa dos consumidores (BENJAMIN et al, 2022, p. 327.), logo, não importa se a maioria dos fãs não foram enganadas ou não se sentiram prejudicadas. Na verdade, nem precisaria ter alguém que fora enganado ou prejudicado, o simples fato de ter chance de gerar algum engano já é bastante para ser configurado a publicidade enganosa. É o que o referido autor explica a seguir:

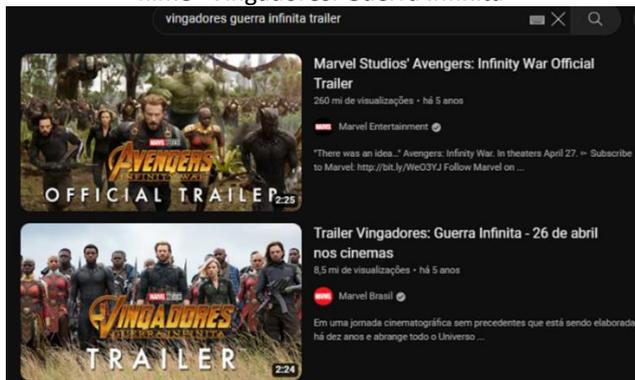
A proteção do consumidor contra a publicidade enganosa leva em conta somente sua capacidade de indução em erro. Inexigível, por conseguinte, que o consumidor tenha, de fato e concretamente, sido enganado. A enganabilidade é aferida, pois, em abstrato. O que se busca é sua “capacidade de induzir em erro o

9 Na experiência pessoal do autor deste trabalho, que no curso da pandemia de COVID-19 se tornou um consumidor entusiasta dos filmes do UCM, ao conversar com outros fãs dos filmes da Marvel, ele particularmente nunca encontrou outra pessoa além de si mesmo que tenha reparado e se importado com esta diferença do *trailer* com o filme referente a aparição do Hulk. Em verdade, o simples fato de ter se importado com um personagem secundário quando o foco dos demais fãs era em outras questões do filme em questão chegou a ser até mesmo motivo de piada de alguns colegas. Porém esta fora uma experiência sobre um fã de um personagem específico, o que abre precedente para se inferir sem muita ousadia de que outros fãs possam ter reparado e não gostado desta alteração. De qualquer forma, ao ponderar o próprio contexto do filme, pesquisar na internet sobre as opiniões e observar a própria experiência pessoal, a impressão geral é de que a presença do Hulk em tal cena é algo realmente acessório no filme.

consumidor”, não sendo, por conseguinte, exigível qualquer prejuízo individual. O difuso – pela simples utilização da publicidade enganosa –, presumido jure et de jure, já é suficiente. (BENJAMIN et al, 2022, p. 328.)

O que restaria para tentar isentar o *trailer* de Guerra Infinita de ser classificado como publicidade enganosa neste caso seria insistir no fato da presença do Hulk ser um elemento concretamente acessório ao contexto do filme, porém nem mesmo esta alegação prospera pelo fato de que “mesmo um fato acessório pode, via publicidade, ser ressaltado, ganhando, então, capacidade para induzir o consumidor em erro” (BENJAMIN et al, 2022, p. 328.). Isto é concretamente mostrado, para além do contexto de impacto da cena em que o Hulk aparece junto de outros heróis no *trailer*, pelo fato de no vídeo no Youtube no qual podemos encontrar o *trailer*, a capa do vídeo – chamado de *thumb* – é justamente esta cena, onde é possível ver o Hulk junto dos demais heróis no contexto da batalha de Wakanda, como consta na captura de tela da página do Youtube a seguir:

Figura 1 – Captura de tela do buscador do Youtube sobre os *trailers* do filme “Vingadores: Guerra Infinita”



Fonte: Pesquisa no endereço eletrônico do YouTube sobre o *trailer* do filme “Vingadores: Guerra Infinita”¹⁰.

Curioso notar que a *thumb* do canal oficial da Marvel é diferente da que existe no canal oficial da Marvel no Brasil, não sendo observado nesta a falsa presença do Hulk. Em verdade, o *trailer* presente no canal oficial da Marvel no Brasil é diferente do que existe no canal oficial da Marvel, mostrando nas cenas da batalha de Wakanda a presença somente da armadura Hulkbuster – porém sem revelar quem a utilizava. Além disso, ambos os *trailers* são de datas diferentes e seus conteúdos também, sendo o do canal da Marvel Brasil mais recente, no que cabe a lembrança sobre a questão de a publicidade não ser retratável justamente pelo já mencionado no caso de o consumidor confuso tendo de ficar consultando distintos *trailers* para saber qual falara a verdade e qual não falara.

Talvez um consumidor entusiasta dos filmes da Marvel ao estudar os diferentes *trailers* pudesse especular que na batalha de Wakanda o Hulk seria substituído pela Hulkbuster como daria a entender pelo *trailer* mais recente, porém nisto cabe observação de Herman Benjamin, que além de responder esta hipótese, revela que este tipo de discussão não se restringe ao direito brasileiro:

Conforme já decidido nos tribunais americanos, a norma jurídica de repúdio à publicidade enganosa não foi “moldada apenas para a proteção dos especialistas, mas para o público – a vasta multidão que inclui o ignorante, o desatento e o crédulo”, e “o fato de uma alegação falsa ser obviamente mentirosa para aqueles que são treinados e experientes não muda o seu caráter nem retira seu poder para

10 Disponível

em: https://www.youtube.com/results?search_query=vingadores+guerra+infinita+trailer. Acesso em: 14 dez. 2023.

enganar outros menos experientes”. (BENJAMIN et al, 2022, p. 329.)

Como explicado sobre o consumidor entusiasta e o consumidor casual, não seria estranho que entusiasta pudesse evitar tal engano ao estudar os diferentes *trailers*, mas o casual poderia muito bem ter visto somente o primeiro *trailer* que continha a falsa inserção do Hulk. E mesmo que o casual não se atentasse ao ponto de ser enganado, isto não anularia a enganiosidade potencial que existe para ele. É neste sentido que ganha muito valor a seguinte fala de Herman Benjamin quando fala sobre o induzimento ao erro no caso de publicidade exagerada:

Ao Direito – pelo menos como o entendemos – causa repulsa qualquer forma de falsidade ou induzimento em erro, mesmo aquela praticada “inocentemente”, já que é difícil imaginar tanta inocência quando é com base nela que o consumidor é incentivado a adquirir o produto ou serviço. O problema, no caso do exagero, é sempre o de traçar o limite entre o lícito e o ilícito, ou seja, “em decidir quais alegações são mero exagero e quais outras constituem engano real do público”. (BENJAMIN et al, 2022, p. 331.)

Desta forma, todos argumentos levantados para isentar o *trailer* de Guerra Infinita que está em análise de ser uma publicidade enganosa não prosperam diante dos institutos do Código de Defesa do Consumidor, restando neste caso, por ser um afirmar positivo de algo – “o Hulk estará em tal cena” –, configurar o *trailer* como uma publicidade enganosa comissiva (BENJAMIN et al, 2022, p. 329.).

5. Considerações finais

Com todo o exposto, fica claro que existe uma base legislativa e doutrinária que classifica como enganosa qualquer tipo de informação publicitária, mesmo que ela seja parcialmente falsa ou incompleta.

O rigor é imenso e coloca em xeque esta prática da Marvel de modificar digitalmente as cenas de seus trailers. Mesmo na hipótese em que a modificação digital não fora concretamente uma publicidade enganosa (ao menos aos olhos do autor deste projeto), é notório que este caso pode ser controverso. E tem de ser assim.

A ideia de usar tal recurso para evitar os spoilers e assim melhorar a experiência do consumidor é boa, mas como versa o ditado popular, “de boa intenção o inferno tá cheio”. Esta estratégia pode gerar danos colaterais ao consumidor pela potencial enganiosidade dela, na própria vivência do autor deste projeto gerou o dano colateral de comprometer a experiência de assistir ao filme Guerra Infinita. Este risco vale a pena? O Código de Defesa do Consumidor responde isto com um duro “não”.

O consumidor é inegavelmente a parte mais frágil da relação consumerista, e isto não se limita somente ao seu poder econômico. Há uma questão sapiencial. O consumidor desconhece todas as nuances do produto ou serviço que está para obter, ao contrário do fornecedor, gerando uma falta de paridade de armas entre os dois polos da relação consumerista. Esta falta de paridade pode ensejar eventuais abusos por parte do fornecedor, assim tornando a relação consumerista inevitavelmente delicada e arriscada para o consumidor. É para isso que o consumidor deve e é protegido pelo ordenamento jurídico.

Por mais que filmes de super-heróis possa soar algo trivial ou até infantil, fato é que eles constituem uma parcela significativa do mercado do entretenimento, o qual cada vez mais ganha seu espaço com cifras milionárias em todos os tipos de produtos e serviços. O Direito não pode ficar alheio a essas relações de consumo que se constroem e se intensificam cada vez mais.

Observando sob o prisma da área da Publicidade, obteve-se a afirmação de que o trailer é uma peça artística apartada da peça que

é o filme. Isto é inegável pelo propósito e elementos que cada uma das mídias exige de si, deixando claro que não é razoável que o trailer seja 100% idêntico ao filme – a mera diferença de duração de um para o outro tornaria isto impossível.

Porém, o trailer não terá a mesma liberdade de criação criativa que o filme detém, haja vista que todos seus elementos são selecionados e direcionados para um propósito comercial que transcende qualquer teor artístico que ele possua. Esta condição do trailer não pode ser ignorada, pois caso em nome da arte uma enganiosidade seja comunicada, a repercussão não será meramente uma apreciação da criatividade ou da técnica do publicitário – será antes de qualquer análise, uma repercussão financeira negativa advinda de um consumidor que fora enganado. E esta repercussão não pode ser admitida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Referências bibliográficas

BOLZAN, Fabrício de A. **Direito do consumidor esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

BOX OFFICE MOJO BY IMDBPRO. **Avengers: Infinity War**. [S.l.], [2018?]. Disponível em: <https://www.boxofficemojo.com/release/rl3043198465/>. Acesso em 1 abril 2022.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Senado Federal. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 1 abril 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

DICIONÁRIO ONLINE PRIBERAM DE PORTUGUÊS. **Spoiler**. [S.I.], [2018?]. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/spoiler#:~:text=2.,faz%20do%20filme%20cont%C3%A9m%20spoilers>). Acesso em: 7 abril 2022.

DICIONÁRIO ONLINE PRIBERAM DE PORTUGUÊS. **Cosplay**. [S.I.], [2012?]. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/cosplay>. Acesso em: 21 abril 2022.

DRUM, Nicole. **Hulk scene in ‘Avengers: Infinity War’ trailers was an intentional misdirect for fans**. [S.I.], 2018. Disponível em: <https://comicbook.com/marvel/news/avengers-infinity-war-fake-hulk-scene-explained/>. Acesso em: 1 abril 2022.

GRINOVER, Ada P.; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos E.; MARQUES, Cláudia L.; et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645527. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645527/>. Acesso em: 29 out. 2023.

GSHOW. **‘Homem-Aranha: Sem Volta Para Casa’: fãs se fantasiam para assistir ao filme e as fotos estão hilárias!**. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://gshow.globo.com/tudo-mais/viralizou/noticia/homem-aranha-sem-volta-para-casa-fas-se-fantasia-como-o-super-heroi-para-assistir-a-estreia-do-filme.ghtml>. Acesso em: 1 abril 2022.

LEGIÃO DOS HERÓIS. **15 vezes que os trailers da Marvel enganaram os fãs.** [S.I.]. 2021. Disponível em: <https://www.legiaodosherois.com.br/lista/trailers-marvel-enganaram-fas.html>. Acesso em: 7 abril 2022.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor.** [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555593525. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593525/>. Acesso em: 06 nov. 2023.

PEREIRA, Rodrigo Luiz. **No campo dos negócios jurídicos o que se entende por "dolus bonus" e "dolus malus"?** [S.I.], 2008. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/104981/no-campo-dos-negocios-juridicos-o-que-se-entende-por-dolus-bonus-e-dolus-malus-rodrigo-luiz-pereira>. Acesso em: 24 maio 2022.

PWC. **Pesquisa global de entretenimento e mídia 2021 - 2025.** [S.I.], 2021. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/setores-atividade/entretenimento-midia/2021/outlook-2021.html>. Acesso em: 1 abril 2022.

ROLLING STONE. **Ouça a reação insana das pessoas no cinema quando Capitão América usou o martelo do Thor em Vingadores: Ultimato.** [S.I.], 2020. Disponível em: <https://rollingstone.uol.com.br/noticia/ouca-reacao-insana-das-pessoas-no-cinema-quando-capitao-america-usou-o-martelo-do-thor-em-vingadores-ultimato/>. Acesso em 1 abril 2022.

RUSSO, Anthony. **Trailers, spoilers e a dificuldade de surpreender em hollywood**. [S.l.], 2015. Site Judão. Entrevista concedida a Renan Martins Frade. Disponível em: <https://judao.com.br/trailers-spoilers-e-dificuldade-de-surpreender-em-hollywood/>. Acesso em: 24 maio 2022.

SANTOS, Márcio Carneiro dos. **O trailer do filme e a retórica da atração**. Dissertação (Mestrado em Comunicação Área de Concentração em Comunicação Contemporânea) – Curso de Mestrado em Comunicação – Universidade Anhenibi Morumbi, 2009. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp087277.pdf>. Acesso em: 26 maio 2022.

SEPÚLVEDA, Bruno. **Vingadores Ultimato | Explicada situação de Bruce Banner/Hulk**. [S.l.], 2019. Disponível em: <https://feededigno.com.br/filmes/vingadores-ultimato-situacao-hulk/?amp=1>. Acesso em: 1 abril 2022.

SMITHSONIAN, Instituto. **Smithsonian Associates Presents “Marvel Men: Joe and Anthony Russo on Bringing Avengers: Infinity War to the Screen”**. Washington, D.C., 2018. Disponível em: <https://www.si.edu/newsdesk/releases/smithsonian-associates-presents-marvel-men-joe-and-anthony-russo-bringing-avengers-infinity>. Acesso em: 21 abril 2022.

Trailer Vingadores: Guerra Infinita - 26 de abril nos cinemas. [S.l.], 2018. 1 vídeo (2 min). Publicado pelo canal Marvel Brasil. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4jGRyEa2jhE>. Acesso em: 12/11/2023.

VINGADORES: Guerra Infinita | Trailer Oficial Legendado.

[S.l.:s.n.], 2018. 1 vídeo (2 min). Publicado pelo canal Igresso.com. Disponível em:
https://www.youtube.com/watch?v=t_ULBP6V9bg. Acesso em: 1 abril 2022.

ZANELLA, Cassiano Giroto. **Elementos surpresa: os spoilers inseridos no trailer de cinema**. Monografia (Bacharelado em Publicidade e Propaganda) - Curso de Bacharelado em Publicidade e Propaganda - Faculdade de Artes e Comunicação da Universidade de Passo Fundo, 2016. Disponível em:
<http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/976/1/PF2016Cassiano%20Giroto%20Zanella.pdf>. Acesso em: 26 maio 2022

13

RACIONALIDADE ESTRATÉGICA, TRATAMENTO DE DADOS E A ÉTICA NA INDÚSTRIA DA SAÚDE

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.1>

Natália Regueira de Oliveira¹

Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva²

-
- 1 Doutoranda em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN/UFF), Mestre em Políticas Públicas em Direitos Humanos (PPDH/UFRJ). E-mail: natalia_regueira@id.uff.br.
 - 2 Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (PPGSD/UFF), Mestre em Direito (PPGD/UGF), Professor do Departamento de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense (SDP/UFF), Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF) e do Programa de Pós-graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF). E-mail: candidoduarte@id.uff.br.

RESUMO

A vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018, fomentou discussões relevantes acerca do valioso conteúdo extraído dos dados pessoais. A partir de então um movimento em relação à orientação, organização institucional, normatização infralegal e divulgação de boas práticas, foi sendo desenhado de modo que a proteção efetiva da privacidade e dos direitos individuais fosse alcançada. O que buscaremos analisar neste trabalho diz respeito à ética no tratamento de dados sensíveis pelo setor da saúde, que envolve desde a atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, até entidades privadas que comercializam sistemas de gestão de dados dos usuários de planos de saúde, envolvendo também médicos, hospitais e farmácias. O intuito deste trabalho engloba, portanto, a leitura da ética da indústria da saúde sob a perspectiva habermasiana, que constitui o quadro teórico-metodológico que possibilitará a construção da crítica a partir do suposto tratamento de dados sensíveis dos usuários pelas empresas de planos de saúde.

Palavras-chave: Racionalidade. Ética. Privacidade

1. Introdução

O tratamento de dados tem passado ao longo dos anos por algumas etapas de abrangência e abordagem em relação ao próprio desenvolvimento tecnológico, ou seja, a regulação da proteção de dados tende a refletir o estado da tecnologia em si e a perspectiva jurídica de cada período (DONEDA, 2011).

A partir da classificação evolutiva construída por Viktor Mayer-Scönberger, Doneda (2011) analisa a transição entre fases, destacando que a primeira fase da geração de leis de proteção de dados data da década de 1970, com atribuição ao Estado do controle do uso de informações pessoais. Cabe salientar que à época a tecnologia e o uso de computadores ainda representava uma espécie de ameaça, portanto os princípios associados ao uso de dados pessoais ainda eram abstratos e gerais.

A segunda geração de leis sobre o uso de dados pessoais surge ainda na década de 1970 e tem como marco a lei francesa de proteção de dados pessoais de 1978, que baseada na ideia de privacidade, estabeleceu uma espécie de liberdade negativa a ser exercida pelo próprio cidadão (DONEDA, 2011, p. 97).

A terceira geração de leis sobre a matéria engloba legislações da década de 1980, ainda centradas no cidadão e na construção a partir do exercício de liberdade em fornecer ou não seus dados pessoais. A proteção de dados passa, portanto, a representar um processo mais complexo, que viabiliza o exercício da autodeterminação informativa.³

A quarta geração de leis inova no sentido de tratar o uso de dados de forma integral, isto é, busca corrigir pontos não abrangidos pelas gerações anteriores, que tratavam toda demanda como questão individual. A partir da década de 1990 a proteção de dados passa a representar uma questão coletiva, mediante reconhecimento de desequilíbrio na relação entre o cidadão e as entidades que coletam e processam dados (DONEDA, 2011). Atualmente podemos incluir também a categoria de entidades que comercializam, indevidamente, dados pessoais.

Partindo-se do raciocínio jurídico, aliado ao pensamento de autores como Jürgen Habermas e Anthony Giddens, vislumbra-se como hipótese que a guarda e tratamento dos dados se baseia na confiança. Ocorre todavia, que nem sempre uma perspectiva comunicativa é observada, dando lugar a racionalidade estratégica. Deste modo, apresentamos como objetivo geral do trabalho, a análise

3 Segundo Doneda, a autodeterminação informativa não passava tão somente pela permissão ou não do uso de dados pessoais, mas também “privilegio de uma minoria que decidia enfrentar os custos econômicos e sociais do exercício dessas prerrogativas” (DONEDA, 2011, p. 98). Significa dizer, com a perda do monopólio do uso de dados pelo Estado, entidades privadas passaram a barganhar com os cidadãos pelo uso de dados, condicionando a participação social destes ao fornecimento de dados pessoais. Assim, as camadas menos favorecidas da sociedade estariam mais expostas e sujeitas ao fornecimento menos criterioso de seus próprios dados.

sobre como o tratamento de dados pessoais no âmbito de saúde impacta as relações consumeristas, onde a vulnerabilidade do consumidor é, de antemão reconhecida pela legislação. E, como objetivos específicos definimos: analisar a LGPD e suas repercussões no direito do consumidor; analisar as relações entre farmácias, indústria farmacêutica, operadoras de planos de saúde e sua repercussão para o consumidor; e, avaliar como se dá o tratamento de dados sensíveis em âmbito de saúde.

Serão construídas a partir daqui mais 3 seções, sendo a seção 2 construída considerando aspectos operacionais oriundos do impacto da LGPD para o setor de saúde; na seção 3 discutiremos a proteção à privacidade do consumidor como demanda ética; e, na seção 4 abordaremos a confiança como elemento esperado nas relações e a adequação deste conceito à face visível do sistema de saúde. E, por fim, avaliaremos o tipo de racionalidade envolvida na demanda de tratamento de dados pessoais pelo setor da saúde.

1.1. Proteção de dados pessoais e o impacto da LGPD para o setor da saúde

Inicialmente, é possível afirmar que o impacto Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018, sobre o setor da saúde foi percebido em larga escala, notadamente se observarmos o volume de dados gerais abarcados pelas relações entre paciente-médico, paciente-operadora de plano de saúde, consumidor-farmácias, ou seja, os dados dos pacientes podem estar circulando em diversos meios.

De acordo com o disposto no art. 11 da LGPD, “o tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ser realizado quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas”, isto é, necessário uma espécie de consentimento qualificado; ou, sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;
realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;
exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;
proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)
garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.⁴

Interessante notar que as hipóteses em que se admite o tratamento de dados sensíveis sem o consentimento do titular são conceitos abertos, em que possíveis interpretações seriam cabíveis, como, por exemplo, em se tratando de execução de políticas públicas,

4 BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

proteção da vida e tutela da saúde. Mas, cabe destacar, ainda, a hipótese de realização de estudos, em que a Lei inclui a necessidade de “anonimização dos dados pessoais sensíveis”; anonimização esta defendida como estratégia de defesa para profissionais da saúde, considerando um protocolo de compartilhamento de dados, que afastaria a incidência da LGPD, segundo o Código de Boas Práticas - Proteção de Dados para Prestadores Privados em Saúde, produzido a partir de um Grupo de Trabalho organizado pela Confederação Nacional de Saúde.⁵

Ocorre que, o processo de anonimização é falível, considerando a existência de um risco real do titular dos dados ser identificável (BIONI, 2021). Contudo, o procedimento de anonimização tem previsão legal no art. 12 da LGPD⁶ e demanda aplicação de esforço razoável para reversão, isto a partir de fatores objetivos e subjetivos. Neste sentido,

-
- 5 Código de Boas Práticas: Proteção de Dados para Prestadores Privados de Serviços em Saúde. Disponível em: http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2021/03/Boas-Praticas-ProtECAo-Dados-Prestadores-Privados- CNSaude_ED_2021.pdf. Acesso em 08.11.2023.p.72.
- 6 Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.
- § 1º A determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios.
- § 2º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.
- § 3º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões e técnicas utilizados em processos de anonimização e realizar verificações acerca de sua segurança, ouvido o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais.

Em síntese, o legislador brasileiro adotou uma estratégia normativa alinhada à premissa de que os dados anonimizados seriam sempre passíveis de reversão. (...) A *resiliência* de tal processo é o que determinará se haverá algum tipo de intersecção entre dados anonimizados e dados pessoais, cujos elementos de análise são de ordem objetiva (razoabilidade) e subjetiva (meios próprios). (BIONI, 2021, p. 255)

Há, pois, diversos fatores de risco que impactam diretamente o processo de anonimização dos dados. Dentre os fatores analisados por Bioni (2021) destacamos o volume e a natureza dos dados, que seriam para o setor de saúde os mais desafiadores. Os dados pessoais

que circulam pelo meio ambiente da saúde representam um grande e detalhado volume e, exatamente, por sua natureza são considerados valiosos, visto que podem gerar informações altamente relevantes para a indústria farmacêutica, por exemplo.

De acordo com dados disponíveis no sítio eletrônico da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, 1.132 operadoras de planos de saúde possuem registro ativo, em conformidade com a base de dados de outubro de 2023.⁷ Operadoras que são responsáveis pela gestão de mais de 50 milhões de usuários, segundo relatório também disponibilizado pela ANS. Do total de beneficiários, cerca de 3,9 milhões utilizam a modalidade de autogestão, 18,9 milhões a Cooperativa médica, 6,7 milhões optam por seguradoras especializadas em saúde, e mais de 20 milhões de usuários fazem uso da modalidade Medicina em grupo.

O volume de dados sensíveis de todos os usuários de planos de saúde já nos parece consideravelmente grande, mas se pensarmos na abrangência do Sistema Único de Saúde esse volume se multiplica algumas vezes. Neste sentido, com o desenvolvimento de ferramentas tecnológicas capazes de trabalhar este volume de dados,

7 ANS. Dados e Indicadores do Setor. Disponível em: https://www.ans.gov.br/anstabnet/cgi-bin/tabnet?dados/tabnet_03a.def

tornou-se fundamental pensar a gestão dos dados sensíveis dos usuários/pacientes de forma estratégica.

Tanto é assim que desde 2017 o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social/ BNDES, em parceria com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações/ MCTIC, lidera estudos para “*propor um plano de ação estratégico para o país em Internet das Coisas (em inglês, Internet of Things - IoT)*”,⁸ para contemplar, inclusive, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, da Organização das Nações Unidas.

No referido estudo o setor da saúde é destacado como prioritário para fins de “*acelerar a implantação da Internet das Coisas como instrumento de desenvolvimento sustentável da sociedade brasileira*”, por meio da “*ampliação do acesso à saúde de qualidade no Brasil por meio da criação de uma visão integrada dos pacientes, descentralização da atenção à saúde, e da melhoria de eficiência das unidades de saúde*” (BNDES, 2017, p. 13).

O conceito de qualidade quando se trata de acesso à saúde passaria, pois, pela integralização do atendimento, considerando todas as etapas e modalidades, o que parece bastante ousado no âmbito de um país de dimensões continentais. Eficiência, por sua vez, deveria abranger desigualdades entre aqueles cidadãos que conseguem ter acesso a um

atendimento digno e aqueles que permanecem excluídos, inclusive em relação ao acesso ao atendimento médico.

Ainda em 2018 foi publicada a Lei 13.787 de 27 de dezembro de 2018, que dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente, cujo regramento é a própria lei 13.787/2018 e a Lei nº 13.709/2018 (LGPD). Há, portanto, todo um movimento em direção ao desenvolvimento tecnológico associado à proteção de dados, incluindo o setor da saúde.

8 BNDES. Relatório do plano de ação – Iniciativas e Projetos Mobilizadores. Disponível em <https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/269bc780-8cdb-4b9b-a297-53955103d4c5/relatorio-final-plano-de-acao-produto-8-alterado.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m0jDUok>.

Tanto é assim que a Emenda Constitucional nº 115 de 10 de fevereiro de 2022, dispõe que:

Art. 1º O caput do art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso LXXIX:

"Art. 5º

.....
.....

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Significa, portanto, que a proteção de dados pessoais foi alçada como direito fundamental. Aqui cabe uma reflexão acerca da efetividade da proteção à privacidade dos usuários, já que dados de saúde são dados sensíveis. Doneda (2011, p. 102) aponta que,

É possível considerar a Convenção de Strasbourg como o principal marco de uma abordagem da matéria pela chave dos direitos fundamentais. Em seu preâmbulo, a convenção deixa claro que a proteção de dados pessoais está diretamente ligada à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, entendendo-a como pressuposto do estado democrático e trazendo para este campo a disciplina, evidenciando sua deferência ao artigo 8º da Convenção Europeia para os Direitos do Homem.⁹

9 Artigo 8.º - (Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das

Assim, entre camadas de riscos e oportunidades, foi publicado o resultado da pesquisa Proteção de Dados Pessoais em Serviços de Saúde Digital, realizada pelo Instituto de Comunicação Informação Científica e Tecnológica em Saúde, da Fundação Oswaldo Cruz (Icict/Fiocruz) Intervozes – Coletivo Brasil de Comunicação Social Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), apontando que:

A garantia da proteção de dados dos/as usuários/as enfrenta barreiras também no que se refere às normas. Em primeiro lugar, observou-se uma ausência de diálogo entre os textos das normas analisadas. Há também pouca uniformidade (ou imprecisão) na nomenclatura adotada para se referir à proteção de dados, e as discussões sobre dados pessoais são abordadas muitas vezes pela lógica do sigilo (sigilo médico), desconsiderando como os dados circulam a partir do uso das tecnologias. As normas e documentos analisados também promovem confusão entre privacidade e proteção de dados pessoais, e a segurança costuma ser tratada de forma geral e superficial, sendo descrita muitas vezes como sinônimo de “cibersegurança”.

Esta discussão põe foco na abordagem acerca da ética no tratamento dos dados de saúde dos usuários/pacientes. Em meio à ausência de regulamentação específica e de controle social construído por meio de participação dos próprios usuários, configura-se um cenário que ainda demanda esforços coletivos de representação.

infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

1.2. Proteção à privacidade do consumidor como demanda ética

O valor atribuído pela própria indústria da saúde aos dados pessoais sensíveis dos usuários enseja toda sorte de risco, que impacta diretamente a privacidade das pessoas.

Recentemente foram registrados pelo Ministério da Saúde, por exemplo, três incidentes com dados pessoais, em que foram expostas bases de dados pessoais.”¹⁰

Destacamos aqui, dentre os incidentes, o ocorrido em novembro de 2022, no qual foi “constatada a ocorrência de possível crime cibernético relativo à venda ilegal de bases de dados administrativas oriundas de sistemas governamentais, dentre eles o CADSUS - Sistema de Cadastramento de Usuários do Sistema Único de Saúde e os dados de imunização do e-sus Notifica”.

Diversas ações têm sido realizadas para discussão e elaboração de medidas sustentáveis tanto para o Sistema de Proteção do Consumidor quanto para o mercado da saúde em geral. Citamos, como exemplo, a audiência pública realizada em 26 de abril de 2023 pela Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados,¹¹ na qual discutiu-se sobre os descontos concedidos por farmácias e drogarias mediante cadastro dos consumidores. Na ocasião da audiência pública foi discutida, inclusive, a rotulagem dos clientes a partir dos dados pessoais, como uma das práticas indevidas a serem investigadas.

Também presente na audiência pública, representante da ANPD relatou que a entidade tem acompanhado as políticas de

10 Registro de Incidentes com Dados Pessoais está disponível em <https://www.gov.br/saude/pt-br/acao-informacao/legpd/registro-de-incidentes-com-dados-pessoais>. Acesso em 08.11.2023.

11 Audiência Pública realizada em 26 de abril de 2023. Descontos concedidos por farmácias e drogarias mediante cadastro. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/evento-legislativo/67618>>

privacidade implementadas no âmbito da saúde e em meio à concessão de descontos atrelados à disponibilização de dados pessoais dos consumidores. A ANPD informou que, preliminarmente, verificou “falta de transparência” e “pouca maturidade” no tratamento dos dados. Além disso, apurou que Programas de Fidelização divulgados por farmácias e drogarias não trazem informações suficientemente claras, o que pode ensejar vício no consentimento do consumidor.

Não se espera que, por vontade livre e desembaraçada, o cidadão exponha seus próprios dados pessoais, sem quaisquer critérios ou justificativa. Na mesma medida, poderíamos dizer que estes mesmos indivíduos tem a expectativa de que aqueles a quem são fornecidos seus dados pessoais também não façam a exposição. Ao consentir ter seus dados cadastrados, expectativa do consumidor parece estar alicerçada na confiança que nutre com o fornecedor. Giddens (1991), como se verá adiante, colaborará sobremaneira ao debate.

A partir do momento que esta expectativa não é atendida, esta relação entre o indivíduo e a entidade que recebeu os dados pessoais e deveria protegê-los está ferida, considerando que a normalidade esperada no âmbito desta relação foi rompida. Rompida a confiança podemos discutir a implicação ética desse quadro.

Recentíssimo episódio foi divulgado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública,¹² em que a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) notificou a empresa RaiaDrogasil para “*prestar esclarecimentos a respeito de práticas de tratamento indevido de dados pessoais sensíveis dos consumidores, relacionados à saúde*”. A notificação foi uma resposta à uma denúncia veiculada em um portal de informações na internet, que apontava que empresas do Grupo RaiaDrogasil estariam comercializando as informações pessoais dos clientes para anunciantes. Com o desdobramento das investigações o

12 Senacon notifica RaiaDrogasil sobre tratamento indevido de dados pessoais dos consumidores. Disponível em <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/senaccon-notifica-raiadrogasil-sobre-tratamento-indevido-de-dados-pessoais-dos-consumidores>>

Grupo terá prazo para apresentação dos esclarecimentos, o que inclui informar as medidas para tratamento dos dados, em conformidade com as determinações da LGPD.

Este caso, como vários outros, serve para também mensurar o descolamento entre o conteúdo normativo e a vida prática. Uma porque o enquadramento da proteção de dados como um direito autônomo e fundamental implica no reconhecimento de que a legislação brasileira não estrutura a proteção de dados pessoais como complexo normativo unitário (DONEDA, 2011), de modo que,

Parece existir no direito brasileiro, de forma generalizada, uma consciência de que seria possível tratar de forma satisfatória os problemas relacionados às informações pessoais em bancos de dados a partir de uma série de categorizações, geralmente generalistas e algo abstratas: sobre o caráter rigidamente público ou particular de uma espécie de informação; a respeito da característica sigilosa ou não de determinada comunicação, e assim por diante. Enfim: com um sistema baseado em etiquetas, permissões ou proibições para o uso de informações específicas, sem considerar os riscos objetivos potencializados pelo tratamento informatizado das informações pessoais. (DONEDA, 2011, p. 104)

Se a privacidade é um valor defendido na Lei Geral de Proteção de Dados e se essa norma representa, em decorrência do processo legislativo, a vontade da coletividade, então a proteção à privacidade como valor partilhado por essa mesma coletividade é uma demanda ética, de acordo com a perspectiva habermasiana. Portanto, aqueles que não agem em conformidade com esta premissa, ou seja, não conferem proteção à privacidade, não estão agindo de forma ética na vivência social.

A questão central a ser discutida, a partir de Habermas, é: qual a racionalidade que envolve a atuação de entidades privadas que demandam o maior quantitativo possível de dados para robustecer e demonstrar eficiência de seus sistemas de gestão? Há que se

destacar, que quando se verifica um descolamento entre o conteúdo normativo e a vida prática, se tem o que ele chama de tensão entre facticidade e validade.

Gestão que Gaulejac (2007) analisa a partir de relações de poder e ideologia, sendo que,

Os instrumentos de gestão não são neutros, contrariamente ao que pretende a maioria dos manuais que os apresenta como técnicas a serviço de uma abordagem racional da realidade. Eles são construídos sobre pressupostos raramente explicitados, lógicas implícitas que se impõem por meio de regras, de procedimentos, de ratios e de indicadores que se aplicam sem que haja possibilidade de discutir sua pertinência. As direções da empresa se referem constantemente a esses instrumentos para legitimar suas decisões e torná-las indiscutíveis, como se a racionalidade aparente de que são portadoras ocultasse a própria decisão. (GAULEJAC, 2007, p. 104-105)

De acordo com as reflexões de Habermas (1989), a justificação de uma norma “*é uma questão não apenas contingentemente, mas essencialmente comunicativa*”, ou seja, o agir comunicativo é o esperado nas relações sociais em geral. Contudo, quando prevalece a racionalidade estratégica podemos vislumbrar que a legitimidade formal pode vir a ser observada, porém quanto a facticidade, pode haver déficit de participação por parte dos concernidos, que podem sequer questionar práticas que possam vir a compartilhar dados sensíveis, ou seja a tensão entre facticidade e validade, pode indicar, o já citado descolamento entre o conteúdo normativo e a vida prática.

Hansen, deixa claro em *Modernidade Utopia e Trabalho* (1999) que vários modelos de racionalidade podem coexistir em uma sociedade. Observa o autor, que Habermas ressalta que a capacidade

argumentativa é elemento indissociável da racionalidade posto que “Graças, a essa possibilidade de argumentar, os sujeitos são capazes de pôr seus atos de fala e, por conseguinte, a pretensão de validade universal presente nos mesmos, sob discussão, submetendo-se à crítica.” (HANSEN, 1999, p. 19). Segue o autor

De fato, o homem dotado de racionalidade – e isso se aplica também a povos inteiros – é aquele capaz de colocar seus pressupostos constantemente sob crítica e reformular seus conceitos e condutas a partir dessa avaliação. Mas deve fazê-lo não apenas enclausurado em si, pois participa concretamente de uma comunidade linguística historicamente situada e nela deve efetivar suas práticas comunicativas. (HANSEN, 1999, p. 19)

Ao refletir sobre o conceito de discurso, Márcio Renan Hamel aduz que

O conceito de discurso, incluído na democracia, acaba por diferenciar a sociedade, pois permite contrastar diversas opiniões, propiciando a contestação, a identificação e o apontamento de possíveis soluções para os problemas existentes no seu interior. Dessa forma, coletivizar o social é, sem dúvida, abrir espaços de discussão, afirmando a cidadania ativa e a inclusão social, ao mesmo tempo em que a possibilidade da deliberação acerca de políticas públicas entre os cidadãos fornece, em consequência, alicerces para o desenvolvimento. (HAMEL, 2018)

Neste sentido, o agir comunicativo esperado no formato de dever das entidades que operam planos de saúde e de todas as entidades que operacionalizam o sistema de saúde no país, como farmácias e drogarias, seria implementar políticas eficazes para a

proteção de dados sensíveis de seus clientes, ação diretamente ligada aos valores compartilhados por todos os membros do corpo social, como por exemplo, a segurança, compreendida aqui em amplo sentido, somando à necessária segurança pessoal de cada indivíduo, a segurança coletiva no sentido de se evitar eventuais vazamentos de bases de dados inteiras, gerando insegurança generalizada.

O pensamento de Habermas, parece dialogar com propriedade com o conceito de confiança trabalhado por Anthony Giddens, uma vez que ao fornecer seus dados, o consumidor, parte manifestamente mais frágil nas relações negociais o faz, em tese, com o intuito de que estes permanecerão em uma base de dados segura e utilizada nos termos determinados pela LGPD. Confiar, segundo Giddens (1991), conforme se verá adiante, importa em depositar sobre outrem crédito, ver o outro com idoneidade e boa reputação, o que, no presente texto repercute nas relações negociais no mundo da vida, em especial entre o sistema de saúde *lato sensu* e o consumidor.

A partir do pensamento de Habermas, percebemos que o conceito de ética não é universal, mas sim uma repercussão do conceito de *Ethos*, que por sua vez retrata hábitos, costumes de uma determinada coletividade. Assim, podemos perceber que várias éticas podem coexistir, tais quais a ética atinente a uma religião, a uma comunidade, ao meio empresarial etc. A moral por sua vez, teria a pretensão de se estabelecer universalmente.

A moral, por sua vez, considerando o agir comunicativo e o Princípio U, universalização, entende que as pretensões dos indivíduos em coletividade, em discursos práticos, devem ser ouvidas e, assim, racionalmente submetidas ao discurso, para que, argumentativamente, no interesse de todos os concernidos, se estabeleçam como regras a serem seguidas. O P.U., conforme Habermas, é um princípio que possibilita que se caminhe em direção à ética do discurso. (HABERMAS, 1989, p.87)

Nesta seção trabalhamos, pois, o recorte ético que perfaz o fornecimento e o tratamento de dados pessoais no âmbito do sistema de saúde, concluindo que, se a ética é uma concepção de bem viver compartilhada coletivamente, há a necessidade de que sejam também partilhados pela coletividade os caminhos por onde serão coletados e utilizados os dados pessoais. Caminhos desconhecidos

pelos envolvidos não parecem atender ao recorte ético aqui examinado.

2. A confiança na face visível do sistema de saúde

A passagem de um sistema de produção de bens materiais para um sistema centrado em operações que dependem de tecnologia e informação coincide com a transição da modernidade para a chamada pós-modernidade. Isto é, a ideia de um “passado definitivo e um futuro predizível” (GIDDENS, 1991, p. 9), assim como as identidades fixas e estáveis do “sujeito” do Iluminismo (HALL, 2004, p. 46), já não se coadunam com a pós-modernidade.

Interessante notar que a complexidade da vida moderna e das organizações da sociedade moderna colocaram a prova a concepção individualista que pautada as ações do homem racional, como característica da modernidade. O sujeito pós-moderno é, por sua vez, dotado de uma personalidade inacabada, fragmentada e por vezes, contraditória, o que impulsionou uma forma mais coletiva e social de associação (HALL, 2004).

Gilvan Luiz Hansen, chama a atenção para modificações sociais que parecem coadunar com a ideia de uma racionalidade estratégica se tornando cada vez mais natural no mundo da vida, na medida em que as pessoas se sentem impotentes no que diz respeito a possível solução de problemas sociais. Se a identidade pessoal enfrenta dificuldades para ser configurada, o que dirá uma identidade coletiva. (HANSEN, 2008, p.77).

Este recorte já adianta um aspecto fundamental da proteção de dados pessoais, considerando as etapas de consolidação da legislação, haja vista que há uma dimensão coletiva a ser considerada.

Esse é um passo importante a ser dado para se pensar proteção de dados pessoais não somente

como um direito individual, mas, também, transindividual. Isto é, de um grupo de pessoas, ou toda uma população, que têm a sua vida impactada pela infraestrutura informacional do ambiente no qual estão inseridos. Essa compreensão ampliada do que é meio ambiente é um aporte teórico relevante no campo da proteção de dados pessoais que rompe com uma abordagem histórica focada no indivíduo na direção de uma tutela coletiva. (BIONI, 2021, p. 323).

No âmbito do sistema de saúde, portanto, a ideia ligada a esta dimensão coletiva poderia encaminhar à possíveis soluções para o sistema de saúde, cuja dinâmica “é necessariamente a de agregação dos dados dos cidadãos para segmentá-los em grupos” (BIONI, 2021). Nesta perspectiva, não seria somente o histórico do indivíduo em si, mas do grupo ou coletividade em que está inserido que determinaria a abrangência da assistência médica-farmacêutica, por exemplo.

Contudo, para que a estruturação deste sistema e, mais, para viabilizar o escalonamento das medidas necessárias ao agrupamento dos indivíduos, dado o desenvolvimento social e cultural destes mesmos indivíduos, tornou-se fundamental atraí-los de forma “voluntária” e organizada. Tornou-se relevante que os sujeitos façam parte desse agrupamento fornecendo os dados necessários.

Neste sentido, empoderar os indivíduos com um maior controle sobre seus dados parece uma medida relevante para que o consentimento seja dado mediante garantia de que será possível identificar quem os acessa e para que os acessa (BIONI, 2021), ou seja, identificar atores e finalidades no procedimento de recolhimento e utilização dos dados pessoais.

Isto se concretiza por meio de um aparato legal apto a consolidar o compromisso coletivo com este resultado esperado; em outras palavras, tornou-se necessário gerar confiança nos indivíduos no sentido de que seja seguro fornecer os dados pessoais (GIDDENS, 1991), ou, espera-se como resultado provável que nas operações em

que haja o fornecimento de dados pessoais apliquem-se medidas de segurança aptas a blindar eventuais abusos.

Os incidentes com dados pessoais registrados pelo Ministério da Saúde, citados anteriormente, por exemplo, são ocorrências que ferem esta relação de confiança entre os sujeitos e as instituições. Note-se que, além de um prejuízo individual numa eventual exposição de dados pessoais, há também um prejuízo na dimensão coletiva, em que se produz insegurança em toda coletividade.

Os chamados sistemas peritos, por seu turno, na condição de “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social” (GIDDENS, 1991, p. 30), atraem a atenção e a “fé” dos consumidores/clientes no âmbito dos sistemas de saúde. De modo que, é esperado que o sistema perito existente entre laboratórios da indústria farmacêutica, as drogarias e farmácias, e as operadoras de planos de saúde, em última análise, garanta o adequado tratamento dos dados pessoais que são fornecidos a cada compra por meio do número do CPF do consumidor. Esta seria, pois, a face visível no sistema de saúde.

Nesta perspectiva, Giddens (1991)¹³ trabalha com uma ideia de confiança pautada no desconhecimento, na falta de clareza sobre procedimentos, concluindo que, se visíveis e conhecidas todas as atividades e processos não haveria necessidade de construir relações de confiança entre os envolvidos. O autor sugere o seguinte conceito

A confiança pode ser definida como crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos (conhecimento técnico). (GIDDENS, 1991, p. 36)

13 GIDDENS, Anthony. As conseqüências da modernidade. Tradução de Raul Fiker. – São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 35-37.

A ideia de uma face visível do sistema de saúde conhecida pelos consumidores/clientes, de acordo com o conceito de Giddens (1991), deveria ser limitada e superficial para que a confiança dos envolvidos se constituísse. Todavia, no contexto atualizado das relações pós- modernas não é possível deixar de lado o conceito de transparência, contido na dimensão da integridade, como demanda coletiva.

Transparência, neste cenário, pode estar associada ao elemento risco, de modo que sendo conhecido o risco, ou, pelo menos, desde que se possa calcular conscientemente o risco envolvido nas operações e procedimentos, estaria atendido o critério. Portanto, sendo aceitável o risco haveria equilíbrio entre este a confiança depositada (Giddens, 1991).

Mas, Giddens (1991) trabalha também com a ideia de confiabilidade e, neste ponto, aborda a confiança em sistemas abstratos, de modo que a “confiança em sistemas assume a forma de compromissos sem rosto, nos quais é mantida a fé no funcionamento do conhecimento em relação ao qual a pessoa leiga é amplamente ignorante” (1991, p. 80). Assevera o autor que, Uma parte básica de meu argumento será a de que a natureza das instituições modernas está profundamente ligada ao mecanismo da confiança em sistemas abstratos, especialmente confiança em sistemas peritos. Em condições de modernidade, o futuro está sempre aberto, não apenas em termos da contingência comum das coisas, mas em termos da reflexividade do conhecimento em relação ao qual as práticas sociais são organizadas. Este caráter contrafactual, orientado para o futuro, da modernidade é amplamente estruturado pela confiança conferida aos sistemas abstratos — que pela sua própria natureza é filtrada pela confiabilidade da perícia estabelecida. É extremamente importante deixar claro o que isto envolve. A fidedignidade conferida pêlos atores leigos aos sistemas peritos não é apenas uma questão

— como era normalmente o caso no mundo pré-moderno — de gerar uma sensação de segurança a respeito de um universo de eventos independentemente dado. É uma questão de

cálculo de vantagem e risco em circunstâncias onde o conhecimento perito simplesmente não proporciona esse cálculo mas na verdade cria (ou reproduz) o universo de eventos, como resultado da contínua implementação reflexiva desse próprio conhecimento. (GIDDENS, 1991, p. 77).

Buscamos nesta seção pontuar em que medida a construção da confiança dos consumidores no sistema de saúde pode ser determinante à manutenção deste. Para tanto, assumimos que a face visível do sistema de saúde, como um sistema perito, deve, de fato, ser limitada. Confiança gera uma sensação de segurança, pode deixar a avaliação dos riscos em segundo plano e induz ao consentimento, que é parte do conjunto de “aceites” abarcados pelo fornecimento de dados pessoais.

3. Considerações finais

Iniciamos este trabalho introduzindo, de forma sintética, as etapas da construção normativa para o tratamento de dados pessoais, em conformidade com as lições de Doneda (2011). Nas seções posteriores abordamos impactos e questões práticas da LGPD para o setor de saúde, assim como a proteção à privacidade do consumidor como demanda ética; e, por fim, a face visível do sistema de saúde e o elemento confiança, a partir da leitura pós-moderna.

Encaminhando-nos à conclusão, sem qualquer pretensão de esgotar a temática, nem de estabelecer relações fixas de causa e efeito, entendemos que o tratamento de dados pessoais no âmbito do sistema de saúde tem sido trabalhado a partir da racionalidade estratégica, consoante lições de Habermas (1989).

Em que pese ser o fluxo de dados de saúde um campo que ainda passa por processo de aprimoramento de inovações tecnológicas, em sede de jurisprudência, por exemplo, parece que ainda passaremos por uma espécie de sedimentação de entendimento. Para além desta perspectiva, temos que um caminho

viável para legitimação das normas que tratam da proteção à privacidade e o tratamento de dados pessoais seria o caminho da participação social na construção destes regulamentos. Isto porque, democraticamente, a participação engaja, ou seja, fomenta o sentimento de pertencimento e viabiliza o compartilhamento de valores por esta mesma coletividade que integra o processo de participação.

Em outras palavras, a demanda ética poderia ser atendida mediante esta construção democrática e participativa pelos diversos grupos sociais que representam a complexa sociedade pós-moderna. E, numa perspectiva ainda mais ampla, este processo de construção de significações comuns fortalecem a confiança, à medida que afastam a ideia de cooperação (inerente à racionalidade estratégica) em detrimento da solidariedade, que se refere aqui a racionalidade comunicativa.

A tutela da privacidade, como direito humano fundamental, é uma demanda ética que deve ser tratada com a participação dos envolvidos, não sob a condição de “agir com o outro” nesse contexto, mas sim em relação a enxergar o outro numa relação de real reciprocidade, igualdade e simetria, ou seja, há uma expectativa recíproca a ser observada, que se pauta em confiança.

Assim, no cenário de tratamento de dados pessoais pelos setores que compõem o sistema de saúde, observamos o predomínio da cooperação, que supõe o envolvimento dos sujeitos pelo fornecimento de seus próprios dados. Portanto, a racionalidade estratégica tem pautado as ações e processos que envolvem, desde a coleta de dados pessoais até a comercialização destes para fins de agrupamento social e operacionalização do sistema como um todo.

Nosso entendimento tem sido elaborado com base na reformulação do processo de construção dos regulamentos aplicáveis ao sistema de saúde mediante participação social, de forma ética, que viabilize o (re)encaixe da demanda de proteção dos dados pessoais a racionalidade comunicativa.

Referências bibliográficas

BIONI, Bruno Ricardo (Org.). **Proteção de dados [livro eletrônico]: contexto, narrativas e elementos fundantes**. São Paulo: B. R. Bioni Sociedade Individual de Advocacia, 2021. Disponível em <<https://observatoriolgpd.com/wp-content/uploads/2021/08/1629122407livro-LGPD-Bruno-Bioni-completo-internet-v2.pdf>> Acesso em 12/01/2024.

BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

_____. **Lei 13.787, de 27 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente.

_____. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Dados e Indicadores do Setor**. Disponível em: https://www.ans.gov.br/anstabnet/cgi-bin/tabnet?dados/tabnet_03a.def.

_____. BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E

SOCIAL. **Relatório do plano de ação – Iniciativas e Projetos Mobilizadores**. Disponível em <https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/269bc780-8cdb-4b9b-a297-53955103d4c5/relatorio-final-plano-de-acao-produto-8- alterado.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m0jDUok>.

_____. CÂMARA DOS DEPUTADOS.

Audiência Pública realizada em 26 de abril de 2023.

Descontos concedidos por farmácias e drogarias mediante cadastro. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/evento-legislativo/67618>> Acesso em 15/11/2023.

_____. FIOCRUZ. **Proteção de Dados**

Pessoais em Serviços de Saúde Digital. Disponível em <<https://intervozes.org.br/intervozes-icict-fiocruz-e-idec-apresentam-pesquisa-sobre-protecao-de-dados-em-saude-em-congresso/>>.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E
SEGURANÇA PÚBLICA. **Senacon**

notifica RaiaDrogasil sobre tratamento indevido de dados pessoais dos consumidores. Disponível em

<<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/senacon-notifica-raiadrogasil-sobre-tratamento-indevido-de-dados-pessoais-dos-consumidores>> Acesso em 15/11/2023.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. **Código de Boas Práticas: Proteção de Dados para Prestadores Privados de Serviços em Saúde.** Disponível em: http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2021/03/Boas-Praticas-Protecao-Dados-Prestadores-Privados-CNSaude_ED_2021.pdf. Acesso em 08.11.2023.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental.** Espaço Jurídico Journal of Law, 2011, 91–108. Disponível em

<https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/131>.

GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social.** Aparecida-SP: Ideias & Letras, 2007.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. – São Paulo: Editora UNESP, 1991.

HABERMAS, Jurgen. **Notas Programáticas para Fundamentação de uma Ética do Discurso,** In. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade,** vol1. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997

HAMEL, Márcio Renan. Direitos Humanos e Pós-Colonialismo: **O Problema da Justificação Moral de Normas e Valores.** In. SCHELDER, Adriana Fasolo Pilati & TAHINES, Aleteia Hummes (Orgs) A Crise da Democracia e os Direitos Humanos na América Latina. Itajaí: Ed. Da Univali, Passo Fundo: Ed da UPF, Porto Alegre: Fapergs, 2018

HANSEN, Gilvan Luiz. **Modernidade, Utopia e Trabalho.** Londrina: Edições CEFIL, 1999.

_____. **Habermas e o Projeto de Uma Teoria Crítica da Sociedade.** In MARTINS, Célia Aparecida & POKER, José Geraldo Bertolini (Orgs) O Pensamento de Habermas em Questão. Marília: Oficina Universitária UNESP, 2008.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.**
Tradução Tomaz Tadeu da Silva, Guaracira Lopes Louro. 9ª Ed.
Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

SILVA, Angélica Baptista; CUNHA, Francisco José Aragão
Pedroza (Org.). **Lei Geral de Proteção de Dados e o controle
social da saúde.** 1. ed. Porto Alegre, RS: Editora Rede Unida,
2023.

14

RESPONSABILIDADE CIVIL E CADEIA DE DESENVOLVIMENTO E OPERAÇÃO DE SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.14>

Márcio Santoro Rocha¹

1 Juiz Federal. Ex-Advogado da União. Graduado em Direito pela UERJ. Mestre e Doutorando em Direito pela UFF. Email: msantoro1980@hotmail.com .

RESUMO

Este artigo objetiva estudar a responsabilidade civil e a tutela do consumidor na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de inteligência artificial no Brasil, e se a mesma é suficiente para regular a novel tecnologia. Parte-se de uma análise da legislação atual, na qual o fornecedor de serviços responde, de forma objetiva, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos a produtos e à prestação dos serviços. Analisam-se os PLs 21/2020 e 2338/2023, atualmente em discussão, que se propõem a estabelecer um marco legal para IA, buscando-se verificar de que forma, caso aprovados e transformados em Lei, impactarão a responsabilidade civil no âmbito dessa cadeia de desenvolvimento e operação. Discute-se sobre os fundamentos da responsabilidade civil em face da nova tecnologia de IA, e se a legislação existente e aquelas em discussão são suficientes e adequadas para disciplinar essa transformadora tecnologia.

Palavras-chave: Inteligência Artificial. Responsabilidade Civil. Cadeias de Operação. Consumidor.

1. INTRODUÇÃO

O problema que se busca responder no presente artigo é como se dá a responsabilidade civil e tutela do consumidor na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de inteligência artificial no Brasil, e se o atual regramento legal é suficiente para regular a novel tecnologia, analisando-se, ainda, os PLs existentes que se propõem a alterar essa disciplina.

Primeiramente, faz-se necessário discorrer sobre o próprio conceito de inteligência artificial, e as múltiplas e complexas consequências que já traz e ainda trará para a vida de todos, notadamente em razão da automação de procedimentos e de tomadas de decisão com autonomia do ser humano que proporciona.

Após, parte-se de uma análise *de lege lata*, no qual o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência

de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços e fornecimento de produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos, de acordo com o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Explorar-se-á no artigo as possíveis dificuldades práticas e questionamentos que a tecnologia da inteligência artificial representará na responsabilização civil, notadamente considerando a complexa cadeia de desenvolvimento e operação desses sistemas e aquilo que dispõe o art. 12 do CDC, prevendo que o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Verificar-se-á até que ponto essa legislação existente pode ser adequada, por meio de uma interpretação evolutiva, para tratar da inteligência artificial, analisando em cotejo com os projetos de lei que buscam tratar especificamente da responsabilidade civil quanto à inteligência artificial, em especial o PL 21/2020 e o PL 2338/23, que visam a criar o marco legal do desenvolvimento e uso da IA.

Serão os mecanismos legais atualmente existentes suficientes? Os PLs em discussão atendem à necessária regulamentação da matéria, ao menos no que concerne à responsabilidade civil? Essas são questões que devem ser tratadas, a fim de responder o problema principal da pesquisa a ser desenvolvida.

Utiliza-se o método dedutivo, com abordagem documental, jurisprudencial e doutrinária. Trata-se de uma pesquisa teórico-empírica, que se insere em um campo interdisciplinar, percorrendo áreas dos campos de saber do Direito e Ciência da Computação, esta ao menos com noções básicas. Isto é exigido pelo próprio objeto de pesquisa (DIAS; GUSTIN, 2006, p. 89/90), necessário em uma abordagem além da dogmática. Como já disse Bauman, “as fronteiras entre os campos científicos são definidas por requisitos

burocráticos. [...] As pessoas não vivem dentro dos limites das disciplinas acadêmicas. [...] essas são divisões artificiais.” (BAUMAN; HAFFNER, 2021, p. 57). A interdisciplinaridade rompe com os rígidos limites acadêmicos do passado moderno sólido, estando “[...] cada vez mais à la mode dentro das paredes de uma academia que se torna cada vez menos confiante na segurança e no valor de mercado de suas fronteiras institucionais.” (BAUMAN, 2015, p. 25). Notadamente no Direito, que por excelência tem como missão disciplinar os diferentes campos da vida humana, a interdisciplinariedade é exigência realçada não apenas por seu objeto, mas por uma sociedade cada vez mais complexa.

Longe de se estabelecer respostas definitivas ou esgotar o tema, o que seria uma pretensão irreal, o artigo propõe-se a ser apenas mais uma contribuição na reflexão acerca dos atuais desafios que o Direito enfrenta na regulamentação do uso das novas tecnologias, que surgem com velocidade cada vez maior na nossa sociedade, alterando formas de viver e de se relacionar entre as pessoas, e colocando em xeque visões e soluções jurídicas tradicionais.

2. Inteligência artificial: o que há de novo?

A modernidade, do ponto de vista sociológico, consiste no processo de secularização e racionalização que se espalha por todos campos da vida social (PAIVA, OLIVEIRA, NEVES, 2019, p. 126). E dessa racionalização dinamiza e propicia a criação de novas tecnologias. Estas evidentemente não são criações da modernidade. A roda, o domínio do fogo, o uso da pedra lascada, o arado na agricultura, todos são exemplos de criações inventivas da humanidade em momento anterior à modernidade que promoveram mudanças significativas na sociedade. Porém nunca na história da humanidade tantos avanços tecnológicos em espaço tão curto de tempo têm ocorrido.

O início da modernidade, adotando-se uma visão sociológica (para a histórica, se trata de era contemporânea), se dá a

partir da revolução francesa (1789). Até antes desse período, provavelmente se viveria toda uma vida humana sem avanços tecnológicos significativos, ou seja, a vida continuava basicamente a mesma do ponto de vista externo, ainda que excepcionalmente com uma ou outra invenção e/ou disseminação dessa invenção. A partir da modernidade tudo muda, e a chave dessa mudança é a revolução industrial, que trará profundas e crescentes inovações tecnológicas com a dinamização dos meios de produção que proporciona, complexa divisão do trabalho e exploração em níveis cada vez mais maiores da natureza (GIDDENS, 1991, p. 21/22).

Se pegarmos o exemplo de alguém nascido nos anos 1900 e que tenha vivido 80 anos, essa pessoa nasceu em uma época onde não havia automóveis, aparelhos eletrônicos, antibióticos, aviões, e muito menos computadores. Quando morreu, o homem já havia visitado a lua, o tratamento para diversas doenças havia sido descoberto, a televisão e o computador haviam sido criados, viagens de aviões haviam se tornado corriqueiras e seguras, e incontáveis invenções tecnológicas haviam mudado amplamente a era na qual nasceu, em todos os aspectos possíveis da experiência humana: desde os utensílios eletrodomésticos usados em uma residência, passando por sua arquitetura, cuidados com a saúde, alimentação, meios de transporte, meios de comunicação, etc.

Tecnologia, que sinteticamente é aplicação de conhecimento científico para produzir instrumentos e soluções para a vida prática do ser humano, é a palavra-chave para deciframos a modernidade. Entre as diversas tecnologias que podem ser criadas pelo ser humano, destacam-se aquelas chamadas de tecnologias de propósito geral, que são peças-chave para os saltos de desenvolvimento da humanidade:

As tecnologias de propósito geral ondulam ao longo das sociedades, das geografias e da história. Elas escancaram as portas da invenção, possibilitando dezenas de ferramentas e processos posteriores. Frequentemente, são construídas a partir de algum tipo de princípio de propósito geral, seja o poder do vapor

realizar tarefas ou a teoria da informação por trás do código binário dos computadores.

A ironia das tecnologias de propósito geral é que, em pouco tempo, elas se tornam invisíveis e passamos a tratá-las como se sempre tivessem existido. Linguagem, agricultura, escrita, cada uma delas foi uma tecnologia de propósito geral no centro de uma onda inicial. (SULEYMAN; BHASKAR, 2023, p. 43/44)

As tecnologias de propósito geral são extremamente raras, porém o seu impacto é fenomenal, transformando sociedades e a relação do homem consigo mesmo e com o mundo. São estimadas em meras 24 ao longo de toda a história humana (SULEYMAN; BHASKAR, 2023, p. 44). Essas tecnologias se tornam ondas quando se difundem amplamente, e essa proliferação ocorrerá com o aumento da demanda, catalisado pela redução de custos. A inteligência artificial (IA) está no centro da próxima onda.

A IA, ao contrário de uma ferramenta tecnológica usada por um ser inteligente (o próprio ser humano), é o desenvolvimento de sistemas que possibilitam máquinas a pensarem como seres humanos: aprender, perceber e decidir, de forma racional e autônoma, diante de determinadas situações colocadas diante de si. Podem fazer coisas até então tidas como exclusivas dos seres humanos, como falar, ver, ouvir e raciocinar. Nesse sentido, é a definição que consta do PL 21/2020 de autoria do Deputado Federal Eduardo Bismarck (PDT/CE), que estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil. No PL fica expresso, em especial no p. único do art. 2º, que é a capacidade do sistema computacional de aprender a perceber e a interpretar o ambiente externo, bem como a interagir com ele, a partir das ações e das informações recebidas que o qualifica como inteligência artificial, distinguindo-o da simples automação:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se sistema de inteligência artificial o sistema baseado em processo computacional que, a partir de um conjunto de objetivos definidos por humanos, pode, por meio do processamento de dados e de informações, aprender a perceber e a interpretar o ambiente externo, bem como a interagir com ele, fazendo previsões, recomendações, classificações ou decisões, e que utiliza, sem a elas se limitar, técnicas como:

I – sistemas de aprendizagem de máquina (*machine learning*), incluída aprendizagem supervisionada, não supervisionada e por reforço;

II – sistemas baseados em conhecimento ou em lógica;

III – abordagens estatísticas, inferência bayesiana, métodos de pesquisa e de otimização.

Parágrafo único. Esta Lei não se aplica aos processos de automação exclusivamente orientados por parâmetros predefinidos de programação que não incluam a capacidade do sistema de aprender a perceber e a interpretar o ambiente externo, bem como a interagir com ele, a partir das ações e das informações recebidas.

Mais do que rivalizar, o desenvolvimento da inteligência artificial já a leva a superar a inteligência natural em diversos aspectos (denominando-se neste ponto, quando supera as atividades cognitivas do homem, de “Inteligência artificial geral”), o que traz em si uma gama virtualmente infinita de possibilidades de desenvolvimento nos mais diversos campos da vida humana por um lado, mas, por outro, incontáveis riscos, o que aliás é uma consequência inerente do próprio avanço da modernidade (GIDDENS, 1991). E é sobre os riscos que se pretende abordar nesse artigo, pois aqueles quando se materializam em danos é de onde surge a responsabilidade civil, desde que atendidos os requisitos legais para sua configuração.

Há, como dito, incontáveis riscos, tal como o desemprego em massa por conta da substituição de humanos por máquinas com capacidade superior de processamento para desempenhar funções outrora exclusivas daquele. Há também o risco do uso da inteligência para promover interesses nefastos, como armas com potencial letal de destruição em massa inimagináveis, e muitos outros. Mas o risco que será abordado é específico a falhas nesse processo de incorporação em massa da inteligência artificial em produtos e serviços, terceirizando a tomada de decisões a dispositivos tecnológicos inteligentes.

A onda que estamos a começar a vivenciar já está a incorporar a inteligência artificial em diversos dispositivos eletrônicos, aplicativos, processos industriais, serviços e produtos, o que muitas vezes é feito em cadeias a se perder de vista. Tal fato leva a muitos questionamentos sobre a responsabilidade por falhas, em especial por conta de danos ocasionados por essas falhas. Um usuário pode ser responsabilizado por conta de um acidente automobilístico por confiar na direção de um veículo autônomo? E a empresa que desenvolveu o programa de inteligência artificial? Uma empresa que impede a entrada de uma pessoa legalmente proibida de ingressar em um recinto por conta de um erro derivado pelo reconhecimento facial de um programa pode ser responsabilizada? Quem responde por uma IA com viés racista ou preconceituoso? Uma IA tem obrigação de meio ou resultado? Sinteticamente, como lidar com os danos ocasionados por riscos relacionados a falhas na cibersegurança e proteção de dados, a modelos de IA discriminatórios, à falta de transparência algorítmica e à falta de controle do usuário. São muitas as perguntas. As respostas ainda são controversas. Não se dará todas neste artigo, mas ao menos se pretenderá delinear um início de resposta. É o que se verá a seguir.

3. Inteligência artificial e responsabilização civil no âmbito do direito do consumidor: a legislação existente pode dar conta da complexidade da cadeia de sistemas de ia?

Dispõe o art. 12 do CDC que o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Por sua vez, o princípio da solidariedade foi adotado pelo CDC quando do tratamento do regime da responsabilidade dos fornecedores, na medida em que o consumidor poderá exigir o seu direito à reparação contra todos aqueles fornecedores que integram a cadeia de consumo, ou apenas um deles, conforme lhe convier, levando-se em conta a solidariedade entre eles.

Como aponta Bessa:

Em análise sistemática, identificam-se quatro espécies de solidariedade passiva no CDC: 1ª) solidariedade decorrente de ato ilícito (art. 7º, parágrafo único); 2ª) solidariedade automática (ex.: art. 18, caput, do CDC: “os fornecedores (...)

respondem solidariamente”); 3ª) solidariedade automática condicionada (art. 13); e 4ª) solidariedade decorrente da Teoria da Aparência. (BESSA, 2022)

São solidários, de acordo com o referido princípio, todos os fornecedores que atuam na cadeia de fornecimento, independentemente de sua atuação específica e concreta na cadeia de fornecimento e o evento danoso apurado, ou seja, não se exige um nexo causal específico, conforme se exigiria de acordo com a teoria da causalidade clássica. Ou seja, geralmente, em fornecimento de produto ou serviço submetido ao CDC, todos aqueles que estão vinculados à prestação são por ela responsáveis, ainda que não tenham contribuído de nenhuma maneira para o evento em si, o que inviabiliza que um dos fornecedores impute a culpa a outro de maneira juridicamente aceitável.

É uma garantia destinada ao consumidor, por conta de sua vulnerabilidade perante a complexa formação das cadeias de fornecimento, a qual, com frequência, conta com o estabelecimento de estruturas jurídicas de ocultação de patrimônio que podem frustrar o direito do consumidor de se ver reparado por eventual prejuízo sofrido. O art. 7º, parágrafo único, do CDC, por sua vez, dá vazão a esse princípio ao fixar a regra de solidariedade decorrente de ato ilícito no sentido de que “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.” Essa previsão é repisada pelo art. 25, § 1º, do CDC, que afirma que “havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação.” Ainda, o *caput* dos arts. 18 e 20 do CDC reforçam a existência de solidariedade na cadeia de fornecimento em decorrência de vício do produto, aumentando o grau protetivo ofertado ao consumidor através do estabelecimento de hipótese de solidariedade automática.

Há de se ressaltar, entretanto, que em alguns casos o STJ tem afastado a solidariedade em razão da total ausência de nexo de causalidade entre a atividade exercida pelo fornecedor e o dano sofrido pelo consumidor, temperando uma interpretação meramente literal dos dispositivos em apreço: “Banco não é responsável por fraude em compra on-line paga via boleto quando não se verificar

qualquer falha na prestação do serviço bancário.” (REsp 1.786.157/SP); “responsabilidade da financeira pelo vício do veículo novo apenas em casos em que a instituição integrar o grupo econômico da fabricante”(REsp 1.379.839/SP e REsp 1.014.547/DF).

O PL 21/2020 prevê uma mudança bastante significativa quanto ao conteúdo das disposições do CDC, ao estabelecer como regra a responsabilidade subjetiva do desenvolvedor da IA, levando em conta a efetiva participação desses agentes:

Art. 6º Ao disciplinar a aplicação de inteligência artificial, o poder público deverá observar as seguintes diretrizes:

(...)

VI – responsabilidade: as normas sobre responsabilidade dos agentes que atuam na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de inteligência artificial deverão, salvo disposição legal em contrário, pautar-se na responsabilidade subjetiva e levar em consideração a efetiva participação desses agentes, os danos específicos que se deseja evitar ou remediar e a forma como esses agentes podem demonstrar adequação às normas aplicáveis, por meio de esforços razoáveis compatíveis com os padrões internacionais e as melhores práticas de mercado.

(...omissis...)

§ 3º Quando a utilização do sistema de inteligência artificial envolver relações de consumo, o agente responderá independentemente de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores, no limite de sua participação efetiva no evento danoso, observada a Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

A introdução do elemento “culpa” na responsabilização civil é um grande retrocesso, pois dificulta a defesa dos atingidos por falhas em sistemas de IA, notadamente os

interesses do consumidor, parte hipossuficiente. Além disso, parece que o legislador não compreende que a IA é, como discorreu-se no capítulo anterior, uma forma totalmente nova de tecnologia, que merece uma compreensão diversa calcada não no tipo de responsabilidade adotada (subjéctiva ou objectiva). O foco das discussões legislativas no que concerne à responsabilidade civil deveria ser nas próprias expectativas sobre aquilo que se pode esperar dessa tecnologia, deslocando a questão da natureza da responsabilidade – se subjéctiva ou objectiva - prioritariamente para o âmbito da informação, e a partir deste dever de informar, que já existe no CDC (cf. art. 6º, III, 8º, 9º, 12, entre outros), verificar se de fato o produto ou serviço é defeituoso. Em pouco socorre a previsão do p. 3º, pois fica em conflito com a responsabilização subjéctiva com relação à questão da cadeia de desenvolvimento e operação da IA, o que fatalmente levará a grandes controvérsias jurisprudenciais.

A previsão do art. 6º, VI, foi alvo do repúdio de diversos juristas brasileiros, entre os quais destacam-se nomes de grande peso como Guilherme Magalhães Martins, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo Tepedino, entre outros, em manifesto que sintetiza as principais críticas:

Nós, civilistas e juristas brasileiros, subscrevemos a presente carta aberta ao Senado Federal para manifestar profunda preocupação com o artigo 6º, inciso VI do Projeto de Lei 21-A/2020, que cria o Marco Legal da Inteligência Artificial no Brasil, estabelecendo a responsabilidade civil subjéctiva como o regime padrão aplicável aos danos causados por sistemas de Inteligência Artificial.

A referida norma contraria entendimento que vem sendo construído pela doutrina jurídica, estudos e propostas nacionais e

internacionais a respeito da matéria, colocando em sério risco a possibilidade das vítimas de danos causados por Inteligências Artificiais obterem a devida reparação integral e, por consequência, comprometendo a garantia dos direitos fundamentais previstos pelos incisos V e X do artigo 5º da Constituição da República.

A Inteligência Artificial é tema fundamental para o desenvolvimento social e econômico do país. Ao mesmo tempo, é tecnologia que, com sua complexidade inaudita e pelo próprio fato de estar ainda em pleno desenvolvimento, fase em que não é possível alcançar um nível satisfatório de previsibilidade sobre os efeitos de sua utilização, deve ser empregada em contextos que garantam um grau mínimo de risco à pessoa, garantida a reparabilidade quando necessário. A proposta, ao contrário, ao privilegiar o regime da responsabilidade subjetiva, não somente impõe os custos do desenvolvimento de aplicações de Inteligência Artificial ao cidadão – em inversão patente da tábua de valores constitucional – como não fomenta os necessários incentivos para que as devidas medidas de precaução sejam tomadas quando do seu emprego. Ainda, a eleição do regime de natureza subjetiva como prioritário, em abstrato,

ao contrário do que se tem defendido, não favorece o ecossistema de investimentos no Brasil. A norma cria, antes, um cenário de irresponsabilização generalizada, na medida em que torna praticamente impossível a prova pelas vítimas da culpa dos agentes que atuam na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de Inteligência Artificial.

Além disso, a inclusão no Projeto de Lei do §3º do artigo 6º, que prevê o regime de responsabilidade civil objetiva para os danos causados no âmbito de relações de consumo, em nada inova no ordenamento e não é capaz de atenuar o grave entrave gerado pelo inciso VI do mesmo artigo.

Diante disso, sugerimos a alteração da redação do dispositivo, nos seguintes termos: Onde atualmente consta: “Artigo 6º: VI – responsabilidade: normas sobre responsabilidade dos agentes que atuam na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de inteligência artificial devem, salvo disposição legal em contrário, se pautar na responsabilidade subjetiva, levar em consideração a efetiva participação desses agentes, os danos específicos que se deseja evitar ou remediar, e como esses agentes podem demonstrar adequação às normas aplicáveis por meio de esforços

razoáveis compatíveis com padrões internacionais e melhores práticas de mercado.”

Sugerimos que passe a constar: “Artigo 6º: VI – responsabilidade: normas sobre responsabilidade dos agentes que atuam na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de inteligência artificial devem, salvo disposição legal em contrário, levar em consideração a tipologia da inteligência artificial, o risco gerado e seu grau de autonomia em relação ao ser humano, além da natureza dos agentes envolvidos, a fim de se determinar, em concreto, o regime de responsabilidade civil aplicável (QUEIROZ, 2021).

Mas o PL 21/2020 não é o único que se propõe a regulamentar a IA no Brasil. Recentemente foi proposto o PL 2338/2023 no Senado, de autoria de seu presidente, Senador Rodrigo Pacheco (PSD/MG). O PL 2338/2023 distingue e define “sistema de inteligência artificial”, “fornecedor de sistema de inteligência artificial”, “operador de sistema de inteligência artificial” e “agentes de inteligência artificial”:

Art. 4º Para as finalidades desta Lei, adotam-se as seguintes definições:

I – sistema de inteligência artificial: sistema computacional, com graus diferentes de autonomia, desenhado para inferir como atingir um dado conjunto de objetivos, utilizando abordagens baseadas em aprendizagem de máquina e/ou lógica e representação do conhecimento, por meio de dados de entrada provenientes de máquinas ou humanos, com o

objetivo de produzir previsões, recomendações ou decisões que possam influenciar o ambiente virtual ou real;

II – fornecedor de sistema de inteligência artificial: pessoa natural ou jurídica, de natureza pública ou privada, que desenvolva um sistema de inteligência artificial, diretamente ou por encomenda, com vistas a sua colocação no mercado ou a sua aplicação em serviço por ela fornecido, sob seu próprio nome ou marca, a título oneroso ou gratuito;

III – operador de sistema de inteligência artificial: pessoa natural ou jurídica, de natureza pública ou privada, que empregue ou utilize, em seu nome ou benefício, sistema de inteligência artificial, salvo se o referido sistema for utilizado no âmbito de uma atividade pessoal de caráter não profissional;

IV – agentes de inteligência artificial: fornecedores e operadores de sistemas de inteligência artificial;

Trata da responsabilidade civil nos arts. 27 a 29:

Art. 27. O fornecedor ou operador de sistema de inteligência artificial que cause dano patrimonial, moral, individual ou coletivo é obrigado a repará-lo integralmente, independentemente do grau de autonomia do sistema.

§ 1º Quando se tratar de sistema de inteligência artificial de alto risco ou de risco excessivo, o fornecedor ou operador responde objetivamente pelos danos causados, na medida de sua participação no dano.

§ 2º Quando não se tratar de sistema de inteligência artificial de alto risco, a culpa do agente causador do dano será presumida,

aplicando-se a inversão do ônus da prova em favor da vítima.

Art. 28. Os agentes de inteligência artificial não serão responsabilizados quando:

I – comprovarem que não colocaram em circulação, empregaram ou tiraram proveito do sistema de inteligência artificial; ou

II – comprovarem que o dano é decorrente de fato exclusivo da vítima ou de terceiro, assim como de caso fortuito externo.

Art. 29. As hipóteses de responsabilização civil decorrentes de danos causados por sistemas de inteligência artificial no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), sem prejuízo da aplicação das demais normas desta Lei.

O PL 2338/2023, ao abraçar a responsabilidade objetiva como regra do fornecedor ou operador do sistema de inteligência artificial, nos termos do art. 27, *caput*, e a culpa presumida quando não se tratar de sistema de inteligência artificial de alto risco (p.2º) não inova tanto o regramento legal existente no CDC, exceto de forma infeliz pela culpa presumida no caso de sistema que não seja de alto risco, enfatizando que as hipóteses de responsabilização civil decorrentes de danos causados pelos sistemas de IA continuam sujeitas àquele regramento legal da legislação consumerista. A culpa presumida é um retrocesso, pois introduz o elemento “culpa” para discussão da responsabilização civil que torna mais complexa a reparação civil em caso de danos, dificultando mais ainda o consumidor, parte hipossuficiente da relação jurídica, sendo assim aqui são válidas as mesmas críticas expostas quanto ao PL 21/2020.

O PL 2338/2023 perde a chance, no ponto em discussão, de realmente promover uma inovação no tema de responsabilidade civil de IA, o que é necessário considerando não se tratar apenas de mais uma tecnologia, mas de uma tecnologia de propósito geral que é inconfundível com aquelas já existentes, e que por sua própria

natureza exige um tratamento diferenciado. É sobre isso que se abordará e se aprofundará no capítulo seguinte.

4. Discussões e sugestões para aprimoramento da legislação consumerista e uso de ia

Após passar em revista da legislação atualmente existente, bem como do PL 21/2020, atualmente ainda pendente de aprovação no Senado, e do PL 2338/2023, em curso no Senado, onde foi proposto, verifica-se que os projetos lei em discussão são insuficientes para a adequada regulamentação do complexo tema da IA, bem como a própria legislação consumerista é lacônica sobre o assunto, haja vista a inexistência da IA na forma avançada como hoje vemos quando da promulgação do CDC em 1990.

A IA, como visto, difere de uma máquina ou simples processo de automatização. Trata-se de uma tecnologia totalmente nova, e que se propõe não apenas a mimetizar as faculdades cognitivas do ser humano, mas sobretudo a superar as capacidades até então tidas como exclusivamente humanas de raciocinar, fazer sugestões e tomar decisões com base em dados brutos e análise da realidade de forma autônoma, sendo capaz por meio de seu funcionamento de aprender no âmbito desse mesmo processo.

Como a própria inteligência humana, a IA está sujeita a limites, ainda que possa e muito superar a inteligência de um ser humano ordinário, algo que se tornará cada vez mais comum com o rápido desenvolvimento desses sistemas. Diferente de um processo automatizado, que é programado para realizar uma dada tarefa de forma igual, como, por exemplo, uma máquina de uma linha de montagem de uma fábrica automotiva, a IA lida com variáveis e explora o mundo real, construindo pensamentos e ideias através de uma base de dados virtualmente infinita, como os dados disponíveis

na internet, por exemplo, no caso do chat GPT em suas versões mais modernas. O próprio processo de aprendizagem da IA compreende a ideia de erros e acertos, pois a IA não é um sistema estanque, e evolui ao longo do seu uso, com resultados muitas vezes imprevisíveis, justamente por conta da autonomia decisória, que é o centro do conceito dessa tecnologia e a distingue das demais tecnologias existentes:

Um paradoxo da próxima onda é que suas tecnologias são amplamente mais vastas que nossa capacidade de compreendê-las em detalhes, mas ainda temos a habilidade de criá-las e utilizá-las. Na IA, as redes neurais que se movem na direção da autonomia não são explicáveis. Não se pode explicar a alguém o processo decisório de um algoritmo e dizer precisamente por que ele produziu uma previsão específica. Os engenheiros não podem dar uma olhada debaixo do capô e explicar com facilidade o que causou certo evento. O GPT-4, o AlphaGo e os outros são caixa-pretas, com outputs e decisões baseadas em opacas e intrincadas cadeias de sinais minúsculos. Sistemas autônomos podem ser e talvez se tornem explicáveis, mas o fato de que grande parte da próxima onda está no limite do que conseguimos entender deveria nos fazer pensar. Nem sempre seremos capazes de prever o que esses sistemas autônomos farão em seguida; essa é a natureza da autonomia. (SULEYMAN; BHASKAR, 2023,p.148-149)

Nesse sentido, em que pese a insuficiência da legislação atual, sem recorrer a alterações legislativas, é possível desde já extrair do conceito de “produto defeituoso” expresso no p. 1º do art. 12 do CDC a calibração da responsabilidade dos desenvolvedores de IA por eventuais falhas na execução de suas tarefas, considerando que nos termos daquele dispositivo, o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele *legitimamente* se espera. Assim, não é

necessário se recorrer a conceitos como “culpa” para se referir a responsabilização civil, o que seria um retrocesso do ponto de vista da defesa do consumidor, parte hipossuficiente, tornando complexo algo que a legislação consumerista há muito simplificou.

Nesse caso, a aferição da responsabilidade se deslocaria da simples falha do sistema para a aferição da existência de informação suficiente e adequada ao consumidor a fim de que pudesse ter real ciência dos riscos e limitações do uso da IA, para aí realmente verificar se, de fato, existiu falha, esta apenas existente quando o sistema não se comportou da maneira legitimamente esperada e claramente informada ao consumidor. Assim ganha relevo, para fins de fins de responsabilidade civil em casos em que envolvem consumidores e IA, os aspectos das vulnerabilidades técnica e informacional do consumidor, que devem ser utilizados como nortes interpretativos, em especial para se aferir se empresas que desenvolvem IA cumpriram de fato o seu dever de informar, ou apenas realizaram, quando muito, um simulacro de cumprimento, com informações genéricas ou extremamente difíceis de compreensão pelo homem médio: a primeira existente quando o consumidor não tem conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço, e a informacional relativa à falta e/ou o excesso de informação, que se potencializa na era digital em que vivemos (MARQUES; MUCELIN, 2022).

Assim, e com uma visão interpretativa calcada que programadores não são automaticamente responsabilizados por qualquer falha derivada do uso desses sistemas como aqui defendida, foi a decisão nos EUA do caso *Jones v. W vs. M Automation, Inc.*, a New York's Appellate Division, no qual se rejeitou pedido de indenização decorrente de defeito do produto contra um fabricante e programador de um sistema de carregamento robótico que atingiu um trabalhador. Os réus não foram considerados responsáveis pelos ferimentos da vítima na fábrica da General Motors (GM) onde trabalhava, porque demonstraram que fabricaram peças de componentes sem qualquer defeito (DRESCH, 2021), não adotando, assim, uma mecânica responsabilização civil objetiva de programadores sem se atentar às peculiaridades da tecnologia, o que é perfeitamente aplicável, também, a desenvolvedores de IA.

Um exemplo para compreendermos melhor o tema de IA e responsabilização é o caso dos veículos automotivos autônomos. O “full self-driving”, desenvolvido pela Tesla, ainda exige que o motorista esteja com as mãos ao volante em todo o percurso, por mais que a IA guie com grande autonomia o veículo. A autonomia nível 5, ou seja, aquela que permitiria um veículo andar sem qualquer intervenção ou supervisão humana ainda não é algo factível, em especial por questões legais (SULEYMAN; BHASKAR, 2023, P. 147). Ademais, como se disse, a própria análise da “falha” deve ser feita com base naquilo que legitimamente se espera do sistema de IA. No caso dos veículos autônomos, por exemplo, poderia ser considerada uma falha do sistema o atropelamento de um pedestre que atravessasse um sinal vermelho. No entanto, não se poderia adotar o mesmo raciocínio no caso de um pedestre que pulasse na frente do carro em uma pista de alta velocidade de maneira abrupta. Além disso, devemos ter em mente que como a autonomia plena ainda não é realidade, então é necessária a atenção constante do motorista, que não pode simplesmente imputar a responsabilidade do evento ao sistema de IA quando tinha o dever compartilhado de supervisionar o seu uso.

Uma outra solução possível é a exigência de seguro obrigatório para sistemas de IA. Com o desenvolvimento, por exemplo, do “full self-driving” e a sua popularização, essa medida pode ser necessária a fim de internalizar os riscos da nova tecnologia, e propiciar um maior grau de autonomia, que é socialmente útil e esperado, considerando o elevado número de mortes em acidentes automobilísticos existentes e a possibilidade da IA reduzir drasticamente essas ocorrências.

A modernidade caminha lado a lado a criação de novos riscos, mas também com a diminuição destes propiciada pelo avanço e aperfeiçoamento tecnológico, em um movimento dialético e pendular, e a internalização dos riscos novos criados – menores que os anteriores, isto é, neste caso específico, da direção humana - pode ser um caminho para disseminação da tecnologia sem prejuízo ao direito de consumidores eventualmente vítimas de eventos danosos por conta dos riscos existentes em uma alternativa que é tecnologicamente mais segura.

5. Considerações finais

O presente artigo buscou responder como se dá a responsabilidade civil e tutela do consumidor na cadeia de desenvolvimento e operação de sistemas de inteligência artificial no Brasil, e se a mesma é suficiente para regular a novel tecnologia, bem como analisar os projetos de lei em discussão para regular esse aspecto da IA.

A questão que se coloca é que a IA não é apenas uma nova tecnologia, mas uma revolução nas tecnologias até então existentes. É uma das raras tecnologias de propósito geral criadas ao longo da história humana, e nesse sentido impulsiona uma mudança de paradigmas. Nessa toada, a responsabilidade civil não permanece incólume, e é necessária uma releitura desse instituto jurídico que seja adequada e suficiente para disciplinar o tema, sem cair em extremos, seja de uma responsabilização desenfreada e arbitrária, seja de uma irresponsabilização geral por outro.

No atual regramento existente no CDC o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos, de forma solidária.

Entre os projetos de lei em discussão, o PL 21/2020 altera a sistemática da responsabilidade civil no âmbito da IA para desenvolvedores e operadores, pautando-se na responsabilidade subjetiva e levando em consideração a efetiva participação desses agentes, o que é um grave retrocesso, considerando que dificulta a defesa do consumidor, parte hipossuficiente, além de trazer mais complexidade à relação processual, ao acrescentar um novo elemento para responsabilização civil antes objetiva. Mas o principal é que não contribui para a discussão de fato importante, que é o que se pode legitimamente esperar da IA, em especial para aferição do conceito de *defeito*. O PL 2338/2023 pouco altera o regramento

existente no CDC, não representando grandes mudanças no ponto da responsabilização civil, exceto quanto à introdução da culpa presumida, cujas críticas são as mesmas ao PL 21/20, ainda que a presunção de culpa possa em um primeiro momento ser menos pior do que a simples responsabilização subjetiva, a sua introdução por si só já dificulta e torna complexa a questão da responsabilização civil.

A responsabilidade subjetiva, como se disse, além de significar uma menor proteção do consumidor, torna mais complexa a questão de se aferir a responsabilidade civil, o que é tudo que se pretende evitar em sede de direito do consumidor, e tampouco é adequada à tecnologia de IA. Deve-se ter em mente que a IA é uma tecnologia totalmente nova, que se pretende a mimetizar e superar as capacidades cognitivas do ser humano, em especial no que concerne a tomar decisões com autonomia.

Mas a resposta não está também apenas em manter uma responsabilização objetiva de desenvolvedores e operadores de IA, sem qualquer reflexão crítica do que pode ser considerado falha de serviço ou produto neste tocante. Ao se responsabilizar de forma objetiva desenvolvedores e operadores da IA de forma mecânica e com uma causalidade cega, sem se atentar às suas peculiaridades, estar-se-á a criar um incentivo negativo ao desenvolvimento dessa novel tecnologia, máxime considerando que o próprio fato de tais programas buscarem não o desempenho específico de uma tarefa de uma dada forma, mas a tomada de decisões com autonomia, implica em uma impossibilidade de se prever todos resultados possíveis. É prudente, assim, no caso desses desenvolvedores e operadores, reforçar, em termos interpretativos e com base na legislação já existente (em especial o p. 1º. do art. 12 do CDC) o que *legitimamente* possa ser esperado dessa tecnologia a fim de se aferir a existência do defeito de forma concreta, e não meramente abstrata pela simples falha na execução de uma tarefa a qual se confiou à IA com autonomia.

Assim, espera-se que as discussões de uma futura legislação incorporem em seu espírito e corpo toda a revolução que IA representa no cenário humano, adequando-se, no que concerne à responsabilidade civil, um regramento que não se torne um entrave para seu desenvolvimento e disseminação, o que traria sérias

consequências econômicas para o Brasil. Por outro lado, é de suma importância que haja mecanismos que possibilitem a reparação de danos causados ao consumidor quando de fato as falhas fujam ao esperado da nova tecnologia, mas sempre tendo como norte o fato de que a IA tem limites, por mais que esses muitas vezes superem a inteligência do ser humano. Devem, ainda, ser reguladas de maneira mais severas aquelas tecnologias de IA que tragam maiores riscos, indo aqui ao encontro do moderno direito civil que evoluiu para diluir a culpa justamente em razão do risco inerente a certas atividades humanas, consequência inerente do desenvolvimento da modernidade.

Enquanto uma nova legislação não vem, *de lege lata* o que se espera é que a interpretação que se faça foque em uma interpretação evolutiva e baseada na ciência das disposições já existentes no CDC, a fim de que foque naquilo que de fato se pode esperar da inteligência artificial, em cotejo com o cumprimento do dever de informar o consumidor sobre todos os limites e riscos da tecnologia de IA adotada, o que ganha especial relevância nessa nova tecnologia, ante o fato de que não são autoevidentes suas limitações e riscos.

Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt; HAFFNER, Peter. **Estranho familiar: Conversas sobre o mundo em que vivemos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

_____. **Para que serve a sociologia? : Diálogos com Michael Hviid Jacobsen e Keith Tester** – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de defesa do consumidor comentado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A responsabilidade civil e os produtos com inteligência artificial. In: **Revista Migalhas**, 28 de dezembro de 2021. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/coluna/licoes-filosoficas-do-direito-privado/357083/a-responsabilidade-civil-e-os-produtos-com-inteligencia-artificial>>. Acesso em: 27/11/2023.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy B. S. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**; tradução Raul Fiker. – São Paulo: Editora Unesp, 1991.

MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme.

Vulnerabilidade na era digital: um estudo sobre os fatores de vulnerabilidade da pessoa natural nas plataformas, a partir da dogmática do Direito do Consumidor. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1–30, 2022. Disponível em:

<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/872>. Acesso em: 29 mar. 2024.

PAIVA, Marcella da Costa Moreira de; OLIVEIRA, Newton Augusto Cardoso de; NEVES, Edson Alvisi. **Modernidade ou Pós-Modernidade: uma reflexão a partir de Jürgen Habermas e Anthony Giddens**. In: *Hermenêutica jurídica: a relação jurídica de consumo na sociedade*. Org. Plínio Lacerda Martins; Guilherme Magalhães Martins; Marcos César de Souza Lima. – UFF: Niterói, 2019.

QUEIROZ, Luiz. Artigo do marco legal da inteligência artificial é criticado por juristas. **Capital digital**. Brasília. 27 out. 2021. Disponível em: <<https://capitaldigital.com.br/artigo-do-marco->

legal-da-inteligencia-artificial-e-criticado-por-juristas/> acesso em 29/03/2024.

SULEYMAN, Mustafa; BHASKAR, Michael. **A próxima onda: inteligência artificial, poder e o maior dilema do século XXI**; tradução Alessandra Bonruquer. 1. ed. – Rio de Janeiro: Record, 2023.

15**EVOLUÇÃO DO MERCADO
DE CONSUMO DE PLANOS
DE SAÚDE NO BRASIL**

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.15>

Renato Cerceau¹

Plínio Lacerda Martins²

-
- 1 Pós-doutorando do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios – PPGDIN – UFF. Advogado e Médico. Regulador Federal.
 - 2 Professor efetivo e Coordenador do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios – PPGDIN – UFF. Professor Associado da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ. Doutor em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal Fluminense. Promotor de Justiça aposentado.

RESUMO

O estudo apresenta uma discussão sobre a evolução do mercado de consumo de planos de saúde no Brasil. Dada a complexidade deste setor econômico foram observadas a evolução histórica e as características intrínsecas do setor de saúde quanto a forma de prestação de saúde e o entendimento do conceito de saúde ao longo dos tempos. Para aperfeiçoar o entendimento das suas nuances, foram identificadas atuações do setor público como financiador e as contribuições dos participantes na consolidação de práticas do mercado privado.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Plano de Saúde. Saúde Suplementar. Saúde Pública.

1. Introdução

O mercado de planos de saúde desenvolveu-se, no Brasil, significativamente a partir dos anos 60 para atendimento à população, como um subsistema do Sistema Único de Saúde (SUS). Seu desenvolvimento ocorreu com incentivo estatal e exploração por empresas privadas. Ao longo do tempo, houve diversos aperfeiçoamentos e contingenciamentos que resultaram no quadro atual de prestação de serviço em saúde suplementar.

Percebe-se que tem sido crescente a judicialização para efetivação dos direitos à saúde (CNJ, 2020; CNJ, 2021; CNJ, 2022), em especial na busca de acesso e atendimento por serviços de saúde.

Dada a complexidade deste setor econômico foram observadas a evolução histórica e as características intrínsecas do setor de saúde quanto a forma de prestação de saúde e o entendimento do conceito de saúde ao longo dos tempos. Para aperfeiçoar o entendimento das suas nuances, foram identificadas atuações do setor público como financiador e as contribuições dos participantes na consolidação de práticas do mercado privado.

2. Evolução Histórica do Mercado da Área de Saúde

Houve sucessiva troca de paradigmas na forma de explicar o processo saúde-doença das doenças (Hegenberg, 1998), na forma das revoluções científicas defendidas por Thomas Kuhn (Tesser, 2008), que refletem sobremaneira na prestação da assistência à saúde. Destaca-se que desde o século XVII predominava entre os médicos a Teoria Miasmática, que defendia que as más condições do ambiente causavam as epidemias e enfermidades e havia uma incipiente adoção da Teoria Microbiana das Doenças (ou Teoria dos Germes). No cenário médico do século XVIII dominava a concepção de que a doença se referia a "falta ou excesso de alguma coisa" e as obras que continham o conhecimento médico promoviam críticas ao paradigma hipocrático e repulsa às concepções do sobrenatural religioso ou místico (Quadros et al, 2015). No século XVIII e primeira metade do século XIX ocorreu o avanço e dominância da Teoria Microbiana, impulsionada pelo desenvolvimento da Patologia Experimental e da Patologia Celular. O Gráfico 1 sintetiza os principais marcos históricos relacionados ao conceito de saúde.



Gráfico 1: Marcos históricos do mercado da área de saúde

2.1. PERÍODO COLONIAL

No cenário colonial brasileiro a prestação de serviço de saúde ao cidadão pode ser identificada como sendo exercida pelo poder público (Estado), por entidades de caridade (santas casas, beneficências, filantrópicas, etc.) e por particulares (OPAS, 2006; Galvão, 2009; Pinto, 1999). Este últimos, com exercício de atividade econômica, oferecendo serviços ao mercado buscando aferição de lucros. Para o acesso gratuito, ao longo do tempo, foi concebida a assistência prestada pelo Estado , direta ou indiretamente. Na ausência do Estado, a prestação de serviços era realizada aos pobres e carentes por instituições de caridade .

Na sociedade brasileira havia naquela época uma ampla aceitação dos praticantes de medicina popular pelos médicos, que não se opunham a sua atuação desde que não houvesse outros médicos e cirurgiões na área, e pela população, em particular pela explicação dominante de uma natureza sobre-humana para a origem das doenças. A medicina privada incipiente era remunerada por desembolso direto do assistido, entretanto, a maior remuneração era obtidas pelos praticantes da medicina popular (Edler, 2010).

De fato, naqueles tempos remotos, o foco predominante do Estado Português na relação saúde-sociedade se baseava no modo de lidar com a sujeira e no dever de zelar pela limpeza da cidade. Neste sentido, repercutiam as tradicionais Ordenações Filipinas, de 1604, que fixavam atribuições gerais dos municípios para as Câmaras Municipais das cidades e vilas de Portugal e Colônias . Consta que prevaleciam, dentre outros, o direito de almotaçaria (Pereira, 2001), que se estabelecia pelo:

i) Controle do mercado: efetuando o controle das relações de mercado, que era predominante, pela verificação das licenças de funcionamento, aferições de pesos e medidas, bem como quanto à obediência ao tabelamento imposto ao comércio;

ii) Controle edificatório: pela atuação no controle construtivo urbano em “comum benefício”, com predominância para

construção e manutenção de pontes, pavimentação de vias e multas por inadequação em imóveis.

iii) Controle sanitário: pela verificação da condição de limpeza das ruas em frente aos estabelecimentos, conservação de fontes de água potável e promover ambiente profícuo para o viver urbano mantendo o estado de saúde dos moradores;

No Brasil, a Coroa tinha como principal preocupação na saúde a fiscalização, entendida como forma privilegiada de articular a atividade curativa no poder soberano. No século XIX ocorreu a legalização da prática curativa para exercício profissional por terapeutas populares (ou acadêmicos) e por médicos (Pimenta, 2019). Foi instituída a necessidade de requerimento de licença governamental à Fisicatura, espécie de tribunal (BRASIL, 2016), que funcionava como órgão máximo para as questões de saúde (que na verdade regulamentava as “artes de curar” e punia os infratores). A autorização estatal era necessária para todos que quisessem exercer alguma atividade terapêutica em todo o reino e domínios de Portugal até 1822, e, a partir da independência, em todo o território brasileiro até a extinção do órgão, que funcionou de 1808 a 1828. Com a extinção duas instâncias foram demandadas, as câmaras municipais e a justiça ordinária. As primeiras passaram a serem responsáveis pela inspeção da saúde pública e dos insumos voltados ao consumo. A última recebeu as causas que se processavam no juízo privativo.

Havia a proibição do estabelecimento de universidades na colônia. Os profissionais médicos, anteriormente voltados à formação em Portugal, passaram a ser predominantemente formados na França (que recebia influência da Escola Médica Alemã). Com a instalação da família real no Brasil, foram autorizadas escolas médicas no Brasil, nas Academias Médico-Cirúrgica da Bahia (BRASIL, 2016a) e Médico-Cirúrgica do Rio de Janeiro (BRASIL, 2016b). Em 1832, estas instituições foram transformadas em escolas ou faculdades de medicina.

No Brasil colonial os praticantes de medicina popular mantinham prescrição de remédios caseiros, fórmulas produzidas com herbário nacionais e outros produtos, sendo percebida a

minimização da sua participação na sociedade a partir de 1870 por atuação do poder público (Edler, 2010). Finalmente, foi sancionada a perseguição aos terapeutas populares pelo Código Penal de 1890, quando foi criminalizado o ato de cura de moléstias curáveis e incuráveis por práticas do espiritismo, do uso de talismãs, das cartomancias e da magia e seus sortilégios. Da mesma forma repressiva cursou o exercício do curandeirismo. Houve a produção de dispositivos legais sob influência da Academia Nacional de Medicina e a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, que resultaram no monopólio do exercício por diplomados e na associação das práticas populares de cura ao ideário do charlatanismo e fraude. A remuneração médica se mantinha prioritariamente por desembolso direto do assistido, sendo neste contexto notado incremento da remuneração obtida por profissionais médicos. A assistência à saúde aos desassistidos, predominante, era exercida pelas unidades de misericórdia e beneficência, com atendimento eventual gratuito pelo grupo médico.

2.2. EVOLUÇÃO DO PARADIGMA MÉDICO-CIENTÍFICO

Notadamente, no século XIX houve avanços científicos no campo da bacteriologia, em especial no período de 1850 e 1880, impulsionados por Louis Pasteur e Robert Koch. O doutrinador filósofo Michel Foucault (Foucault, 1977), influencia a medicina francesa gerando o marco epistemológico do surgimento da moderna ciência médica. O entendimento da doença pelos médicos trasladou sua hegemonia para se reconhecer os desvios com respeito à normalidade, caracterizando como doentes os que se afastavam do “normal”.

Para o Brasil foram importadas as ideias europeias sobre a Polícia Médica (Mantovani, 2018), desenvolvendo estratégias de campanhas sanitárias. Os significativos avanços realizados nos campos da farmacologia e da Medicina Científica, levaram a forte

estímulo a especialização. Percebeu-se o desenvolvimento da Medicina Preventiva Científico-Biológica do final do século XIX e início do século XX.

Do final do século XIX até metade dos anos 60, o setor privado nacional se consolidou com o modelo de pagamento direto e eventual prestação de serviço ao Estado, por meio de convênios ou contratações públicas. No Estado a preocupação dominante era com a higiene, por conta dos surtos causados por doenças infectocontagiosas, tendo seu foco se voltado prioritariamente ao controle das endemias e epidemia. Historicamente a atenção era voltada aos portos (Pontes, 2010; BRASIL, 2016c), por conta das exportações, que eram enormemente prejudicadas pela questão sanitária. Neste sentido, pelo Estado brasileiro foi estabelecido o modelo sanitário campanhista, que tinha inspiração militar, e implicava no estabelecimento de estruturas verticalizadas e com dominante estilo repressivo de intervenção e execução para combate às doenças.

São marcos importantes, ocorridos em 1920, nos EUA, o Relatório Flexner e na Inglaterra, o Relatório Dawson (Cordeiro, 1982; Soares, 2001; Pagliosa e Da Ros, 2008). O primeiro, trouxe grande repercussão por discutir a formação médica e serviu como alicerce à Medicina Científica, preterindo todas outras formas de prestação de serviços médicos. O segundo, estabeleceu o arcabouço organizacional da saúde nos níveis de atenção primária, secundária e terciária. Assim, foi padronizada a formação médica dentro do modelo Flexneriano (hospitalocêntrico, baseado em substrato anatomopatológico, com emprego massivo de tecnologia e medicamentos), tendo a Organização Mundial da Saúde – OMS – e a Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS – como difusoras desta forma de prestar saúde, tendo recebido vultosos financiamentos da indústria farmacêutica, capitaneados pela Fundação Rockefeller e Fundação Kellogg (Faria e Costa, 2006; Rocha, 2017).

A difusão do Modelo Flexneriano proporcionou as especializações médicas e de outras profissões da saúde. No Brasil, as cátedras das faculdades tiveram inclusive intercâmbios internacionais e pesquisas financiadas pela Fundação Kellogg

(Guimarães, 2009), com vistas a ampliar a formação profissional e o emprego da Saúde Pública.

Em breve síntese sobre as ações de Saúde Pública, destaca-se que foram vinculadas ao Ministério da Justiça (no Governo Carlos Chagas, em 1923), tendo sido incluídos como responsabilidade do Estado a fiscalização de alimentos e o controle dos portos e fronteiras. Em 1930, foram transferidas ao Ministério da Educação, quando se concebeu o Departamento Nacional de Saúde Pública (que concebeu sanatórios para tratamento de doenças como a tuberculose e a hanseníase, somando-se aos manicômios públicos). Nos Estados foram estruturados os Departamentos Estaduais de Saúde, que deram origem às atuais Secretarias Estaduais de Saúde. Finalmente, em 1953, foi criado o Ministério da Saúde. Percebe-se nitidamente no período uma importante migração das ações campanhistas para a atenção médica.

2.3. ORGANIZAÇÕES DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE DOS TRABALHADORES

No setor privado, com ampliação do processo de industrialização superando o modelo agroexportador, percebe-se a partir de 1920 as primeiras organizações de assistência privada à saúde dos trabalhadores, constituída a partir da regulamentação promovida pela Decreto nº 4.682/1923 (BRASIL, 1923), conhecida como Lei Eloy Chaves, que regulamenta a Previdência Social e Assistência à Saúde (Gráfico 2).

Foram formadas Caixas de Aposentadorias e Pensões - CAPS, organizadas por empresas (inicialmente restritas às empresas ferroviárias e, mais tarde, estendidas às marítimas e portuárias), portanto, privadas, e sob regulação do Estado que se resumia a fiscalizar o cumprimento da lei (Teixeira, 2006). Entre os anos de 1920 e 1940, foram estabelecidos Institutos de Aposentadoria e Pensões – IAP, para diversas classes profissionais, como: Marítimos - IAPM, em 1933; Comercários - IAPC, em 1934; Bancários - IAPB, em

1934; Industriários - IAPI, em 1936, que se transformará em 1945 na autogestão GEAP, Fundação de Assistência ao Servidor Público; Servidores do Estados – IPASE, em 1938; e, Empregados em Transportes e Cargas - IAPETEC, em 1938. Entre 1940 e 1950 foram criados outros IAPs e tiveram início os sistemas de Assistência médico-hospitalar para funcionários, como a Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil – CASSI. Cada instituição construía e demandava sua estrutura hospitalar própria, resultando em ampliação da capacidade instalada dos hospitais brasileiros. Estas unidades atualmente constituem a maior parte rede hospitalar de saúde, pública e privada.

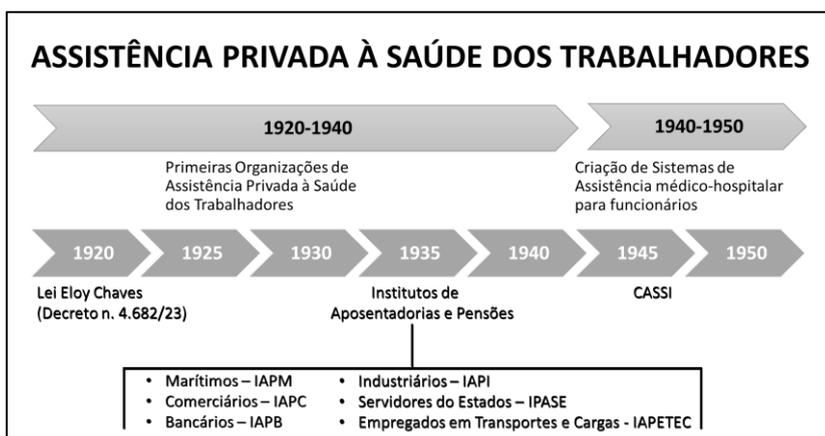


Gráfico 2: Assistência Privada à Saúde dos Trabalhadores

Nos CAPs, que eram organizados por empresas, a administração e financiamento era fornecida por empresários e trabalhadores, onde se objetivava a assistência médica como atribuição central e obrigatória. Nos IAPs, por ter fonte tripartite (Estado, empresa e trabalhadores) o foco passou da assistência médica para contenção de gastos (principalmente no período de 1930-1945), promovendo o regime de capitalização.

Frise-se que somente se pode referir a este mercado como saúde privada, ampliando a prestação de serviços anterior, que somente se referia ao atendimento particular com profissionais

liberais, com pagamento direto ao prestador de serviços. Aqueles que não pertenciam às classes específicas dos IAPs e não possuíam vínculo ativo (ou seja, aqueles que não possuíam carteira de trabalho, com vínculo trabalhista ativo e fossem contribuintes) não tinham assistência prestada por estas instituições, sendo direcionados ao incipiente serviço de atenção médica estatal ou buscavam as instituições de caridade. Percebe-se o embrião do que se considera hoje uma autogestão, que focava em assistência médica.

A uniformização dos benefícios previdenciários foi realizada pela Lei Orgânica da Previdência (BRASIL, 1960). Em 1966 foi formado o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS (BRASIL, 1966), pela fusão de todos os IAPs existentes à época. Sua estruturação trouxe ampliação da extensão previdenciária, promovendo organização do complexo médico industrial e de sistema de saúde com forte relação com prestadores de serviços privados. Empresas do sistema de Assistência médico-hospitalar para funcionários, como a CASSI recebem grande demanda para adesão, pela percepção da perda de acesso a serviços.

Em 1974, foi criado o Fundo de Apoio e Desenvolvimento Social – FAS (BRASIL, 1974), que serviu para financiar, de forma subsidiada, a ampliação de unidades hospitalares privadas (de alta complexidade e tecnologia) com recursos da previdência social. Para reorganizar a Previdência na lógica da racionalização e centralização, foram estabelecidas as leis do Sistema Nacional de Saúde, em 1975, e do Sistema Nacional da Previdência Social - SINPAS, em 1977, quando foram criados, dentre outros: Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS; Central de Medicamentos – CEME; Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social – IAPAS; e, Legião Brasileira de Assistência – LBA. Naquele momento, o Estado apresentava um modelo hegemônico médico assistencial-privatista que era o grande financiador da saúde, através da previdência social, tendo como prestadores de serviços as unidades do setor privado nacional, com forte influência dos produtores de equipamentos biomédicos e medicamentos do setor privado internacional. Frise-se que anos mais tarde, na sua maioria, estes prestadores, que cresceram por financiamento estatal, optaram por deixar de prestar assistência junto ao poder Público ou a tratar este

relacionamento como residual, pois passaram a priorizar o mercado de saúde suplementar.

A decadência do modelo previdenciário financiador resultou no movimento da Reforma Sanitária, que mais tarde se consolidaria no Programa de Interiorização das Ações de Saúde – PIASS, em 1976, que ampliou a rede ambulatorial pública, Programa Nacional de Serviços Básicos de Saúde – PREVSAÚDE, em 1980, que a partir da VII Conferência Nacional de Saúde buscava a universalização dos cuidados primários de saúde e criação do Conselho Consultivo da Administração de Saúde Previdenciária – CONASP (BRASIL, 1981), que representava uma instância reguladora da saúde previdenciária. Este último, propôs medidas que visavam reorientação da assistência à saúde, os quais se opunham aos interesses privados, como: revisão do financiamento do FAS, incremento e melhoria da qualidade e produtividade, implementação de auditoria, etc. Na prática, foram estruturados convênios entre o Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, Ministério da Saúde e as Secretarias Estaduais de Saúde, resultando no fim do pagamento por unidades de serviços, reestruturação de gastos e diminuição de internações hospitalares. Entretanto, na área ambulatorial, houve incremento significativo no credenciamento dos médicos e a contratação de serviços públicos, pagos de acordo com a produção potencial da capacidade instalada da rede.

O INAMPS era o grande contratante da rede privada hospitalar, sendo bastante suscetível ao clientelismo político. O CONASP estabeleceu as Ações Integradas de Saúde – AIS, inicialmente com pequena parcela do orçamento do INAMPS (5%) para a execução de ações de saúde pública (que competiam com as ações das secretarias estaduais e municipais de saúde), as quais acabaram levando a rede pública a ser prestadora de serviço ao INAMPS. No período houve elevado incremento de gastos pelo INAMPS com o setor público por meio de convênio privilegiado com entidades filantrópicas. Buscavam descentralização das ações passando das AIS para implantação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS, incorporando-se o discurso em defesa do direito universal à saúde e do dever do Estado, tendo a saúde um comando único. Os princípios da reforma sanitária foram incorporados ao SUDS, dentre

eles: universalização, integralidade, regionalização e hierarquização, descentralização, democratização das instâncias gestoras, etc. Havia forte embate entre interesses do INAMPS/MPAS, e Ministério da Saúde, tendo a primeira resistência à unificação, sendo superado finalmente, passando de prestador a gestor e financiador do sistema deixando a prestação de serviços delegada aos estados e, por hierarquização, aos municípios. Esta reorientação de práticas e de organização culmina com a convocação da VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, para subsidiar a Assembleia Nacional Constituinte, que concebeu a partir dos acordos possíveis dentro do Congresso Nacional o Sistema Único de Saúde – SUS. Somente em 1990, ocorreu a fusão do INPS com o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS, para formar o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS .

2.4. PRESTADORES DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE

Percebe-se que a partir de 1960, com o incremento de empresas estrangeiras houve demanda interna por contratação de prestadores de serviço para atender seus funcionários e dependentes. Atribui-se como a primeira empresa de planos de saúde do país, a Policlínica Central, situada em São Paulo, que foi fundada em 1956 e tinha como principal cliente a Volkswagen. Neste contexto pode ser identificado um incipiente mercado de saúde privado, com viés corporativo, constituindo o que podemos denominar de mercado de medicina de grupo e de convênio-empresa (onde se assumia a responsabilidade sobre a assistência médica em troca de subsídios da Previdência).

Registre-se que somente em 1980 houve compilação das normas relativas às relações de consumo e a obrigatoriedade de registro das empresas de medicina de grupo e das seguradoras no Conselho Federal de Medicina – CFM – e nos Conselhos Regionais de Medicina – CRM . Finalmente, em 1985 foi criado o Conselho Nacional de Defesa do consumidor – CNDC – e, após a ser promulgada a

Constituição Cidadã foi criado o Código de Defesa do Consumidor – CDC (BRASIL, 1990), trazendo normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social (Gráfico 3), com aplicação no espaço atende ao disposto em diversos normativos, bem como ao princípio da territorialidade e da relação de consumo plurilocalizada.

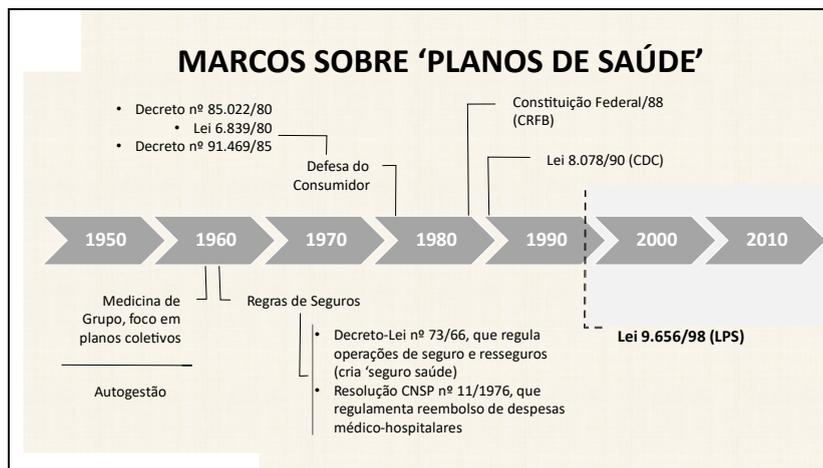


Gráfico 3: Surgimento dos planos de saúde e de normas de defesa do consumidor

Nos anos 60, na sua maioria, as empresas multinacionais demandaram contratos coletivos, tendo sido atendidos por empresas constituídas para prestar assistência a saúde no formato que reconhecemos como plano de saúde. Destaca-se que as unidades prestadoras, na sua maioria, foram aquelas que cresceram e se desenvolveram com financiamento público e que prestavam serviços ao Estado. Havia descontentamento crescente dos usuários com o atendimento prestado pelo IAPs e consequente busca por serviços percebidos como qualificados. Com a ampliação da demanda por serviços médicos privados, houve grande descredenciamento destes prestadores de serviços (inclusive instituições beneficentes e filantrópicas), com alguns voltando-se exclusivamente para o mercado privado de saúde.

Este setor privado de mercado da saúde se expandiu a partir de 1960 com a evolução da medicina de grupo (que tinha foco em planos coletivos, médicos e odontológicos), dos setores de autogestão das empresas (que buscavam organização própria da prestação da assistência aos seus funcionários), da participação de empresas de seguro (que tinham produtos de 'seguro-saúde' autorizados pela Regulamentação de Operações de Seguros e Resseguros)(BRASIL, 1966), das cooperativas médicas e odontológicas (a partir da implementação da Política Nacional de Cooperativismo)(BRASIL, 1971), das filantrópicas (que prestavam serviço ao mercado e ao serviço público) e de empresas privadas que atuavam como intermediárias, denominadas administradoras. (Gráfico 4).

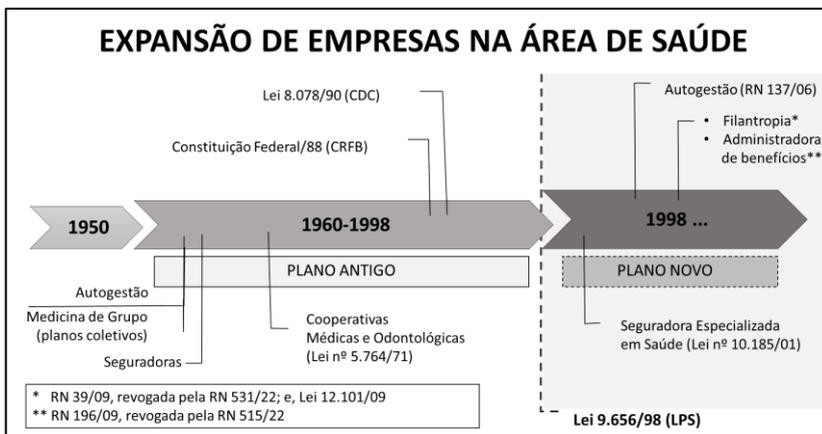


Gráfico 4: Expansão de empresas na área de saúde suplementar

Como se depreende, o mercado privado cresceu sem regulamentação da atividade de prestação de serviços. Este setor econômico se reconhece como saúde suplementar. Sua regulamentação ocorreu pela Lei 9.656/98 (BRASIL, 1988), conhecida como Lei dos Planos de Saúde (ou dos planos e seguros privados de assistência à saúde). Ensina a Ministra Fátima Nancy Andrichi, do STJ, que “alguns dos avanços trazidos pela Lei dos Planos de Saúde foram conquistas da jurisprudência, posteriormente incorporados pela lei” (CNJ, 2010).

Em síntese, o mercado de saúde brasileiro sempre teve marcante atividade privada de prestação de serviço por profissional liberal, com pagamento direto. Com a industrialização, houve ampliação da prestação de serviço privado à rede pública, sendo inclusive o financiamento público fundamental para ampliação da capacidade instalada de hospitais privados. Com a introdução no mercado brasileiro de empresas internacionais e a maior solicitação por atendimentos aos funcionários das empresas nacionais, houve incremento da demanda do mercado aos prestadores de serviços. Empresas prestadoras se voltaram para a realização de convênios, públicos e privados, bem como contratualização privada com empresas para prestar atendimento de assistência à saúde. Diversas conformações de empresas foram estabelecidas no mercado de saúde, que cresceu de forma desregulada, até que houve a regulamentação estatal do mercado de saúde suplementar. E, neste período houve a consolidação das normas relativas às relações de consumo, com incremento de estruturas e mecanismos de proteção e defesa do consumidor.

3. Mercado da Área de Saúde: Caracterização Constitucional

Com alicerce constitucional da Magna Carta de 1988, o Direito à saúde foi estabelecido, tendo como princípio basilar da República a dignidade da pessoa humana e pela sua inserção como direito social de segunda dimensão . Houve pelo constituinte a definição da atenção à saúde como um direito de todo o cidadão e um dever do Estado , bem como da garantia do acesso universal e igualitário à saúde para todos os cidadãos, mediante políticas econômicas sociais que visem a redução da doença e de outros agravos da saúde.

Registre-se que houve incorporação de conceitos e princípios da reforma sanitária e do SUDS , para formação do sistema nacional de saúde, denominado Sistema Único de Saúde - SUS . Desta

forma, na disposição constitucional verifica-se a existência de três segmentos no mercado da saúde: Saúde Pública; Saúde Complementar e Saúde Suplementar (Gráfico 5).



Gráfico 5: Segmentos do sistema de saúde brasileiro

A denominação Saúde Pública corresponde ao SUS. Suas atribuições foram elencadas no texto constitucional e sua regulamentação foi estabelecida pela Lei 8.080/90 (BRASIL, 1990a) e pela Lei 8.142/90 (BRASIL, 1990b), e normas relacionadas. Elas constituem com a Constituição Federal as bases legais do SUS e estabelecem as Leis Orgânicas da Saúde. Na estruturação deste sistema a norma constitucional atribui competência legislativa à União, aos Estados e ao Distrito Federal, para atuarem de forma comum e concorrente, e em texto infralegal foram estabelecidas as competências, comuns e específicas, em seu âmbito administrativo.

Constituição Federal / 88

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

...

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

...

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Lei 8.080/90

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

...

Art. 16. À direção nacional do SUS compete:

...

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

...

Art. 18. À direção municipal do SUS compete:

...

Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.

Em caráter aditivo aos esforços do poder público na prestação de serviço de saúde à população, o constituinte estabelece a Saúde Complementar, que se refere ao auxílio ao SUS prestado por unidades privadas, com preferência pela participação das entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos . A definição da remuneração desta atividade complementar e dos parâmetros de cobertura assistencial foram alocados para serem estabelecidos pela direção nacional do SUS, estando sujeitos à aprovação no Conselho Nacional de Saúde - CNS . Esta prestação de serviço complementar, por normatização, submete-se às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do SUS.

Constituição Federal /1988

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

Lei 8.080/90

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

...

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Por fim, a denominação Saúde Suplementar tem sido empregada para representar o mercado de planos e seguros de saúde. De fato, a Magna Carta não faz nenhuma referência específica ao mercado de saúde suplementar, mas foi incluída a possibilidade de assistência à saúde como aberta a iniciativa privada. Destaca-se a existência de vedação expressa constitucional para destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

Importante destacar e refinar que o SUS estabelece um sistema único, portanto, não particionável ou fragmentável. O constituinte estabeleceu as ações e serviços de saúde (sem especificação de serem prestados pelo Estado, ou por particulares)

como de relevância pública, atribuindo ao Poder Público a competência para sua regulamentação, fiscalização e controle . Esta competência pode ser exercida diretamente ou pode ser delegada a terceiros. As ações podem ser feitas por pessoa física ou jurídica de direito privado ou público. Ainda, cumpre mencionar que cabe ao Estado elaborar “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” . Por fim, cabe esclarecer que o normativo infraconstitucional especifica que a prestação de serviços privados tem seu funcionamento normatizado pelo SUS .

Constituição Federal /1988

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

...

Lei 8.080/90

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde

(SUS) quanto às condições para seu funcionamento.

Considerando sua relevância pública, a saúde privada (incluindo todas as empresas operadoras, ou pessoas jurídicas, que operam planos de assistência à saúde) submetem-se às normas ditadas pelo Estado sobre a regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde, sejam eles de prestação de serviços ao mercado privado ou ao setor público (PROCON-MG, 2022). Frise-se que a atividade privada de prestação de serviços por profissionais liberais e empresas de saúde privada (hospitais, clínicas, laboratórios, etc.) estão autorizadas pelo texto constitucional. No entanto, mesmo quando atuam com remuneração por desembolso direto estas empresas (ou entidades) submetem-se ao controle estatal no que se refere, por exemplo, ao exercício profissional e princípios éticos (Conselhos Federais e Regionais profissionais), à Vigilância Sanitária (ANVISA) e as normas expedidas pelo órgão de direção do SUS. Como demonstrado, o sistema de Saúde Suplementar representa um subsistema do SUS e, sendo assim, pode ser regulamentado e submete-se ao controle normativo do SUS.

4. Considerações finais

Percebe-se uma complexa evolução histórica do mercado de saúde suplementar, a partir da demanda mercadológica e da construção da saúde no Brasil, com raízes no período colonial e na evolução tecno-científica do paradigma médico, das organizações de assistência privada e prestadores de serviços de assistência privada à saúde.

Este constante aperfeiçoamento normativo resultou na consolidação do mercado da Área de Saúde, com raízes constitucionais.

Referências bibliográficas

BRASIL, **Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923**. QUE cria, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4682-1923.htm. Acesso em: 08 jun 2023

BRASIL, **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960**. QUE dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm. Acesso em: 08 jun 2023

BRASIL. **Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966**, QUE unifica os Institutos de Aposentadoria e Pensões e cria o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

BRASIL. **Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966**, QUE dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências

BRASIL. **Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971**, QUE define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências.

BRASIL, **Lei nº 6.168, de 9 de dezembro de 1974**. QUE Cria o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social - FAS - e dá outras

providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6168.htm. Acesso em: 08 jun 2023

BRASIL. Decreto n.º 86.329, de 02 de setembro de 1981

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. QUE dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acesso em: 08 jun 2023

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. QUE Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 08 jun 2023

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**, QUE dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**, QUE dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

BRASIL. **Memória da Administração Pública Brasileira (MAPA). Dicionário período colonial. Físico-mor/Fiscatura-Mor do Reino, Estado e Domínios Ultramarinos**. 2016. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/182-fisico-mor-fiscatura-mor-do-reino-estado-e-dominios-ultramarinos>

BRASIL. Memória da Administração Pública Brasileira (MAPA). Dicionário período colonial. Escola de Cirurgia da Bahia. 2016. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/172-escola-de-cirurgia-da-bahia>

BRASIL. Memória da Administração Pública Brasileira (MAPA). Dicionário período colonial. Escola Anatômica, Cirúrgica e Médica do Rio de Janeiro. 2016. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/171-escola-anatomica-cirurgica-e-medica-do-rio-de-janeiro>

BRASIL. Memória da Administração Pública Brasileira (MAPA). Dicionário período colonial. Provedor-mor/Provedoria-Mor de Saúde da Corte e Estado do Brasil. 2016. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/210-provedor-mor-provedoria-mor-de-saude-da-corte-e-estado-do-brasil>

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020.** Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em 24 ago 2023

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021.** Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf> Acesso em 24 ago 2023

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2022.** Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/justica-em-numeros-2022.pdf> Acesso em 24 ago 2023

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Os planos de saúde privados e o código do consumidor.** Principais questões geradoras de conflito e análise econômica: reajuste. Palestra proferida pela Ministra Fátima Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, no I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/03/os_planos_de_saude_privados_e_o_codigo_do_consumidor_principais_questoes_geradoras_de_conflito_e_analise_economica_reajuste.pdf. Acesso em: 18 ago 2023.

CORDEIRO, HA. **As transformações da prática médica: a Medicina de Grupo no Rio de Janeiro.** Rev. bras. educ. med. 06 (03). Sep-Dec 1982. <https://doi.org/10.1590/1981-5271v6.3-002>

EDLER, FC. **Saber médico e poder profissional: do contexto luso-brasileiro ao Brasil imperial.** p.23-46. In. Pontes, CF. Falleiros, I. Na corda bamba de sombrinha: a saúde no fio da história. Fiocruz. 2010. 340 p. ISBN 978-8585239657

FARIA, L. Costa, MC. Cooperação científica internacional: estilos de atuação da Fundação Rockefeller e da Fundação Ford. **Dados** 49 (1). 2006. <https://doi.org/10.1590/S0011-52582006000100007>

GALVÃO, MAM. **Origem das políticas de saúde pública no Brasil: do Brasil-colônia a 1930.** Textos do Departamento de Ciências Médicas | Escola de Farmácia. Universidade Federal de Ouro Preto, 2009, Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/origem_politicas_saude_publica_brasil.pdf. Acesso em: 04 ago 2023.

GUIMARÃES, MRC. **Os catedráticos de clínica médica e as propostas de reforma do ensino médico no Brasil nas décadas de 1950 e 1960.** Tese. Fiocruz– Rio de Janeiro : s.n., 2009.

FOUCAULT, M. **O Nascimento da Clínica**, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1977

HEGENBERG, L. **Evolução histórica do conceito de doença.** In Hegenberg, L. Doença: um estudo filosófico [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1998. 137 p. ISBN: 85-85676-44-2. Disponível em: <http://books.scielo.org>

MANTOVANI, R. O que foi a polícia médica? **Análise. Hist. cienc. saude-Manguinhos** 25 (2). Apr-Jun 2018. <https://doi.org/10.1590/S0104-59702018000200007>

OPAS. **A política de regulação do Brasil**, Claunara Schilling Mendonça / Afonso Teixeira dos Reis / José Carlos de Moraes (orgs.) Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2006. 116 p.: il. (Série técnica desenvolvimento de sistemas e serviços de saúde; 12). ISBN: 85-87943-61-8

PAGLIOSA, FL. Da Ros, MA. O Relatório Flexner: para o Bem e para o Mal. **Revista Brasileira de Educação Médica.** 32 (4) : 492–499; 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbem/a/QDYhmRx5LgVNSwKDKqRyBTy/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 ago 2023.

23. PEREIRA, MRM. Almuthasib: considerações sobre o direito de almotaçaria nas cidades de Portugal e suas colônias. Dossiê. **Rev. Bras. Hist.** 21 (42). 2001. <https://doi.org/10.1590/S0102-01882001000300006>

24. PIMENTA, TS. **Médicos e cirurgiões nas primeiras décadas do século XIX no Brasil. Dossiê História das Doenças e das Práticas do Curar nos Oitocentos.** Almanack (22). Maio-Agosto 2019. <https://doi.org/10.1590/2236-46332019220>

PINTO, LFS. Médicos e Migração: a Residência em foco. Dissertação. ENSP: 1999. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/5116/120.pdf?sequence=2>. Acesso em: 04 ago 2023.

PONTES, CF. **O Brasil no microscópio.** p.47-72. In. Pontes, CF. Falleiros, I. Na corda bamba de sombrinha: a saúde no fio da história. Fiocruz. 2010. 340 p. ISBN 978-8585239657

51. PROCON-MG. Roteiro para análise de cláusulas ou práticas abusivas em contratos de prestação de serviços por operadoras de planos de saúde. Assessoria jurídica do PROCON-MG. 2022. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/EA/C5/29/67/3302181089C6EFF7760849A8/Roteiros%20Atuacao-Planos%20de%20Saude-Roteiro%20analise%20clausulas%20praticas%20abusivas%20contratos%20prest%20serv%20oper%20planos%20saude-Procon-MG-Maio2022.pdf>

QUADROS, LS. Gelape, VP. Rosa, MC. **O corpo e o saber médico no século XVIII: entrevista com Jean Abreu.** Depoimento. Hist. cienc. saude-Manguinhos 22 (2). Apr-Jun 2015. <https://doi.org/10.1590/S0104-59702015000200007>

ROCHA, ESS. Fundações privadas americanas e suas relações com o desenvolvimento científico. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, ISSN-e 2175-3423, Vol. 9, Nº. 17, 2017 (Ejemplar dedicado a: A alma e o corpo por escrito: literatura

religiosa e médica, séculos XVI-XIX (Jan-Jun/2017)), págs. 201-23

SOARES, MS. Médicos e mezinheiros na Corte Imperial: uma herança colonial. **História, Ciências, Saúde - Manguinhos**, vol. VIII(2): 407-38, jul.-ago. 2001. <https://doi.org/10.1590/S0104-59702001000300006>

TEIXEIRA, AMP. **Previdência Social no Brasil. Da revolução passiva à contra-reforma**. 2006. Tese (Doutorado em Serviço Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro

TESSER, CD. Contribuições das epistemologias de Kuhn e Fleck para a reforma do ensino médico. Ensaio. **Rev. bras. educ. med.** 32 (1). Mar 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-55022008000100013>

16

A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS

DOI: <https://doi.org/10.17655/9788567211879.16>

Patrícia Levin de Carvalho Cidade¹

Lúcia Souza d'Aquinos²

1 Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense | E-mail: patriciacidade@id.uff.br

2 Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense | E-mail: lstaquino@id.uff.br

RESUMO

Considerando o aumento do cenário de endividamento e superendividamento ao longo dos últimos anos, em razão das novas tecnologias, houve a patente necessidade de regular, de forma mais ostensiva, o mercado de crédito ao consumidor, com o objetivo de maior proteção de práticas abusivas. A Lei 14.181/2021 trouxe medidas de prevenção e tratamento ao superendividamento da pessoa natural, de boa fé, bem como a preservação do mínimo existencial como garantia de proteção ao princípio da dignidade humana. Este artigo tem como objetivo analisar os impactos da vulnerabilidade técnica e econômica do consumidor, com o surgimento das novas tecnologias, analisando os possíveis impactos econômicos no cotidiano do consumidor. Por fim, expõe-se que o presente artigo foi realizado a partir da revisão de literatura e possui natureza exploratória.

Palavras-chave: vulnerabilidade, boa-fé, superendividamento.

1. Introdução

O mundo contemporâneo vem apresentando diversos desafios relacionados à era digital nas relações de consumo. A mídia social proporciona uma ampla oferta de produtos e serviços, ao tempo em que disponibiliza uma ilusória facilidade e agilidade na sua aquisição. Convencida da necessidade de consumir para pertencer a um determinado grupo social, uma grande parte da população se encontra em um cenário de dívidas. Na sociedade de consumo, “todo mundo precisa ser, deve ser e tem que ser um consumidor por vocação” (Bauman, 2007, p. 73), ainda que não estejam preparados para as armadilhas do mercado, acarretando, cada vez mais, um cenário de ‘descontrole’ financeiro oriundo da volatilidade da publicidade supérflua e da necessidade inerente e automática que estas trazem do consumo imediato, sem haver um pensamento crítico sobre a utilidade do produto adquirido na vida deste

consumidor. Ratificando esse cenário, o relatório anual sobre Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEI), apresentado no Portal do Comércio², que tem a finalidade de orientar os empresários quanto ao perfil de endividamentos do consumidor, trazendo informações sobre o nível de endividamento, renda e capacidade de pagamento, aponta que atualmente aproximadamente 78,0% da população brasileira se encontra endividada ou superendividada, condição definida como “a impossibilidade global do devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriunda de delitos e de alimentos)” (Marques, 2016, p. 09).

A democratização do crédito, o novo modelo de consumo por meio de vendas por aplicativos, a introdução dos “influencers digitais” como instrumentos sutis de vendas e a escassa regulamentação do mercado formam um ambiente nocivo para o consumidor, principalmente com o advento de novas tecnologias nos celulares e outros dispositivos que permitem o consumidor adquirir, de imediato, os produtos. O agravamento da crise econômica e social que vive o país e a oferta de crédito irresponsável ao consumidor afetam severamente a dignidade do consumidor e, na maioria das vezes, de sua família, por meio da exclusão socioeconômica. Nesse sentido, Bauman (2007, p. 17) ensina que novas estratégias são criadas para fomentar o descarte dos produtos por parte do consumidor, sob o argumento da satisfação imediata. Assim, sob o argumento de que o produto está velho e por esse motivo deverá substituído por outro mais novo, é incentivada a prática constante do consumo, resultando em uma prática automática, impulsiva e gerando uma ideia de consumo do objeto de desejo sem a devida consciência econômica e social, o que em determinado momento pode levar o consumidor ao endividamento ou ao superendividamento.

A Constituição de 1988 consagrou os direitos do consumidor na categoria de direito e garantia fundamental e como consectário, passa a ser dever do Estado regulamentar as relações consumeristas. Ressalta-se que o legislador constitucional o inseriu no capítulo “dos Direitos Fundamentais”, regulamentando-o posteriormente por meio

da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Tem o referido diploma a vulnerabilidade como princípio orientador das relações de consumo, buscando compensar as diferenças entre consumidores e fornecedores, atenuando os efeitos do poder econômico em razão da reduzida capacidade técnica e jurídica dos tutelados. Nesse sentido, a previsão constitucional de normatização dessas relações se deu pela promulgação da Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor. O referido diploma legal definiu consumidor, fornecedor, produtos e serviços, bem como trouxe expressamente a vulnerabilidade como condição de todo consumidor e princípio norteador da proteção a esse sujeito.

Em se tratando de relação de consumo, não se pode afastar a posição de desigualdade e vulnerabilidade em que se encontra o consumidor, amplamente debatida tanto na doutrina como na jurisprudência atual. Este conceito diz respeito à relação de direito material, sendo presunção absoluta, não admitindo prova em contrário (Marques, 2016, p. 28). Nesse sentido, pautando-se por este princípio presente no diploma legal brasileiro, indaga-se sobre a necessidade de elaborar normas protetivas eficazes, que de fato regulamentem as relações de consumo em prol de uma melhor proteção ao consumidor, de modo a garantir a boa-fé objetiva, presente nas relações de consumo e, conseqüentemente, resguardando o direito à informação e trazendo como norte a vedação às publicidades enganosas, nocivas ao consumidor vulnerável. Importante destacar que a lei do superendividamento acrescentou ao artigo 4º os incisos IX e X, que se referem não só ao aspecto do tratamento do consumidor superendividado, mas sob a ótica da prevenção, quando fomentam ações de educação financeira voltadas para o consumidor. Ações envolvendo a prevenção, entretanto, ainda carecem de um envolvimento maior dos Poderes Públicos a fim de ganharem destaque de política pública.

A lei 14.871/2021, utilizando-se do mesmo sustentáculo principiológico constitucionalmente previsto, trouxe alterações ao Código de Defesa do Consumidor, na tentativa de reduzir o superendividamento nacional e seus nocivos efeitos econômicos, prevendo o tratamento do superendividado com forma de evitar a exclusão social (FERREIRA, 2022). Assim, em seu art. 54-A, § 1º, a

norma define como consumidor superendividado a pessoa natural, de boa-fé, com evidente impossibilidade de pagar suas dívidas exigíveis e vincendas, sem comprometer o seu mínimo existencial. Entretanto, o dispositivo legal, em sua parte final, deixa para o legislador ordinário a regulamentação e definição do mínimo existencial, o que se concretizou por meio da edição do Decreto 11.150/2022, que fixou em seu art. 3º: “considera-se mínimo existencial a renda mensal do consumidor pessoa natural equivalente a vinte e cinco por cento do salário-mínimo vigente.” O Decreto 11.567/2023 alterou a norma anterior, elevando para R\$ 600,00 (seiscentos reais) o mínimo existencial da renda mensal do consumidor. No Supremo Tribunal Federal tramitam, desde 2022, as Arguições de Preceito Fundamental (ADPFs 1005 e 1006), ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e Associação Nacional das Defensoras e dos Defensores Públicos (ANADep), sob o argumento de que o estabelecido no Decreto Presidencial 11.150/2022 fere frontalmente os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, violando o princípio da dignidade humana, impedindo-o de desfrutar de uma vida justa, capaz de garantir os direitos sociais como moradia, saúde, educação, o dever do Estado de promover a defesa do consumidor, bem como a sua proteção, garantindo o cumprimento do inciso V do artigo 170 da Constituição de 1988. Mesmo com a elevação do valor por meio do Decreto Presidencial n. 11.567 de 19/2023, permanecem válidos os argumentos sustentados nas citadas ADPFs, pois estes continuam urgentes e relevantes em razão do cenário crescente do superendividamento do cidadão, que pode também se estender às famílias.

O impacto socioeconômico do superendividamento dos brasileiros levou o Governo Federal, por meio do Ministério da Fazenda Pública, à edição da Portaria Normativa 634/2023 que estabelece requisitos, condições e procedimentos para adesão ao Desenrola Brasil – programa emergencial de renegociação de dívidas das pessoas físicas inadimplentes. O objetivo do programa é recuperar condições de crédito de devedores com dívidas negativadas entre 01/01/2019 e 31/12/2022. Seu público-alvo são pessoas físicas com renda bruta mensal de até dois salários mínimos ou inscritos no Cadastro Único para programas sociais do Governo

Federal, sendo dividido por faixas: faixa I – dívidas cujos valores de negativação não ultrapassem R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); Faixa II – pessoas físicas com dívidas financeiras negativadas até 31/12/2022 e renda até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). A expectativa é de beneficiar 30 milhões brasileiros que deixarão de ter seus nomes no rol dos inadimplentes, podendo voltar a ter crédito, e com isso serem reinseridos na economia. Entretanto, o programa deve vir acompanhado de medidas educativas para o consumidor como forma de prevenção de um novo ciclo de endividamento. Somente a edição de leis - as quais, sem dúvidas, já de muito auxiliam neste cenário crítico -, sem o devido acompanhamento do consumidor, seja por meio de palestras, cursos gratuitos, não conseguirá promover o pensamento crítico do indivíduo ao ponto de modificar sua relação com o consumo. O Governo Federal editou Medida Provisória n. 1.199/2023 prorrogando o prazo de renegociação das dívidas das pessoas enquadradas na faixa 1, para 31 de março de 2024. A expectativa é alcançar as pessoas físicas com dívidas de até 2.000,00 (dois mil reais), bem como inscritas no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, recuperando para esses cidadãos o crédito e a reinclusão social. (Brasil, 2023).

O presente texto tem como objeto averiguar o impacto da vulnerabilidade técnica e econômica do consumidor com o surgimento de novas tecnologias. A metodologia adotada nesse artigo contou com os meios de investigação como em pesquisa bibliográfica, por se tratar de estudo sistematizado com base em livros, periódico, redes eletrônicas análise bibliográfica e análise de documentos constantes na base de dados do Conselho Nacional de Justiça. Nesse sentido a pesquisa se divide em três seguimentos. O primeiro trata do cumprimento do princípio da dignidade humana garantindo condições de vida adequadas para os consumidores em condição de superendividamento. No segundo, trata da vulnerabilidade dos consumidores e as medidas implementadas com o advento da Lei 14.181/2021. Por último, busca-se verificar se as medidas estão sendo aplicadas para prevenção e tratamento do consumidor superendividado.

2. Fundamentação teórica

Tendo em vista a necessidade de maior abrangência e estudo sobre o tema, resguardando as condições mínimas de subsistência das pessoas que se encontram em situação de superendividamento, garantindo o cumprimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como a defesa da cidadania, o Estado, na condição de agente público garantidor desses direitos fundamentais, sancionou a Lei 14.871/2021, que prevê o tratamento e a prevenção ao superendividamento, bem como define o conceito de mínimo existencial nos casos enquadrados na referida Lei. Sobre o aspecto constitucional, pode-se afirmar que “a tutela do superendividado é medida que visa plasmar a um só tempo o princípio da dignidade humana, a proteção do consumidor, o direito de propriedade a livre iniciativa, ou seja um quadrilátero valorativo de interesses constitucionalmente relevantes”. (Martins; Monaco, 2022, p. 52)

Segundo Marsson e Silva (2020, p. 182 apud Sarlet, 2011, p. 73), “dignidade humana é qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada pessoa, e isso a faz merecedora de respeito e consideração por parte de todos, em especial do Estado e da comunidade ao que se inclui a esfera familiar”. Nessa perspectiva, cabe destacar o entendimento de Barcellos (2022), que afirma ser o mínimo existencial formado por condições materiais básicas para existência humana, representando a fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica positiva ou simétrica e elemento pertinente à pessoa humana e direto público subjetivo de todo cidadão. Tal afirmação demonstra a importância da exata dimensão do conceito de mínimo existencial, bem como reforça o papel do Estado como principal garantidor de direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é um princípio inerente ao homem, um conjunto de axiomas que expressam as necessidades básicas de todo o ser humano desde a antiguidade até o mundo contemporâneo. Como princípio, pressupõe requisitos vitais básicos para a vida em sociedade, como saúde, educação, lazer, trabalho, dentre outros. Sob a ótica aristotélica, o homem busca a felicidade

como um bem essencial para a vida humana, separando a ideia de bem em coisas boas e coisas úteis, sendo o Estado o garantidor da qualidade da vida humana (Amorim, 2013, p. 36-37). Pode-se entender, a partir desse prisma, que a busca pela felicidade na sociedade atual se dá a partir das conquistas materiais em uma realidade consumerista, como viagens, utensílios pessoais e domésticos, dentre outros, bem como por meio da organização financeira das despesas diárias. Nesse sentido, o Estado, consoante a lógica aristotélica, deve proporcionar um cenário político, econômico e social favorável ao cidadão, para que este não encontre dificuldades inerentes à organização social que o impeçam de atingir uma realidade financeira adequada e não cair no superendividamento.

Entretanto, destaca-se que o consumo massificado trouxe o fenômeno do superendividamento, que assola parte significativa da sociedade brasileira. A facilidade de crédito e a falta de estímulo à escolha racional de crédito, aliadas a uma falta de educação financeira, colocam em risco a suficiência da parte devedora, afetando o núcleo familiar, bem como o ideário de felicidade e liberdade. Para o exercício da liberdade, o mínimo existencial é elemento fundamental; trata-se de parcela básica das condições materiais, do direito econômico e social, sem a qual o homem não sobrevive (Torres, 2008).

Por meio de uma digressão conceitual, Torres (2008) demonstra a importância de o mínimo existencial estar inserido no ideário de liberdade e felicidade como elementos essenciais para a dignidade da vida humana, pois o homem privado de condições mínimas de existência perde o direito fundamental à liberdade. Ao analisar a concepção de mínimo existencial, por meio de diferentes noções da organização social, seja em uma ideia de liberalismo político, na qual o Estado tem o papel de promover política pública de forma ampla, ou mesmo pela ideia comunitarista na qual o Estado se coloca na posição de agente de fomento, enquanto os indivíduos teriam seus problemas resolvidos na esfera local. Percebe-se que existe um aspecto onde há convergência, em que não importa o modelo de organização social adotado, pois existe um direito inerente a todo o ser humano e que deve ser protegido – qual seja, a garantia da dignidade humana por meio do estabelecimento do mínimo

existencial (Barcellos, 2002). Essa afirmação encontra amplo amparo no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 .

O consumidor passa a ser visto como mercadoria, à medida que a busca por ter, atrelada à felicidade, distorce os conceitos como necessidade, desejo e possibilidade. Da mesma maneira, “ O significado de Estado social na sociedade de consumidores, tal como era na sociedade de produtores, é defender a sociedade dos “danos colaterais” que o princípio orientador a vida social irá causar se não for monitorado, controlado e restringido”. (Bauman, 2007, p. 73)

No Brasil, a redemocratização e a consequente abertura econômica ocorrida no final do século XX permitiram o acesso a bens de consumo, bem como crédito facilitado a camadas da população que até então não estavam incluídas no mercado de consumo (Martins, Monaco 2022, p. 50). Em um cenário político polarizado e um mercado de consumo fechado, voltado unicamente para as mercadorias estatais, tornava-se difícil um crescimento econômico que produzisse efeitos produtivos a todas as camadas sociais, visto que a circulação de produtos e mercadorias era mínima se comparada à abertura econômica ocorrida e o consequente boom econômico, aumentando a camada de consumo e, por conseguinte, trazendo a maior circulação de bens e dinheiro.

No entanto, percebe-se que há críticas acerca desse período brasileiro, principalmente no que tange à facilidade do crédito à parte da população que não estava incluída no mercado de consumo. Se por um lado ele proporcionou o crescimento econômico, de outro, provocou o que se conhece como superendividamento, ante uma nova realidade globalizada aliado ao desequilíbrio informativo sobre as consequências práticas do crédito. Conforme descreve Martins e Monaco (2022), os resultados desse acontecimento são preocupantes, “entretanto, se deu lado o crédito favoreceu o incremento da demanda e promoveu o crescimento econômico, de outro, por sua expansão e baixa regulação, fez surgir a questão do superendividamento, como um subproduto do capitalismo.” Nessa perspectiva Lima e Cavallazzi categorizam o crédito como modalidade de contrato existencial, caracterizados por serem “contratos de longa duração e vinculando à dignidade do consumidor”. A ampliação das

camadas sociais participando do mercado de consumo, proporcionou um efeito adverso que foi, o superendividamento, ultrapassando o consumidor e alcançando sua família, no comprometimento da subsistência.

Relatório das Nações Unidas indica que o Brasil possui atualmente 60% (sessenta por cento) da população com acesso a internet. Nos anos de 2011 a 2013 houve uma queda de 46,5% para 45,3% no uso de computadores e em contrapartida houve um aumento no acesso à internet por meio de dispositivos móveis, como por exemplo, celulares. Esses dados corroboram a necessidade urgente de proteger os consumidores das armadilhas do consumo por impulso. O ato de consumir é inerente à vida civilizatória, desde a antiguidade as trocas de mercadorias ocorrem. Entretanto na era moderna, o acesso amplo às plataformas de venda de mercadorias, aliado ao apelo das redes sociais protagonizado pelos influenciadores digitais, vem impactando seriamente o modo de consumir da população brasileira, apesar de o Código de Defesa do Consumidor tratar dos direitos básicos do consumidor, dentre eles o de proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais. O mesmo diploma legal, em seu artigo 39, IV, classifica como abusivo prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista, seu conhecimento ou condição social. O artigo 51, IV declara a nulidade das cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. É necessária uma visão sistêmica sobre a dinâmica consumerista, os atores devem estar devidamente definidos, a fim de que medidas adequadas para promoção de um consumo consciente por meio da educação financeira e prevenção ao superendividamento possam auxiliar o consumidor já consagrado como a parte vulnerável pelo legislador ordinário no diploma consumerista. Por outro lado, os fornecedores de produtos e serviços que detêm o poder econômico, como as empresas multinacionais e instituições bancárias devem ser devidamente fiscalizados pelo Estado, visto que ainda são corriqueiras as práticas lesivas ao consumidor.

A Constituição Federal de 1988, no capítulo dos direitos sociais, contemplou o direito consumerista, regulamentado pela Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor sob a ótica protetiva do consumidor, interesse social e ordem pública. No entanto, em razão do crescente número de endividamento das famílias brasileiras, recentemente foi editada a Lei 14.181/2021, acrescentando ao Código de Defesa do Consumidor previsão legal de tratamento e prevenção ao superendividamento, conceituando o consumidor beneficiário – qual seja, pessoa física, de boa-fé –, medidas que possibilitem sua reinserção econômica e social, ante a impossibilidade manifesta de honrar com suas dívidas vencidas e/ou vincendas, sem o comprometimento do mínimo vital. O diploma consumerista elegeu o princípio da vulnerabilidade do consumidor, como norteador para o desenvolvimento de mecanismos eficazes para reduzir as desigualdades entre consumidores e fornecedores detentores do poder econômico, reforçando a necessidade de oferta responsável de crédito, transparência e clareza nas informações, bem como na educação financeira.

A vulnerabilidade é um conceito que alicerça o sistema consumerista e tem como propósito proteger a parte frágil da relação de consumo, trazendo o equilíbrio para os contratos, “O Consumidor é sempre vulnerável, característica intrínseca à própria condição de destinatário final do produto ou serviço” (Tartuce, 2020 p. 30). Nesse sentido, a vulnerabilidade pode ser percebida de várias formas, tais como na de ordem técnica, situação na qual o consumidor não tem conhecimento técnico sobre o produto ou serviço, sendo o fornecedor detentor dos conhecimentos, dos meios de produção, conferindo uma posição evidente de desigualdade. Na de ordem econômica, existe um desequilíbrio de poder econômico, visto que o consumidor percorrerá um caminho dispendioso para reparação de danos ocorridos no produto ou serviço contratado.

O referido diploma trouxe uma importante análise sobre as causas e os impactos do superendividamento nas famílias brasileiras, à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, buscando compreender esse fenômeno por meio de um estudo socioeconômico cuja finalidade é compreender os motivos, as necessidades e perspectivas que resultam um cenário de degradação

da dignidade econômica e social. Sob essa perspectiva, o estudo do papel do Estado como garantidor de políticas públicas, bem como da legislação consumerista para prevenção e tratamento do consumidor superendividado, das políticas públicas adotadas para educação do consumidor, as possíveis penalidades para fornecedores que ocultam informação essencial ao contrato fazem-se necessárias para atingir o real problema que acarreta o superendividamento do cidadão. “O Estado como garantidor dos direitos fundamentais deve se utilizar das políticas públicas como instrumento de alcance para proteção do cidadão”. (Leal, 2015, p. 143)

O Ministro Herman Benjamin, no julgamento do Recurso Especial n. 586.316, que discutia a controvérsia acerca da inclusão, nos rótulos e embalagens, de informações relativas à presença de glúten nos alimentos, bem ressaltou que “as normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de ordem pública e interesse social” e, “portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão ex ante e no atacado.” Prosseguindo, o eminente Ministro ressaltou a vulnerabilidade como “ponto de partida do CDC”, “mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios”, sustentando ainda que o direito à informação, previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, XIV, “é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC.” (Brasil, 2009)

Neste contexto é necessário investir na prevenção do superendividamento por meio de campanhas informativas ao consumidor, oficinas de educação financeira que efetivamente aparelhem o consumidor de ferramentas efetivas que permitam um controle real e prático do gerenciamento de suas finanças. O Conselho Nacional de Justiça – CNJ estabeleceu diretrizes por meio da Cartilha sobre o tratamento do superendividamento, equiparando este com o fenômeno da ruína global, que são um conjunto de adversidades,

dificuldades e débitos que comprometem a sobrevivência da pessoa e ameaçam o indivíduo e sua família de exclusão da sociedade de consumo (CNJ, 2022, p. 11). O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro implantou Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), em modo virtual, especializado em superendividamento, com a finalidade de propiciar tratamento e celeridade adequados para essas questões. Nesse sentido, o Projeto de oficina financeira realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio por meio do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – NUPEMEC, em parceria com a Universidade Federal Fluminense e o PROCON do Rio de Janeiro. é mais uma iniciativa de interlocução entre o Poder Judiciário e a sociedade em busca de salvaguardar os direitos fundamentais da República Federativa do Brasil em destaque o da dignidade da pessoa humana.

3. Considerações finais

Percebe-se ser necessário um exame de elementos subjetivos relacionados ao comportamento do consumidor no novo cenário tecnológico e socioeconômico. Várias são as causas que podem levar um consumidor ao superendividamento, atingindo sua dignidade e de sua família. A condição de vulnerabilidade do consumidor o coloca em um nível de fragilidade e desigualdade, possibilitando a sua exposição em situações de risco promovidas pelo mercado de consumo, tais como a facilidade de adquirir serviços e produtos por meio das redes sociais, nas quais induzem o consumidor a caminhos que beiram a compulsividade, que poderão levá-lo a ruína financeira.

Apesar de a Lei n. 14.871/2021 trazer avanços – como a oferta de crédito com transparência e clareza nas informações ao consumidor, a possibilidade de repactuação das dívidas em até 5 (cinco) anos, e medidas que previnam o superendividamento, tais como a educação financeira –, o consumidor ainda carece de mecanismos jurídicos. Isto porque tem que haver imposições mais severas de multas e fiscalizações mais eficazes para protegê-lo do

novo cenário econômico brasileiro, cuja facilidade e a oferta de crédito parecem atrair o consumidor para um modo de vida, até o momento, pouco explorado. Desse modo, faz-se urgente a implementação de políticas públicas que incentivem o consumo consciente, com a devida capacidade de escolha, porém sempre buscando resguardar o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, com o intuito de trazer um maior equilíbrio nas relações consumeristas e promover a satisfação plena do consumidor dentro do mercado de consumo.

A referida Lei trouxe ainda a garantia de preservação do mínimo existencial – que tem como objeto o valor que deve ser preservado para o consumidor, quando da repactuação de dívidas. Entretanto, a referida regulamentação deveria garantir o direito fundamental a dignidade humana, bem como, dos direitos sociais, tais como moradia, lazer, alimentação, vestuário, dentre outros, o que não ocorre na realidade atual, em que se percebe uma grande dificuldade em trazer o equilíbrio adequado para o indivíduo entre estar inserido adequadamente em um mercado global de consumo e a preservação de sua reserva financeira. Promovendo uma dificuldade maior no combate deste cenário, o Decreto Presidencial n. 11.567/2023 estipulou em R\$600,00 (seiscentos reais) o mínimo a ser protegido, tornando a vulnerabilidade do consumidor ainda maior, pois patente que este valor, na atualidade econômica do Brasil, é ínfimo se comparado ao custo de vida do indivíduo.

As novas tecnologias facilitaram as relações entre consumidores, fornecedores e agentes econômicos, criando uma rede de informações, principalmente dos consumidores, permitindo o acesso aos seus dados pessoais, perfil econômico e a sua busca de produtos. No entanto essa “exposição” do consumidor acentuou sua vulnerabilidade técnica, uma vez que este fica sujeito a constantes ‘assédios’ de anúncios que aparecem nos aplicativos sem qualquer autorização, alguns deles que acabam gerando prejuízos pecuniários ao consumidor que não tem acesso ao conhecimento adequado sobre os perigos dessa publicidade – a exemplo dos aplicativos de bancos – , em razão da falta de informação clara e adequada para que o consumidor possa decidir sobre a contratação do produto ou serviço oferecido.

Em uma sociedade cada vez mais consumista, com necessidades imediatas faz-se necessário, a cada dia, compreender a nova realidade digital que circunda as relações consumeristas, buscando garantir a proteção do consumidor vulnerável, por meio de informações claras, de fácil compreensão e acesso, bem como uma regulamentação que penalize recurso digitais que possam vir a ser prejudiciais a situação socioeconômica do consumidor.

Referências bibliográficas

AMORIM, Wellington lima; SILVA, Everaldo da; CARDOSO, Mateus Ramos. Ética da Felicidade em Aristóteles. Revista Humus, v. 2, n. 6, 2013.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. Ratio Juris, Kiel, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.
BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para Consumo: A transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Lei 14.181, de 1º julho de 2021. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14181.htm. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL, Ministério da Economia – Programa Desenrola Brasil. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br> - Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 586.316. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrida: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 17 abr. 2007. DJe 19 mar. 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO (CNC). Pesquisa de Endividamento e inadimplência do consumidor. Disponível em: [www.https://pesquisascnc.com.br](http://www.pesquisascnc.com.br). Acesso em: 03 jul. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cartilha sobre tratamento do superendividamento do consumidor. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/cartilha-superendividamento.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2024.

FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Tutela de Efetividade no Direito do Consumidor Brasileiro: a tríade prevenção-proteção-tratamento revelada nas relações de crédito e consumo digital. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022.

GAULIA, Cristina Tereza. Superendividamento: Um Fenômeno social da pós-modernidade: causas invisíveis – soluções judiciais eficazes. MARQUES, Claudia Lima (Org.); Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e exclusão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, LIMA, Clarissa Costa de. Vulnerabilidade do Consumidor endividado e a atualização do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.); Direitos do Consumidor Endividado II: vulnerabilidade e exclusão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Plínio Lacerda; MONACO, Rafael de Oliveira. Quem com crédito fere, no crédito será ferido: Por uma análise jurídica e econômica do superendividamento. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 141, p.41-71, 2022.

PAULA, Adriano Perácio de. O Superendividamento e processo: Aspectos da Lei 14.181/2021 e sua aplicação em Juízo. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 141, p. 86-116, 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. Direitos Fundamentais, orçamentos e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decreto que fixa valor da renda a ser protegido do endividamento é questionado no STF. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/>. Acesso em: 10 jul. 2023.

TARTUCE, Flávio, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

UNIC Rio de Janeiro. Centro de Informações das Nações Unidas. Disponível em: <https://unicrio.org.br/r>. Acesso em: 22 jan. 2024.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E NOVAS TECNOLOGIAS

Organizadores:

Plinio Lacerda Martins
Renato Cerceau

Autores:

Arthur C. da C. L. Cândido
Francisco D. dos S. e Silva
Carlos H. C. Frinhani
Cyro W. de A. Coelho
Daniela Juliano Silva
Edvaldo de A. P. Moita
Francisco A. C. Horta Filho
Hemily Akemi Ito
Irineu C. de O. Soares
João Vítor M. C. Siqueira
Luiza S. C. Branco
Marcela A. B. de J. Amado
Márcio Santoro Rocha
Marcos Cesar de S. Lima

Maria José Marcos
Natália R. de Oliveira
Patrick A. B. de Carvalho
Pedro Nascimento Araujo
Plinio Lacerda Martins
Renata A. B. J. Oliveira
Renato Cerceau
Rodrigo H. Roca Pires
Rogerio Pacheco Alves
Soniárlei Vieira Leite
Thalles Passos de Oliveira
Victória Cássia Mozaner
Vinicius Leandro S. da Roz



2024