

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Clarissa Fernandes de Lima

O *PROFILING* E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Porto Alegre

2019

CLARISSA FERNANDES DE LIMA

O *PROFILING* E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Menke.

Porto Alegre

2019

CLARISSA FERNANDES DE LIMA

O *PROFILING* E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em __ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fabiano Menke – Orientador

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco

Prof. Me. Rodrigo Ustárroz Cantali

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Marinês e Wilson, por serem os meus maiores exemplos, por apoiarem incondicionalmente os meus sonhos e por me incentivarem a ser uma pessoa melhor.

À minha irmã, Renata, por ser minha grande amiga, por estar sempre ao meu lado e por compartilhar comigo o amor pelo Direito.

À minha avó, Marilene (*in memoriam*), que muito contribuiu para a minha formação pessoal e acadêmica, e que, com toda certeza, estaria muito feliz com o encerramento desta etapa tão importante da minha vida.

À minha amiga Jannine, pela grande amizade, pelo apoio e pela compreensão da minha ausência durante a realização desta pesquisa.

Ao Gustavo, pelo carinho, pelo incentivo e pela parceria.

Às amigas e aos amigos que fiz que ao longo destes cinco anos, especialmente, Giovanna, Michelle, Roberta e Willian. A amizade e o apoio de vocês foram fundamentais para mim.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Professor Fabiano Menke, não apenas pela orientação neste trabalho, mas, principalmente, pelos inúmeros ensinamentos e pelas oportunidades concedidas ao longo da minha trajetória acadêmica.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar o *profiling* à luz da disciplina da proteção de dados pessoais. Para tanto, dividiu-se o estudo em três partes. Na primeira parte, abordar-se-á a origem e o desenvolvimento da disciplina da proteção de dados pessoais, destacando as suas gerações de leis e os seus princípios. Ademais, tratar-se-á do enquadramento do direito à proteção de dados pessoais na categoria de direito fundamental e analisar-se-á a regulação da disciplina da proteção de dados no direito brasileiro. A segunda parte será dedicada ao estudo do *profiling*, sendo explicado o seu conceito, o seu funcionamento, os possíveis âmbitos de aplicação desta técnica de processamento de dados e os seus aspectos positivos. Estabelecidas as bases sobre as quais se assentam a disciplina da proteção de dados pessoais e a técnica do *profiling*, esses temas serão aproximados na terceira parte deste trabalho. Nesta parte, serão apresentados os riscos envolvidos na perfilização e apontada a necessidade de tutela por parte do Direito. Por fim, analisar-se-á o tratamento dispensado ao *profiling* no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia e na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

Palavras-chave: Dados pessoais. *Profiling*. Direito à proteção de dados pessoais.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the profiling in the light of Data Protection Regulation. For that, the study was divided into three parts. The first part will approach the origin and development of the Data Protection Regulation, highlighting its generations of laws and its principles. In addition, this work will discuss the framework of Data Protection Regulation as a Fundamental Right and will analyze the Brazilian General Law of Data Protection. The second part will be devoted to the study of profiling, explaining its concept, its operation, the possible scope of this data processing technique and its positive aspects. Established the bases on which are based the Data Protection Regulation and the technique of profiling, these themes will be approximated in the third part of this work. In this part, the risks involved in the profile will be presented and pointed out by the need for guardianship by the Law. Finally, we will analyze the treatment of profiling in the General Data Protection Regulation of the European Union and in the Brazilian General Law of Data Protection.

Keywords: Data Protection. Profiling. Right to protection of personal data.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	9
2.1 DA PRIVACIDADE À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	9
2.2 LEIS E PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO DE DADOS	13
2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	18
2.3.1 Contexto europeu.....	18
2.3.2 Contexto brasileiro	21
2.4 O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	26
3 PROFILING	32
3.1 OS DADOS PESSOAIS E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	32
3.2 CONCEITO DE <i>PROFILING</i>	34
3.3 DOS USOS DO <i>PROFILING</i>	38
3.3.1 <i>Credit Scoring</i>	38
3.3.2 Perfis de consumidores e publicidade direcionada.....	43
3.4 DOS ASPECTOS POSITIVOS DO PROFILING	52
4 O PROFILING E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	54
4.1 DOS RISCOS DO PROFILING	54
4.2 DA TUTELA JURÍDICA DOS TITULARES DOS DADOS	57
4.3 <i>PROFILING</i> NO REGULAMENTO EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	58
4.4 <i>PROFILING</i> NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA	64
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

No contexto da Sociedade da Informação, modernas tecnologias permitem a coleta e o tratamento cada vez mais amplo de dados pessoais. A partir de nossos perfis em redes sociais, de transações comerciais e do monitoramento de nossa navegação na internet, por exemplo, os dados são coletados – muitas vezes sem a nossa ciência - e utilizados para as mais diversas finalidades.

Dentre estas, a presente monografia tem por escopo analisar o uso dos dados pessoais para elaboração de perfis individuais ou de grupos de indivíduos. Tal prática, denominada *profiling*, basicamente compreende a coleta e o processamento de dados, geralmente amparado em algoritmos, com o objetivo de identificar padrões de comportamento e, assim, prever decisões e atos futuros de uma pessoa.

Os perfis assim elaborados podem ser utilizados para direcionamento de publicidade, para avaliação do risco de concessão de crédito a uma determinada pessoa e até para gestão de recursos por parte das empresas. Desse modo, é possível afirmar que os perfis impactam substancialmente na vida dos titulares dos dados, os quais ficam sujeitos às decisões tomadas com base nesses perfis.

Devido ao seu enquadramento em um ou outro perfil, o indivíduo pode ter negado o seu acesso a determinados bens e serviços, pode ter diminuída a sua liberdade de escolha e pode ter obstaculizado o livre desenvolvimento de sua personalidade. Neste sentido, entende-se que o *profiling* é uma prática essencialmente discriminatória, que envolve sérios riscos aos indivíduos.

Diante disso, em que pese possa ser considerado um tema mais técnico, o *profiling* merece atenção do Direito, haja vista encontrar aplicação nas mais diversas áreas da sociedade e poder trazer impactos negativos à vida dos titulares dos dados. Assim, no presente trabalho, propõe-se a análise do *profiling* à luz da disciplina da proteção de dados pessoais.

Para tanto, dividiu-se este trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo, desenvolver-se-á o estudo acerca da proteção de dados pessoais. Inicialmente, tratar-se-á da origem e do desenvolvimento desta disciplina, partindo das primeiras formulações de privacidade até o despontar da proteção de dados. Ainda, serão expostas as mudanças sofridas pelas leis de proteção de dados ao longo do tempo, bem como serão mencionados os princípios que orientam a aplicação desta matéria.

No primeiro capítulo, ademais, analisar-se-á a possibilidade de enquadramento do direito à proteção de dados pessoais na categoria de direito fundamental no modelo regulatório

européu e no modelo regulatório brasileiro. Como último tópico deste primeiro capítulo, apresentar-se-á como este direito encontra-se regulado no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, enfrentar-se-á o *profiling*, técnica de processamento de dados pessoais escolhida como tema do presente trabalho. Neste capítulo, apresentar-se-á o conceito do *profiling*, bem como a forma como os dados são tratados para obtenção dos perfis. Ademais, tratar-se-á dos diferentes contextos em que o *profiling* pode ser utilizado, sendo dado especial enfoque à criação de perfis para fins de direcionamento de publicidade e de avaliação de risco envolvido na operação de concessão de crédito. Aspectos positivos do *profiling* também serão expostos neste capítulo.

Estabelecidas as bases sobre as quais se assenta a disciplina da proteção de dados pessoais no primeiro capítulo e explicado o conceito e o funcionamento do *profiling* no segundo, o terceiro capítulo do presente trabalho será dedicado ao aprofundamento da análise, à luz da proteção de dados pessoais, desta técnica de processamento de dados. Neste capítulo, serão expostos os riscos envolvidos nesta prática, que é, por si, discriminatória. Ademais, abordar-se-á a necessidade de aproximação deste tema com o Direito, posto que a perfilização se relaciona com a tutela dos indivíduos no contexto da Sociedade da Informação.

Por último, analisar-se-á como o *profiling* encontra-se disciplinado em dois importantes diplomas legislativos: o Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira. Neste tópico final, demonstrar-se-á, precipuamente, quais limites impostos a esta prática, quais os principais deveres dos responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais e quais os direitos dos titulares dos dados.

2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O intenso desenvolvimento tecnológico ocorrido nas últimas décadas propiciou não apenas o aumento do fluxo de informações, mas também o aprimoramento de técnicas para tratamento dessa informação¹. Igualmente, cresceram os riscos de exposição e de utilização indevida ou abusiva desses dados. Nesse contexto, ganhou relevo a disciplina da proteção de dados pessoais, que, segundo Marion Albers, tem por escopo “regulamentar o processamento de dados”, “regulamentar a geração de informações e conhecimentos, influenciar as decisões baseadas nessa geração e prevenir consequências adversas para os indivíduos afetados”².

Este capítulo destina-se à análise da origem e do desenvolvimento da disciplina da proteção de dados pessoais. Inicialmente, far-se-á uma breve exposição – sem nenhuma pretensão de cobrir esta matéria – da evolução do conceito de privacidade de um *right to be let alone* à dimensão de proteção de dados pessoais. Após, abordar-se-á o desenvolvimento geracional das leis de proteção de dados, assim como o conjunto de princípios que orienta essa disciplina.

Na sequência, analisar-se-á o contexto regulatório europeu e o contexto regulatório brasileiro, a fim de verificar se, nesses sistemas, o direito à proteção de dados pessoais pode ser concebido como um direito fundamental. Por fim, tratar-se-á da regulação da proteção de dados no direito infraconstitucional brasileiro, sendo dado destaque para a nova Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

2.1 DA PRIVACIDADE À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS³

A noção de privacidade não é recente e, ao longo do tempo, assumiu feições diversas⁴. Embora as primeiras formulações jurídicas remontem apenas ao final do século XIX⁵, a ideia de privacidade já estava presente na filosofia antiga, com as distinções quanto aos domínios do

¹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

² ALBERS, Marion. A complexidade da Proteção de Dados. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 10, n. 35, p. 19-45, jul./dez. 2016. Aproveito esse conceito de Proteção de Dados Pessoais formulado por Marion Albers, que abrange tanto o termo “dado” como o termo “informação”, para esclarecer a diferença entre esses dois vocábulos. De acordo com Danilo Doneda, em “Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais” (2006), “o ‘dado’ estaria associado a uma espécie de ‘pré-informação’, anterior à interpretação e ao processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição, e mesmo nos efeitos que esta pode apresentar para o seu receptor”.

³ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 7.

⁵ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 8.

público e do privado.⁶ Até a Idade Média, contudo, ainda não “era possível reconhecer um sistemático anseio das pessoas pela privacidade”.⁷ Nessa época, a sociedade era rigidamente estratificada e a possibilidade de isolamento era privilégio de poucos, como os senhores feudais e os monges.⁸

O nascimento da privacidade, como conceito próprio, pode ser historicamente associado à desagregação da sociedade feudal e ao crescimento da classe burguesa.⁹ Nesse período, consoante Rodotà, a possibilidade de isolamento “se estendeu a todos os que dispunham dos meios materiais que lhes permitissem reproduzir, mesmo no ambiente urbano, condições que satisfaziam a esta nova necessidade de intimidade”, “sobretudo graças às transformações socioeconômicas relacionadas à Revolução Industrial”.¹⁰

Assim, de acordo com a lição de Rodotà, a privacidade surge como “a aquisição de um privilégio por parte de um grupo [burguesia]” e não “como a realização de uma ‘exigência natural’”¹¹. Neste contexto individualista e elitista, a concepção de privacidade estava diretamente associada à proteção da propriedade,¹² permanecendo desse modo até primeira metade do século XIX.

A partir da segunda metade do século XIX, esse cenário se alterou. O surgimento de técnicas e de instrumentos tecnológicos - capazes de aumentar exponencialmente a possibilidade de acesso e de divulgação de fatos relativos à esfera privada do indivíduo - impulsionou o início dos debates doutrinários acerca do direito à privacidade.¹³

O célebre artigo “*The Right to Privacy*”, publicado na Harvard Law Review em dezembro de 1890, remonta a esse contexto. Nesse artigo, os autores Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis denunciaram a invasão dos sagrados domínios da vida privada e doméstica

⁶ NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva; LEONARDOS, Gabriela. Privacidade Informacional: origens e fundamentos no direito norte-americano. In: **PublicaDireito**. [S. l.], 2011. Disponível em: publicadireito.com.br/artigos/?cod=34f9a343f945196b. Acesso em: 12 fev. 2019.

⁷ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 125.

⁸ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

⁹ NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva; LEONARDOS, Gabriela. Privacidade Informacional: origens e fundamentos no direito norte-americano. In: **PublicaDireito**. [S. l.], 2011. Disponível em: publicadireito.com.br/artigos/?cod=34f9a343f945196b. Acesso em: 12 fev. 2019.

¹⁰ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

¹¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 27.

¹² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 130.

¹³ MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 79, p. 45-82, jul./set. 2011.

perpetrada pelas fotografias instantâneas, pelos jornais e por outros aparatos tecnológicos¹⁴. A finalidade principal do referido ensaio era “identificar um direito à privacidade na *common law*, a partir de precedentes jurisprudenciais de tribunais ingleses”.¹⁵

Da análise das decisões, os juristas chegaram a uma importante conclusão: a de que “a tradicional garantia prestada à privacidade – estritamente apensada ao direito de propriedade – não mais se fazia suficiente”.¹⁶ Como bem interpretou Regina Linden Ruaro, a privacidade, na concepção dos autores, deveria ser analisada a partir do paradigma integridade da pessoa sobre a qual a informação dizia respeito. Assim, os juristas trabalharam o *right to privacy*¹⁷ sob a perspectiva de um *right to be let alone*¹⁸ (direito a ser deixado só), enquanto um instrumento de defesa da vida privada.

Nessa formulação inicial, leciona Anderson Schreiber que “a proteção à privacidade assumia uma conotação puramente negativa, porque, assim como a propriedade, impunha aos outros tão somente um dever geral de abstenção (não fazer)”.¹⁹ A proteção à privacidade manteve esse caráter individualista pelo menos até a década 1960²⁰. Nesse período, a transformação da função do Estado – do modelo liberal para o *welfare state* –, agregada a um intenso desenvolvimento tecnológico, promoveu modificação na concepção que até então se tinha de direito à privacidade.²¹

¹⁴ “*Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that ‘what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops’*. For years there has been a feeling that the law must afford some remedy for the unauthorized circulation of portraits of private persons; 5 and the evil of the invasion of privacy by the newspapers [...]” WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 4, n. 5, Dec. 1890. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1321160>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 195.

¹⁵ MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 79, p. 45-82, jul./set. 2011. p. 2.

¹⁶ RUARO, Regina Linden. MACHADO, Fernando Inglez de Souza. Cenários de regulação da proteção de dados pessoais e os desafios de uma tutela efetiva no ordenamento jurídico brasileiro: a internet e suas implicações na privacidade e na proteção de dados pessoais. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 19, n. 103, p. 197-216, maio/jun. 2017.

¹⁷ Convém referir que o *right to privacy* americano não corresponde exatamente ao direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro. “No ordenamento norte-americano, o *right to privacy* assume um caráter bastante abrangente, que deve ser devidamente filtrado para ser transportado para a nossa cultura jurídica. [...] na jurisprudência norte-americana o *right to privacy* ocuparia o lugar de um verdadeiro direito geral de personalidade”. Sobre isso, ver: DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 137.

¹⁸ Do próprio artigo extrai-se que a noção de um *right to be let alone* já havia sido mencionada pelo Juiz Thomas Cooley em 1888 na obra “A Treatise on the Law of Tort sor the Wrongs Which Arise Independent of Contract”. p. 193 et seq.

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 135.

²⁰ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

²¹ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29.

O advento da informática possibilitou o crescimento do fluxo de informações, bem como o aprimoramento das técnicas de coleta, de processamento e de utilização da informação.²² A informatização, conforme entende Danilo Doneda, operou mudanças de ordem quantitativa e qualitativa no tratamento de dados: maior quantidade de dados passou a poder ser processada em menos tempo e resultados mais valiosos passaram a ser obtidos a partir do uso de novos métodos, algoritmos e técnicas de processamento.²³

Nessa perspectiva, diante do crescimento da importância da informação, do aumento das situações potencialmente violadoras da privacidade e do aumento da parcela da população sujeita a esse estado de coisas,²⁴ a concepção de privacidade se transforma para dar origem à disciplina da proteção de dados pessoais. O direito à privacidade, nas palavras de Rodotà, passou a ser entendido como “o direito de manter o controle sobre as próprias informações”, estando estruturado em um eixo “pessoa-informação-circulação-controle”, e não mais “pessoa-informação-sigilo”, em torno do qual foi construída a noção clássica de privacidade.²⁵

Nesta nova acepção, a tutela da privacidade “não se contenta com a proibição à intromissão alheia na vida íntima”, como bem aduz Anderson Schreiber. A atual formulação “impõe também deveres de caráter positivo, como o dever de solicitar autorização para a inclusão do nome de certa pessoa em um cadastro de dados ou o dever de possibilitar a correção de dados do mesmo cadastro pelo seu titular, a qualquer tempo”²⁶.

Sobre os novos contornos da privacidade, assim sustenta Danilo Doneda:

A proteção da privacidade na sociedade da informação, tomada na sua forma de proteção de dados pessoais, avança sobre terrenos outrora não proponíveis e induz a pensá-la como um elemento que, antes de garantir o isolamento ou a tranquilidade, proporcione ao indivíduo os meios necessários para a construção e consolidação de uma esfera privada própria, dentro de um paradigma de vida em relação e sob o signo da solidariedade – isto é, tenha um papel positivo na sua própria comunicação e relacionamento com os demais.²⁷

Impende referir que, nos últimos anos, cada vez mais se defende que a tutela dos dados pessoais seja desvinculada da tutela da privacidade. Dentre os autores que sustentam a

²² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

²³ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 31.

²⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12-13.

²⁵ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 93.

²⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 137.

²⁷ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23.

autonomia da disciplina da proteção de dados, destaca-se Bruno Bioni. Segundo o autor, “a dinâmica de proteção dos dados pessoais foge à dicotomia do público e do privado, diferenciando-se substancialmente do direito à privacidade”.²⁸

Destarte, para Bruno Bioni, “propugnar que o direito à proteção dos dados pessoais seria uma mera evolução do direito à privacidade é uma construção dogmática falha que dificulta a sua compreensão”. Entende o autor que “o direito à proteção dos dados pessoais deve ser alocado como uma nova espécie do rol aberto dos direitos da personalidade, dando elasticidade à cláusula geral da tutela da pessoa humana”.²⁹

O compartilhamento da ideia de que os dados pessoais constituem uma projeção da personalidade do indivíduo e que, portanto, merecem uma tutela forte levou à edição de legislações específicas e à aprovação de acordos internacionais e transnacionais em diversos níveis sobre o tema da proteção dos dados a partir da década de 1970.³⁰ O próximo tópico abordará o desenvolvimento geracional das leis de proteção de dados e discorrerá acerca dos princípios que devem nortear a atividade de tratamento de dados.

2.2 LEIS E PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO DE DADOS

Na década de 1970, foram editadas as primeiras leis sobre proteção de dados pessoais.³¹ A classificação evolutiva destas leis, elaborada pelo doutrinador Viktor Mayer-Schonberger³², será utilizada para a exposição dos diferentes enfoques atribuídos à proteção de dados pessoais ao longo do tempo.

A primeira geração de leis de proteção de dados pessoais³³ tinha a pretensão de regular a criação – através da concessão de autorizações - e o funcionamento de grandes bancos de

²⁸ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

²⁹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

³⁰ MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 79, p. 45-82, jul./set. 2011.

³¹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 206.

³² MAYER-SCHONBERGER, Viktor *apud* MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 37.

³³ De acordo com Laura Schertel Mendes, são exemplos de leis da primeira geração: a Lei do Estado alemão de Hesse (1970), a Lei de Dados da Suécia (1973), o Estatuto de Proteção de Dados do Estado alemão de Rheinland-Pfalz (1974), e a Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha (1977). MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

dados nacionais, “que concentrariam a coleta e gestão dos dados pessoais”.³⁴ Esta primeira geração de leis tinha o seu “foco na esfera governamental”³⁵ e buscava estabelecer regras aptas a controlarem o uso da tecnologia.³⁶

Com a proliferação de centros de processamento de dados, essas leis logo se mostraram obsoletas.³⁷ Em razão disso, no final da década de 1970, surge a segunda geração de leis.³⁸ Tais normas transferem “para o próprio titular dos dados a responsabilidade de protegê-los”.³⁹ O fluxo de informações pessoais passa a não precisar mais ser autorizado pelo Estado, cabendo ao próprio indivíduo, por meio do consentimento, decidir como gerir seus dados pessoais.⁴⁰ Nesta perspectiva, como ensina Laura Schertel Mendes, a “temática da proteção de dados pessoais passa a se associar diretamente ao direito à privacidade, às liberdades negativas e à liberdade individual em geral”.⁴¹

Ocorre que o Estado e os entes privados passaram a utilizar de forma tão intensa os dados pessoais em suas operações que os indivíduos não possuíam mais efetiva liberdade para escolher fornecer seus dados ou não, sem estarem fadados à exclusão de algum aspecto da vida social.⁴² Tendo por escopo garantir efetividade à liberdade de escolha aos cidadãos, uma terceira geração de leis de proteção de dados pessoais despontou na década de 80.⁴³

A terceira geração de normas de proteção de dados pessoais tem como marco a decisão do Tribunal Constitucional alemão no julgamento da “Lei do Recenseamento de População,

³⁴ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 41.

³⁵ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 112.

³⁶ MENDES, Laura Schertel Mendes. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP – Linha de Pesquisa Acadêmica. p. 39.

³⁷ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 41.

³⁸ De acordo com Danilo Doneda, são exemplos de leis de segunda geração podemos citar a Lei Francesa de Proteção de Dados Pessoais (1978), a Lei austríaca – Datenschutzgesetz (1978), sendo possível agregar ainda as Constituições da Espanha e de Portugal. ³⁸ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 209-210.

³⁹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 113.

⁴⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 113.

⁴¹ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40.

⁴² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 210.

⁴³ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 211.

Profissão, Moradia e Trabalho” de 1983.⁴⁴ Tal lei, editada em 1982, previa a realização de um censo, no ano seguinte, “que não se limitaria apenas a fazer o levantamento do número de habitantes do país, mas também coletaria uma série de dados pessoais dos cidadãos”.⁴⁵

O texto legal foi impugnado por diversos grupos de cidadãos que vislumbravam os riscos que a coleta ampla de dados poderia representar.⁴⁶ O caso chegou à Corte Constitucional alemã, que decidiu pela inconstitucionalidade parcial da lei, defendendo a existência de um direito à “autodeterminação informativa”, com base nos artigos da Lei Fundamental que protegem a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade.⁴⁷

Extrai-se da decisão analisada que a autodeterminação informativa confere ao indivíduo o poder de ele próprio decidir acerca da divulgação e utilização de seus dados pessoais⁴⁸. Neste sentido, Maria Claudia Cachapuz aduz que o reconhecimento da possibilidade de autodeterminação informativa implicou a consequência de que “toda e qualquer informação pessoal só se tornasse pública se tutelada por um determinado interesse público, porque conhecida do titular a sua existência e com quem é compartilhada”.⁴⁹

A autodeterminação informativa, de acordo com Fabiano Menke, “complementa a proteção constitucional da liberdade comportamental e da privacidade”.⁵⁰ Na mesma linha, interpretando a decisão do Tribunal Constitucional alemão, Bruno Bioni observa que “a

⁴⁴ De acordo com Laura Schertel Mendes, “são exemplos dessa fase as leis dos Estados após a decisão do Tribunal Constitucional, a emenda da lei austríaca de 1986, a alteração da lei da Noruega e a previsão constitucional da proteção de dados pessoais da Holanda”. MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42.

⁴⁵ MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito, Inovação e Tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série Direito, Inovação e Tecnologia, v. 1). *E-book*.

⁴⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 194.

⁴⁷ Os artigos da Lei Fundamental que protegem a dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade são, respectivamente, art. 11 GG e art. 11 GG. MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 30.

⁴⁸ MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito, Inovação e Tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série Direito, Inovação e Tecnologia, v. 1). *E-book*.

⁴⁹ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 15. n. 107, p. 823-848, out. 2013/jan. 2014.

⁵⁰ MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito, Inovação e Tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série Direito, Inovação e Tecnologia, v. 1). *E-book*.

capacidade do indivíduo de autodeterminar seus dados pessoais seria parcela fundamental do seu direito em livremente desenvolver sua personalidade”.⁵¹

A sentença da Corte Constitucional alemã, além de reconhecer a existência do direito subjetivo fundamental à autodeterminação informativa, alçou o titular a protagonista no processo de tratamento de seus dados.⁵² Nas palavras de Laura Schertel Mendes, “a participação do cidadão no processamento de seus dados passa a ser compreendida como um envolvimento contínuo em todo o processo de tratamento”.⁵³

A tutela dos dados pessoais baseada no consentimento do titular, contudo, não se mostrou efetiva.⁵⁴ Isso porque nem sempre existia para o sujeito uma concreta possibilidade de escolha. Cada vez mais relações sociais demandavam o fornecimento de dados para o seu aperfeiçoamento⁵⁵ e a não concessão dos dados poderia implicar em exclusão de acesso a bens e serviços.⁵⁶

A quarta geração de leis de proteção de dados veio para superar as deficiências dos períodos anteriores. Tais normas, de acordo com Laura Schertel Mendes, tinham por escopo: (i) o fortalecimento da posição do indivíduo no controle de seus dados pessoais; e, paradoxalmente, (ii) a retirada de certos assuntos da esfera do controle do indivíduo, em razão de sua acentuada relevância.⁵⁷ Duas outras características dessa geração de leis são destacadas por Doneda: “a disseminação do modelo das autoridades independentes para a atuação da lei” e “o surgimento de uma normativa conexa, tal como as normas específicas para alguns setores de processamento de dados”.⁵⁸

Para além dessas normas, a disciplina da proteção de dados pessoais conta, ainda, com princípios específicos, que buscam apontar limites ao tratamento de dados, bem como tutelar o direito de autodeterminação informativa dos indivíduos.⁵⁹ O conjunto destes princípios é

⁵¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

⁵² MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 30.

⁵³ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42.

⁵⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 212.

⁵⁵ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 114.

⁵⁶ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42.

⁵⁷ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 43.

⁵⁸ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 213.

⁵⁹ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 68.

conhecido por “*Fair Information Principles*” e sua origem remonta à década de 1970, período a partir do qual passou a estar previsto no ordenamento jurídico de diversos países.⁶⁰ Aliás, como salienta Laura Schertel Mendes, “mesmo os ordenamentos jurídicos mais diversos preveem praticamente os mesmos princípios de proteção de dados, com mínimas diferenças”, sendo possível afirmar a existência de uma “convergência internacional” a respeito do tema.⁶¹

Neste sentido, dentre os princípios que devem ser observados quando do tratamento de dados pessoais, cinco são indicados de forma mais recorrente: o princípio da publicidade, o princípio da finalidade, o princípio da qualidade, o princípio do livre acesso e o princípio da segurança física e lógica⁶². Nas próximas linhas, abordar-se-á, de forma absolutamente sucinta, quais as exigências impostas por cada um destes princípios.

O princípio da publicidade ou da transparência prevê que a existência de um banco de dados pessoais deve ser de conhecimento público,⁶³ porquanto o tratamento dos dados não pode ser realizado sem o conhecimento daquele a quem os dados se referem.⁶⁴

A utilização dos dados por tais bancos deve, ainda, obedecer à finalidade comunicada ao interessado no momento da coleta dos dados, em observância ao princípio da finalidade.⁶⁵ Este é considerado um princípio fundamental das atividades de processamento de dados e, com base nele, pode-se, por exemplo, limitar o acesso de terceiros ao banco de dados.

Ademais, os dados devem ser relevantes, devem encontrar exata correspondência com a realidade e devem ser mantidos completos e atualizados, pelo que enuncia o princípio da qualidade.⁶⁶ Tal princípio efetiva-se por meio de direitos como o de acesso, retificação e cancelamento dos dados.⁶⁷

O princípio do livre acesso, como o nome indica, relaciona-se com o direito do indivíduo a ter acesso às suas informações constantes de um banco de dados, podendo, inclusive, obter cópias dessas.⁶⁸

⁶⁰ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 68.

⁶¹ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 68.

⁶² DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 216.

⁶³ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 71.

⁶⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 216.

⁶⁵ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 216.

⁶⁶ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 216.

⁶⁷ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

⁶⁸ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 59.

Por derradeiro, o princípio da segurança física e lógica relaciona-se com a exigência de que sejam os dados protegidos por meios técnicos e administrativos adequados, a fim de se evitar extravios, destruição, modificação ou acesso não autorizado.⁶⁹

2.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Os direitos fundamentais, segundo Ingo Sarlet, seriam “aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.⁷⁰ No ponto, impende referir que os Estados regulam de modos diferentes a proteção de dados pessoais.⁷¹ Assim, neste tópico, analisarei como o direito à proteção de dados alcançou o patamar de direito fundamental na União Europeia e abordarei, ainda, o *status* de tal direito no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3.1 Contexto europeu

De acordo com Doneda, “a tutela autônoma dos dados pessoais foi um primeiro passo rumo a sua consideração como um direito fundamental”.⁷² No contexto europeu, a abordagem do direito à proteção de dados enquanto um direito fundamental tem como grande marco normativo a Convenção nº 108 do Conselho da Europa.⁷³

Aprovada em Estrasburgo no ano de 1981, a denominada “Convenção para Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal” tinha por escopo garantir a toda pessoa, independente de nacionalidade ou residência, o respeito aos direitos e liberdades fundamentais, especialmente ao direito à vida privada, em face ao

⁶⁹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 217.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. *E-book*.

⁷¹ SAUAIA, Hugo Moreira Lima. **A proteção dos dados pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. *E-book*.

⁷² BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 47.

⁷³ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 47.

tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal.⁷⁴ Tal documento fazia ainda deferência ao 8º da Convenção Europeia para os Direitos do Homem,⁷⁵ que igualmente trata do direito ao respeito à vida privada.⁷⁶

Não obstante tenha promovido um grande avanço no contexto regulatório do direito à proteção de dados, a Convenção nº 108 possuía algumas limitações. Tatiana Malta Vieira aponta dois principais motivos que possivelmente restringiram a efetividade de tal convenção: (i) a ratificação do documento por apenas alguns Estados-membros da União Europeia (o que dificultava a harmonização legislativa necessária à livre circulação de dados no mercado interno europeu); e (ii) o carácter de *non self-executing* de que se revestia o documento, implicando em constantes remissões aos direitos nacionais.⁷⁷

Na busca por corrigir tais problemas, a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa foi aprovada em 1995. Tal diretiva, consoante seu artigo 1º, consolidava o compromisso dos Estados-membros de assegurar “a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida-privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais”.⁷⁸

⁷⁴ Artigo 1º da Convenção 108 do Conselho da Europa: “A presente Convenção destina-se a garantir, no território de cada Parte, a todas as pessoas singulares, seja qual for a sua nacionalidade ou residência, o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito («protecção dos dados»).” UNIÃO EUROPEIA. Convenção para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal: **Conselho da Europa**, Estrasburgo, 28 jan. 1981. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

⁷⁵ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 47.

⁷⁶ Artigo 8 - 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 infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. **Conselho da Europa**, Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 10 mar. 2019.

⁷⁷ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007. Disponível em: repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007_TatianaMaltaVieira.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019.

⁷⁸ “Artigo 1º Objecto da directiva: 1. Os Estados-membros assegurarão, em conformidade com a presente directiva, a protecção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. 2. Os Estados-membros não podem restringir ou proibir a livre circulação de dados pessoais entre Estados-membros por razões relativas à protecção assegurada por força do nº 1.” DIRECTIVA 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, [s. l.], L281, p. 31-

Embora não tivesse força legal perante os países membros, a diretiva influenciou legislações nacionais e seus princípios mais relevantes encontram-se mantidos até nas legislações mais atuais, como a *GDPR – General Data Protection Regulation*.⁷⁹ Neste sentido, afirma-se que a Diretiva 95/46/CE constitui-se um dos principais diplomas responsáveis por alçar o direito à proteção de dados pessoais ao *status* de direito fundamental.

Para Danilo Doneda, todavia, “o documento europeu que levou mais adiante esta sistemática” foi a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada no ano de 2000. Tal documento reconhece, em seu artigo 8º,⁸⁰ o direito à proteção de dados pessoais “como um direito autônomo em relação à tutela da privacidade”.⁸¹

Rodotà assevera que o “reconhecimento mais difundido à proteção dos dados pessoais como direito fundamental e autônomo”, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, “determinou uma verdadeira ‘constitucionalização’ da pessoa”. Segundo o autor, “passamos da consideração da privacidade como pura expressão de uma necessidade individual à sua colocação no quadro da nova ‘cidadania eletrônica’”. Destarte, a proteção de dados pessoais constitui-se em “um novo e essencial aspecto da liberdade individual e coletiva”, “uma insuprimível garantia contra qualquer forma de poder, quer seja público quer privado”.⁸²

Além dos diplomas já mencionados, outros documentos trataram de regular o tema da proteção de dados pessoais no cenário europeu. Foram editadas duas diretivas complementares à Diretiva 95/46, quais sejam, a Diretiva 2002/58 e a Diretiva 2006/24, que dispuseram, respectivamente, sobre a regulamentação da proteção de dados pessoais no âmbito da comunicação eletrônica e sobre a conservação dos dados gerados ou tratados no contexto da

50, 23 nov. 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=pt>. Acesso em: 12 mar. 2019.

⁷⁹ MACIEL, Rafael. **Manual prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: Atualizado com a Medida Provisória nº 869/18. Goiânia: RM Digital, 2019. *E-book*.

⁸⁰ Artigo 8º - Proteção de Dados Pessoais: 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente. CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, [s. l.], C 364/1, 18 dez. 2000. Disponível em: www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019.

⁸¹ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 49.

⁸² RODOTÁ, Stefano. Palestra Professor Stefano Rodotà. In: **Rio Prefeitura**. Rio de Janeiro, 20 mar. 2003. Disponível em: www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/GlobalizacaoeDireito.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019. p. 10.

oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações.

Até que, no ano de 2016, foi aprovada a *General Data Protection Regulation* (GDPR), que, com sua entrada em vigor no dia 25 de maio de 2018, revogou a Diretiva 95/46/CE. Consoante seu art. 1º, o Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais estabelece as regras relativas à proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Extrai-se desse artigo, ainda, que a GDPR defende “os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais”. Destarte, é possível concluir que a GDPR segue o entendimento já consolidado – por exemplo, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - de que a tutela dos dados pessoais se trata de um direito fundamental.⁸³

2.3.2 Contexto brasileiro

No direito constitucional brasileiro, diferentemente do que ocorre no contexto europeu, não há um dispositivo que reconheça expressamente a proteção de dados como um direito autônomo e fundamental.⁸⁴ Sendo assim, neste tópico, analisar-se-á de que forma pode-se extrair do texto constitucional brasileiro a existência de um direito fundamental à proteção dos dados pessoais.

De plano, cabe referir que, como bem lembrou Doneda, existe menção ao caráter de direito fundamental da proteção de dados na Declaração de Santa Cruz de La Sierra,⁸⁵ documento final da XIII Cumbre Ibero-Americana de Chefes de Estado e de Governo, firmada

⁸³ Considerando (1): A proteção das pessoas singulares relativamente ao tratamento de dados pessoais é um direito fundamental. O artigo 8º, nº 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia («Carta») e o artigo 16.o, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelecem que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], L 119/1, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 12 mar. 2019.

⁸⁴ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 49.

⁸⁵ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 53.

pelo governo brasileiro em novembro de 2003. No artigo 45 do referido documento, consta o reconhecimento de que “a proteção de dados pessoais é um direito fundamental das pessoas”.⁸⁶

Na Constituição Federal de 1988, entretanto, não existe menção expressa à tal direito fundamental. A ausência de um dispositivo que reconheça como fundamental o direito à proteção de dados pessoais, porém, não pode levar à conclusão de que a problemática da informação não recebeu atenção pelo Constituinte.⁸⁷ Tal tema é abordado na Constituição Federal de 1988 em diversos dispositivos.

A Constituição brasileira consagra o direito à liberdade de expressão (art. 5º, IX), a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5º, X), a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e de dados (art. 5º, XII) e o direito à informação (art. 5º, XIV). No texto constitucional, encontra-se prevista, ainda, a ação de habeas data (art. 5º, LXXII). Tais dispositivos, porém, não se mostram efetivamente aptos a tutelarem os indivíduos em face dos potenciais riscos advindos da atividade de tratamento de dados pessoais.⁸⁸

Iniciando pelo instituto do habeas data, observa-se esse foi introduzido no direito brasileiro pela Constituição de 1988, sob a forma de uma ação constitucional, sendo posteriormente regulamentado pela Lei nº 9.507/1997.⁸⁹ O habeas data brasileiro surgiu, no contexto do regime militar, como um instrumento para a requisição das informações pessoais em posse do poder público. Segundo Doneda, “não apresentava influência direta da experiência europeia ou norte-americana relativa à proteção de dados pessoais”.⁹⁰

A ação de habeas data visa a assegurar, aos indivíduos, o acesso às informações constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, bem como a possibilidade de retificação de tais dados (art. 5º, LXXII, CF). Porém, Doneda

⁸⁶ Item 45 da Declaração de Santa Cruz de La Sierra: “Estamos também conscientes de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental das pessoas e destacamos a importância das iniciativas reguladoras ibero-americanas para proteger a privacidade dos cidadãos, contidas na Declaração de Antigua, pela qual se cria a Rede Ibero-Americana de Proteção de Dados, aberta a todos os países da nossa Comunidade”.

DECLARAÇÃO de Santa Cruz de la Sierra. In: CUMBRE IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO E DE GOBIERNO, 13., 2003, Santa Cruz de la Sierra. **Anais** [...]. Santa Cruz de la Sierra: [s. n.], 2003.

Disponível em: <https://www.segib.org/wp-content/uploads/DECLARASAO-STA-CRUZ-SIERRA.pdf>.

Acesso em: 15 mar. 2019.

⁸⁷ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 161.

⁸⁸ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 165.

⁸⁹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 326.

⁹⁰ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protacao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 50.

entende que a ação de habeas data não dispõe de “instrumentos que possam torná-la ágil e eficaz o suficiente para a garantia fundamental de proteção de dados pessoais”.⁹¹

Na concepção do autor, “ela proporciona uma tutela completamente anacrônica e ineficaz à realidade das comunicações e tratamentos de dados pessoais na Sociedade da Informação”⁹². Isso porque a ação de habeas data apresenta limitações importantes, como a “necessidade de sua interposição através de advogado ou então a necessidade de demonstração de recusa de fornecimento dos dados por parte do administrador de banco de dados”.⁹³

O inciso XII do art. 5º da Carta Magna, que trata da inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, isoladamente considerado, igualmente não promove a tutela dos dados pessoais. Afinal, segundo Laura Schertel Mendes, é corrente no direito brasileiro o entendimento de que, pela redação do dispositivo, “os dados não são objeto de proteção da Constituição, mas somente a comunicação de dados”. Isto é, “o inciso XII do art. 5º assegura o sigilo da comunicação de dados, mas não dos dados em si”.⁹⁴

Da mesma forma, o inciso X do art. 5º da Constituição, é alvo de apontamentos por parte dos doutrinadores. Tal dispositivo constitucional garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Para Laura Schertel Mendes, contudo, essa garantia visa à proteção específica em face de riscos determinados, como, por exemplo, a divulgação de informações íntimas, e não abarca “a totalidade dos riscos aos quais o indivíduo está submetido na sociedade da informação”.⁹⁵

Neste sentido, compreende-se que uma interpretação estritamente literal e isolada dos dispositivos constitucionais anteriormente mencionados poderia levar à conclusão de que o

⁹¹ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 51.

⁹² BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 51.

⁹³ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 51.

⁹⁴ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 167.

⁹⁵ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 165.

direito brasileiro não reconhece como um direito fundamental a tutela dos dados pessoais. Tal conclusão, no entanto, estaria equivocada.

A partir de uma leitura “unitária, sistemática e íntegra” da Constituição, pode-se inferir um direito fundamental à proteção dos dados pessoais. Tal direito, segundo Hugo Moreira, resultaria da “simbiose da proteção à privacidade e da dignidade da pessoa humana”.⁹⁶ Laura Schertel Mendes complementa tratando da ação de habeas data. Para a autora, “partindo do reconhecimento da proteção da informação pela ação de habeas data e do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, é possível ampliar a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada para a proteção de dados pessoais”.⁹⁷

Segundo a autora, uma interpretação sistemática do art. 5º, X, da CF, com o princípio da dignidade humana e à luz da garantia do habeas data permitiria a inserção dos dados pessoais (que, por não se enquadrarem no inciso XII do art. 5º da CF, não são reconhecidos como objeto imediato de proteção constitucional) no âmbito de proteção do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada.⁹⁸

O direito à proteção de dados pessoais seria “corolário de direitos expressamente consagrados no rol positivado na Constituição Brasileira, e consubstanciado como proteção frente às agressões à dignidade e à privacidade da pessoa, provenientes do uso ilegítimo de dados”.⁹⁹ Esta interpretação coaduna-se com a denominada cláusula de abertura,¹⁰⁰ prevista no art. 5º, § 2º, da CF, na qual consta que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Para Doneda, caberia à doutrina e à jurisprudência o esforço de favorecer “uma interpretação dos incisos X e XII do art. 5º mais fiel ao nosso tempo, ou seja, reconhecendo a íntima ligação que passam a ostentar os direitos relacionados à privacidade e à comunicação de dados”.¹⁰¹

⁹⁶ SAUAIA, Hugo Moreira Lima. **A proteção dos dados pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. *E-book*.

⁹⁷ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 168.

⁹⁸ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 168.

⁹⁹ SAUAIA, Hugo Moreira Lima. **A proteção dos dados pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. *E-book*.

¹⁰⁰ SAUAIA, Hugo Moreira Lima. **A proteção dos dados pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. *E-book*.

¹⁰¹ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 2, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em:

Isso porque, entende-se que as demais garantias positivadas no texto constitucional, como a proteção da dignidade humana e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, somente podem ser asseguradas, no contexto da sociedade da informação, se forem previstas medidas de proteção em face dos riscos do processamento de dados pessoais¹⁰². O reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais, portanto, “trata-se de uma necessidade para tornar efetivos os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito, na sociedade contemporânea da informação, conforme determina a Constituição Federal”.¹⁰³

Assim, verifica-se que o direito fundamental à proteção de dados pessoais tem por objeto “o processamento e a utilização dos dados e informações pessoais em geral”.¹⁰⁴ Em relação ao âmbito de proteção desse direito fundamental, assim consigna Laura Mendes:

O âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais pode ser concebido em uma dupla dimensão: ele consiste, ao mesmo tempo, (i) na proteção do indivíduo contra os riscos que ameaçam a sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais e (ii) na atribuição ao indivíduo da garantia de controlar o fluxo de seus dados na sociedade.¹⁰⁵

De acordo com Laura Schertel Mendes, o direito fundamental à proteção de dados possuiria uma dimensão subjetiva, relacionada a um “direito subjetivo de defesa do indivíduo”, e uma dimensão objetiva, relacionada a um “dever de proteção estatal”.¹⁰⁶ Ademais, seria tal direito de titularidade exclusiva de pessoas físicas, porquanto “fortemente vinculado à dignidade humana e à personalidade”.¹⁰⁷

Outra característica importante de ser salientada é o fato de que esse não é um direito absoluto, podendo sofrer limitação em decorrência da aplicação, ao caso concreto, de outro direito fundamental ou preceito constitucional.¹⁰⁸

https://www.researchgate.net/publication/277241112_A_protecao_dos_dados_pessoais_como_um_direito_fundamental. Acesso em: 17 mar. 2019.

¹⁰² MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 163.

¹⁰³ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 172.

¹⁰⁴ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 175.

¹⁰⁵ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 176.

¹⁰⁶ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 176.

¹⁰⁷ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 185.

¹⁰⁸ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 185.

Assim, restou demonstrado no presente tópico que, embora não haja um dispositivo constitucional que reconheça expressamente a proteção de dados como um direito fundamental, a existência de um verdadeiro direito fundamental à proteção de dados pessoais pode ser inferida a partir de uma análise sistemática da Constituição, “quando se interpreta a norma do art. 5º, X, em conjunto com a garantia do habeas data e com o princípio fundamental da dignidade humana”.¹⁰⁹

2.4 O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme exposto no tópico anterior, a ausência de previsão no texto constitucional não retira do direito à proteção de dados o caráter de direito fundamental. Neste tópico, abordar-se-á como o tema da tutela dos dados encontra-se regulado no plano infraconstitucional.

Antes da recentemente promulgada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), o tema da proteção de dados pessoais podia ser encontrado em alguns dispositivos de leis esparsas, não sendo possível falar em um “complexo normativo unitário”¹¹⁰.

Dentre as leis que tratam desta temática, inicia-se analisando o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Desse diploma, destaca-se o artigo 43,¹¹¹ que “estabelece uma série de direitos e garantias para o consumidor em relação às suas informações pessoais

¹⁰⁹ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 172.

¹¹⁰ DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 2, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277241112_A_protecao_dos_dados_pessoais_como_um_direito_fundamental. Acesso em: 17 mar. 2019.

¹¹¹ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores. § 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor. BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

presentes em bancos de dados e cadastros”.¹¹² Tal artigo tem inspiração nas normas do *National Consumer Act* e do *Credit Reporting Act*, estando “em consonância com importantes princípios internacionais de proteção de dados pessoais”.¹¹³ Outrossim, da redação do dispositivo em comento, podem ser depreendidos os seguintes direitos: direito de acesso, direito de retificação e direito de cancelamento dos dados.¹¹⁴

Nesse dispositivo, há ainda a previsão de que o registro de dados negativos sobre um consumidor só pode ser mantido por período não superior a 5 anos e de que, em certos casos, é necessária a comunicação escrita ao consumidor sobre o tratamento da informação.¹¹⁵ Neste sentido, entende Bruno Bioni que “o Código de Defesa de Consumidor buscou conferir a autodeterminação informacional” do consumidor.¹¹⁶

Apesar disso, chama-se atenção para o fato de que o Código de Defesa do Consumidor tem um âmbito de proteção específico, qual seja, o das relações de consumo. Assim, “embora possa fornecer parâmetros interpretativos úteis que, pela sua generalidade, podem ter sua eficácia irradiada para outras situações”, a tutela promovida pelo CDC é de certa forma limitada.¹¹⁷

Seguindo na análise das leis, passemos ao Código Civil de 2002. Tal diploma normativo trouxe o inovador capítulo dos Direitos da Personalidade, mas dedicou apenas um artigo à privacidade, o qual ainda se limita a reproduzir o que já previa o texto constitucional: a inviolabilidade da vida privada. Para Anderson Schreiber, melhor teria sido se o legislador ordinário tivesse desenvolvido o comando constitucional, “especificando-o, de modo a regular situações mais corriqueiras e oferecer remédios para violações mais frequentes”.¹¹⁸

¹¹² BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 51.

¹¹³ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 143.

¹¹⁴ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 142.

¹¹⁵ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 52.

¹¹⁶ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 126.

¹¹⁷ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 53.

¹¹⁸ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 142.

O artigo 21 do Código Civil brasileiro, em que pese seja alvo das referidas críticas, tem pontos positivos. Essa norma tem, por exemplo, o condão de concretizar, no contexto das relações privadas, o direito fundamental à privacidade, bem como de evidenciar a inerente relação da tutela da privacidade com a proteção da dignidade humana e da personalidade do indivíduo.¹¹⁹

Outra lei que contém dispositivo que se relaciona com a disciplina da proteção de dados pessoais é a Lei nº 12.414/2011. Conhecida como Lei do Cadastro Positivo, tal lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito.

Essa lei ampliou a possibilidade do fluxo de dados no mercado sem, contudo, descuidar da proteção à privacidade.¹²⁰ Nela, podemos encontrar estabelecidos o princípio da qualidade dos dados pessoais (art. 3º) e os direitos de acesso, retificação e cancelamento de dados (art. 5º). A lei, ainda, delimita as finalidades para as quais os dados podem ser coletados (art. 7º). Por todas essas disposições, Laura Schertel Mendes entende que “a referida lei consolida a evolução de um conceito de autodeterminação informativa no nosso ordenamento”.¹²¹

No mesmo ano em que editada a Lei do Cadastro Positivo, foi editada a Lei nº 12.527/2011. A Lei de Acesso à Informação regulamenta o direito constitucional de acesso às informações públicas, tendo criado “mecanismos que possibilitam, a qualquer pessoa, física ou jurídica, sem necessidade de apresentar motivo, o recebimento de informações públicas dos órgãos e entidades”.¹²²

Para o estudo realizado neste trabalho, mostra-se interessante compreender a relação que se estabelece entre o direito de acesso à informação e o conceito de proteção de dados pessoais. A respeito disso, aduz Laura Mendes que:

[...] por um lado, o direito de acesso à informação pública fortalece o próprio conceito de proteção de dados pessoais, ao reforçar o entendimento de que o cidadão tem direito de acessar os seus dados pessoais que estão em poder da Administração Pública (acesso do próprio indivíduo aos seus dados pessoais). Por outro lado, o direito à proteção de dados pessoais pode ser visto como um limite ao direito de acesso à informação, porque, em regra, terceiros não podem ter acesso aos dados pessoais do

¹¹⁹ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 144.

¹²⁰ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 145.

¹²¹ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 146.

¹²² BRASIL. Governo Federal. LAI: A Lei de Acesso à Informação. In: BRASIL. Governo Federal. **Acesso à Informação**. Brasília, DF: [2012]. Disponível em: www.acessoainformacao.gov.br/assuntos/conheca-seu-direito/a-lei-de-acesso-a-informacao. Acesso em: 22 mar. 2019.

titular sem o seu consentimento; apenas sob condições específicas é que isso é possível.¹²³

Analisada a Lei de Acesso à Informação, passa-se à análise de outro importante diploma normativo, a Lei nº 12.965/2014. Conhecida como Marco Civil da Internet, tal lei estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil¹²⁴. Tal lei prevê, em seu artigo 3º, que o princípio da proteção dos dados pessoais integra o rol dos princípios que disciplinam o uso da internet no Brasil, juntamente com o princípio da proteção da privacidade e outros.

Do mesmo modo, dispõe o art. 11 da aludida lei que os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros deverão ser obrigatoriamente respeitados “em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional”.

Os princípios da finalidade e da adequação dos dados pessoais também encontram-se contemplados nessa lei.¹²⁵ Há expressa vedação, no artigo 16, à guarda dos “registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente” e à guarda de “dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular”.

Como se observa de tais dispositivos, o consentimento do titular dos dados passa a assumir acentuada relevância. Por essa razão, sustenta Bruno Bioni que a autodeterminação informativa foi o “parâmetro normativo eleito pelo MCI para a proteção de dados pessoais”. Intenta o MCI que o cidadão-usuário, “uma vez cientificado a respeito do fluxo de seus dados pessoais, possa controlá-lo por meio do consentimento”.¹²⁶

A Lei nº 12.956/2014 e seu Decreto Regulamentador (Decreto 8.771/2016), todavia, não se mostram suficientes para regular o tratamento de dados pessoais de modo geral, porquanto

¹²³ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 149.

¹²⁴ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

¹²⁵ MACIEL, Rafael. **Manual prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: Atualizado com a Medida Provisória nº 869/18. Goiânia: RM Digital, 2019. *E-book*.

¹²⁶ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais**: A Função e os Limites do Consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

aplicam-se somente às relações jurídicas que dependem do uso da Internet, consoante se extrai do artigo 1º da lei.¹²⁷

Buscando sanar essas dificuldades e tutelar os indivíduos em face da utilização cada vez mais ampla dos dados pessoais, no dia 14 de agosto de 2018 foi sancionada e publicada a Lei nº 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Essa lei “inaugura no Brasil um regime geral de proteção de dados pessoais”.¹²⁸

Inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia,¹²⁹ essa lei altera o Marco Civil da Internet e dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou jurídica, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade natural, conforme seu art. 1º.

Os fundamentos da disciplina da proteção de dados pessoais encontram-se estabelecidos no artigo 2º da LGPD. A título exemplificativo, podemos mencionar “o respeito à privacidade” e “a autodeterminação informativa”. A lei, ainda, prescreve o dever de observância a princípios como o da finalidade e da transparência quando do tratamento de dados pessoais (art. 6º, LGPD) e dispõe acerca das hipóteses em que o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado (art. 7º, LGPD).

Cumprе destacar, ademais, que essa lei confere acentuada importância ao consentimento do titular dos dados pessoais.¹³⁰ Pelo que prescreve o diploma legal, o consentimento deve ser livre, informado, inequívoco e relacionado a uma finalidade determinada (art. 5º, XII, LGPD). Em certos casos, o consentimento do titular deve, ainda, ser específico, como quando o controlador necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores (art. 7º, §5º, LGPD).

¹²⁷ OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de. Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais E Seus Impactos No Ordenamento Jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 998, p. 241-261, dez. 2018.

¹²⁸ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 27, n. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018.

¹²⁹ A LGPD “se inspira, em primeiro lugar, no conceito que ficou conhecido como o modelo europeu de proteção de dados amparado na Convenção do Conselho da Europa 108 de 1981, na Diretiva 46/95/CE e no Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento 2016/679). Isso pode ser percebido na exigência de uma base legal para o tratamento de dados, nos princípios gerais, nas regras especiais para os dados sensíveis, bem como no fato de ter como um de seus pilares a criação de uma autoridade para a aplicação da Lei. São influências europeias também a edição de regras distintas de responsabilidade para o operador e controlador e a novidade da portabilidade dos dados, claramente inspirada no Regulamento Europeu.” MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 27, n. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018.

¹³⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 132.

Outrossim, a lei conta com diversas normas atinentes ao tratamento de dados pessoais sensíveis, entendidos como aqueles dados pessoais sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política etc. (art. 5º, II, LGPD). A lei também dispõe acerca dos agentes de tratamento de dados, disciplinando o seu modo de atuação, estabelecendo responsabilidades e prevendo penalidades (Capítulo V, LGPD).

Neste sentido, Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda afirmam ser possível “identificar cinco eixos principais da LGPD em torno dos quais a proteção do titular dos dados se articula”. Seriam eles: “i) unidade e generalidade da aplicação da Lei; ii) legitimação para o tratamento de dados (hipóteses autorizativas); iii) princípios e direitos do titular; iv) obrigações dos agentes de tratamento de dados); v) responsabilização dos agentes”.¹³¹

No que tange à alteração no panorama regulatório da disciplina de proteção de dados no Brasil perpetrada pela Lei nº 13.709/2018, Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda entendem que

A grande inovação que a LGPD operou no ordenamento jurídico brasileiro pode ser compreendida na instituição de um modelo *ex ante* de proteção de dados, baseado no conceito de que não existem mais dados irrelevantes diante do processamento eletrônico e ubíquo de dados na sociedade da informação. Os dados pessoais são projeções diretas da personalidade e como tais devem ser considerados. Assim, qualquer tratamento de dados, por influenciar na representação da pessoa na sociedade, pode afetar a sua personalidade e, portanto, tem o potencial de violar os seus direitos fundamentais.¹³²

Assim, encerra-se o primeiro capítulo deste trabalho, que tratou de analisar a evolução do conceito de privacidade, as leis e os princípios da proteção de dados, o enquadramento do direito da proteção de dados pessoais na categoria dos direitos fundamentais e a regulação dessa matéria no direito infraconstitucional brasileiro. No próximo capítulo, desenvolver-se-á o estudo da técnica de processamento de dados conhecida como *profiling*, objeto central deste trabalho.

¹³¹ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 27, n. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018.

¹³² MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da Proteção de Dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 27, n. 120, p. 555-587, nov./dez. 2018.

3 PROFILING

Neste capítulo, desenvolver-se-á o estudo do *profiling*, técnica de processamento de dados pessoais escolhida como tema do presente trabalho. O capítulo inicia com uma breve consideração a respeito do uso dos dados pessoais no âmbito da sociedade da informação. Após, analisar-se-á o conceito de *profiling*, bem como o funcionamento desta técnica.

Na sequência, serão expostas as situações em que o *profiling* tem aplicação, sendo desenvolvido de maneira um pouco mais aprofundada o estudo da construção de perfis para fins de *credit scoring* e de publicidade direcionada. Por derradeiro, serão apresentados os principais aspectos positivos da perfilização.

3.1 OS DADOS PESSOAIS E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O amplo desenvolvimento tecnológico ocorrido nas últimas décadas impulsionou o aumento dos meios de coleta e das formas de processamento de dados pessoais. Nesse cenário, a informação ganhou cada vez mais importância, passando a se constituir “matéria-prima indispensável ao desenvolvimento de qualquer atividade”.¹³³ Diante disso, entende-se que vivemos a era da informação.

O termo “Sociedade da Informação”, amplamente atribuído ao cientista social Fritz Machlup¹³⁴, remete à ideia de uma sociedade estruturada a partir da informação. Cabe aqui esclarecer que a coleta de informações é uma prática milenar,¹³⁵ mas o que diferencia a sociedade em que vivemos das demais “é a forma como a informação é tratada e aplicada no cotidiano social”.¹³⁶

¹³³ MACHADO, Fernando Inglez de Souza. **Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade da informação**: profiling e risco de discriminação. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 37.

¹³⁴ “*The term information Society, widely attributed to the social scientist Fritz Machlup, stems from his comprehensive accounting of informational ‘wealth’ in the United States, The Production and Distribution of Knowledge in the United States (1962)*”. Sobre isso, ver: ELMER, G. **Profiling machines**: mapping the personal information economy. Cambridge: The MIT Press, 2004. p. 15.

¹³⁵ Danilo Doneda afirma que “a prática de coleta sistematizada de informações” é milenar, ocorrendo “Desde o censo solicitado pelo imperador Yao na China de 2238 a.C., o de Moisés em 1700 a.C., passando pelo famoso censo ordenado por Augusto e mencionado pelo Evangelho de Lucas.” DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 2, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277241112_A_protecao_dos_dados_pessoais_como_um_direito_fundamental. Acesso em: 17 mar. 2019.

¹³⁶ MACHADO, Fernando Inglez de Souza. **Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade da informação**: profiling e risco de discriminação. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 37.

A informação constitui-se como a “fonte motriz” do mercado. Consoante Laura Schertel Mendes, “vivemos em uma economia da informação pessoal desde a década de 70”. Para a autora, “a crise da produção em massa e o surgimento da economia de especialização flexível, que se caracteriza pela diversificação da produção para diferentes produtos e diferentes clientes” explicam o relevo ganho pelos dados pessoais no mercado de consumo atual.¹³⁷

Nesta perspectiva, no âmbito da sociedade da informação, a obtenção de um bem ou serviço passa a estar condicionada não apenas ao pagamento da soma de dinheiro solicitada, como também à cessão de informações.¹³⁸ Destarte, como sustenta Rodotà, o indivíduo além de dispor de parcela do seu patrimônio se vê obrigado a expor seu próprio eu, sua própria *persona*, nessa troca.¹³⁹ De acordo com o autor, “materializa-se assim a imagem do ‘homem de vidro’, o verdadeiro cidadão desse novo mundo”, exposto e submetido à vigilância do mercado.¹⁴⁰

Os dados pessoais são coletados a todo o momento e pelos mais diversos meios, alguns relativamente transparentes quanto à coleta, outros nem tanto.¹⁴¹ As principais fontes de dados são, segundo Laura Schertel Mendes, as transações comerciais, os censos e registros públicos, as pesquisas de mercado e de estilo de vida, sorteios e concursos, a comercialização e cessão de dados, e as tecnologias de controle na internet¹⁴². Neste ponto, cumpre destacar que, como regra geral, a legitimidade da coleta dos dados pessoais está condicionada ao consentimento daquele que está disponibilizando os dados ou à previsão legal que permita a coleta.¹⁴³

Após esse primeiro momento do tratamento dos dados pessoais – a coleta –, passa-se ao segundo momento: o processamento dos dados. Com a informatização, observa-se “uma capacidade técnica cada vez maior de recolher, processar e utilizar a informação”¹⁴⁴. Dentre as técnicas que podem ser empregadas para processamento de dados pessoais, destacam-se as

¹³⁷ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 84-85.

¹³⁸ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 113.

¹³⁹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 113.

¹⁴⁰ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 113.

¹⁴¹ ELMER, G. **Profiling machines**: mapping the personal information economy. Cambridge: The MIT Press, 2004. p. 38.

¹⁴² MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 96.

¹⁴³ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 96.

¹⁴⁴ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

seguintes: *Datawarehousing*, *Data Mining*, *Online Analytical Processing (OLAP)*, *Profiling* e *Scoring*.¹⁴⁵

Não se pode olvidar, contudo, que essa atividade de tratamento de dados traz consigo diversos riscos, que envolvem desde a exposição e utilização indevida e/ou abusiva de informações até a utilização para fins diversos do informado e/ou para fins contrários ao Direito e à moral.¹⁴⁶

Por conseguinte, entende-se que a temática da informação assume relevo nos dias de hoje e merece considerável atenção, principalmente, do ponto de vista jurídico. Como bem referem Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda, “o tema da proteção de dados tornou-se um componente fundamental para a proteção do cidadão, do consumidor e para a própria segurança da Sociedade em um mundo hiperconectado”.¹⁴⁷

Feita essa breve contextualização, iniciar-se-á, o estudo da técnica de processamento de dados conhecida como *profiling*, em que os dados pessoais são utilizados para construção de perfis de comportamento.

3.2 CONCEITO DE *PROFILING*

O *profiling*, segundo Danilo Doneda, consiste na elaboração de perfis de comportamento de uma pessoa (ou de um grupo de pessoas) a partir de suas informações pessoais, que podem ser disponibilizadas por ela mesma ou que são colhidas.¹⁴⁸ De modo semelhante, Roger Clarke define *profiling* como:

[...] uma técnica em que um conjunto de características de uma determinada classe de pessoa é inferido a partir de experiências passadas e, em seguida, dados armazenados são pesquisados para indivíduos com um ajuste quase perfeito a esse conjunto de características.¹⁴⁹

¹⁴⁵ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 107-116.

¹⁴⁶ RUARO, Regina Linden. O direito fundamental à proteção de dados pessoais do consumidor e livre mercado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 27, n. 118, p. 195-219, jul./ago. 2018.

¹⁴⁷ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 27, n. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018.

¹⁴⁸ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 173.

¹⁴⁹ *Profiling is a technique whereby a set of characteristics of a particular class of person is inferred from past experience, and data-holdings are then searched for individuals with a close fit to that set of characteristics*. CLARKE, Roger. Profiling: A hidden challenge to the regulation of data surveillance. **Journal of Law & Information Science**, [s. l.], v. 4, p. 403, 1993. Disponível em: <https://www.austlii.edu.au/au/journals/JILawInfoSci/1993/26.html>. Acesso em: 5 abr. 2019.

O processo de construção dos perfis, segundo Rafael Zanatta, envolveria, ao menos, seis etapas. Sendo elas: “(i) registro de dados, (ii) agregação e monitoramento de dados, (iii) identificação de padrões nos dados, (iv) interpretação de resultados, (v) monitoramento dos dados para checar resultados e (vi) aplicação de perfis (profiles)”.¹⁵⁰

No contexto da sociedade da informação, a coleta dos dados (primeira etapa) pode ser feita a partir de diversas fontes. Além das fontes mencionadas anteriormente (transações comerciais, censos e registros públicos etc.), os dados também podem ser obtidos, por exemplo, a partir do perfil da pessoa em uma rede social (que pode conter grande quantidade de informações do usuário, incluindo suas preferências), de *cookies* (que armazenam dados de navegação do usuário) e de outras formas de rastreamento (que registram atividade e identidade do usuário).¹⁵¹

A partir da coleta das informações, os dados individualizados são combinados com outros dados (por exemplo, pessoais, factuais, estatísticos) e analisados através de algoritmos com o objetivo de prever as condições, decisões ou comportamentos futuros de uma pessoa.¹⁵² Com efeito, os métodos estatísticos e as técnicas de inteligência artificial são instrumentos que auxiliam na obtenção de uma “metainformação”, que, segundo Doneda, “consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa” e poderia ser utilizada “para traçar um quadro das tendências de futuras decisões, comportamentos e destinos de uma pessoa ou grupo”.¹⁵³

Ainda no que tange ao processamento dos dados para elaboração de um perfil, cabe referir que o *profiling* baseia-se fortemente na mineração de dados para a sua eficácia.¹⁵⁴ A mineração de dados (*data mining*) é um procedimento que consiste em descobrir e extrair padrões e comportamentos não triviais em grandes conjuntos de dados. Esses padrões

¹⁵⁰ ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. In: **ResearchGate**. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 5 abr. 2019.

¹⁵¹ DÖHMANN, Indra Spiecker *et al.* Multi-Country - The Regulation of Commercial Profiling: A Comparative Analysis. **European Data Protection Law Review**, Lexxion, v. 2, n. 4, p. 535-554, 2016. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01522818/document>. Acesso em: 6 abr. 2019.

¹⁵² “Profiling can be described as the process of gathering information and personal data, combining this individualised data with other (eg, personal, factual, statistical) data and analysing it through algorithms with the aim of predicting a person’s future conditions, decisions or behaviour.” DÖHMANN, Indra Spiecker *et al.* Multi-Country - The Regulation of Commercial Profiling: A Comparative Analysis. **European Data Protection Law Review**, Lexxion, v. 2, n. 4, p. 535-554, 2016. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01522818/document>. Acesso em: 6 abr. 2019.

¹⁵³ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 173.

¹⁵⁴ SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

descobertos podem servir como meio de análise e podem ser utilizados para previsão de comportamentos e decisões.¹⁵⁵

A mineração de dados para fins de pesquisa pode ser dividida em duas distintas abordagens: a “mineração descritiva de dados” e a “mineração preditiva de dados”¹⁵⁶. A mineração descritiva de dados tem por objetivo descobrir relações entre diferentes objetos de dados em um banco de dados e, a partir disso, obter informações.¹⁵⁷ Com efeito, mais informação a respeito de um domínio permite melhor planejamento e alocação de recursos neste domínio.¹⁵⁸ Importa referir que, embora tal abordagem de mineração de dados descreva as relações, ela não as explica.¹⁵⁹ Além disso, deve-se atentar para o fato de que a existência de uma correlação em um conjunto de dados não significa necessariamente que esta relação sempre ocorrerá no mundo real.¹⁶⁰

A mineração preditiva de dados, por sua vez, tem por escopo – como o próprio nome indica - fazer uma previsão sobre eventos baseada em padrões que foram determinados usando informações conhecidas. Quando se trata de *profiling*, isso significa que as informações sobre um indivíduo são extraídas para determinar se ele se encaixa no perfil previamente estabelecido.¹⁶¹

¹⁵⁵ “Data mining consists of discovering and extracting non-trivial patterns and behaviour in large datasets (such as traces). Those discovered patterns are then used as a means of analysis and sometimes for prediction of behaviour and decisions.” DÖHMANN, Indra Spiecker *et al.* Multi-Country - The Regulation of Commercial Profiling: A Comparative Analysis. **European Data Protection Law Review**, Lexxion, v. 2, n. 4, p. 535-554, 2016. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01522818/document>. Acesso em: 6 abr. 2019.

¹⁵⁶ “When we study the use of data mining for profiling purposes, we can distinguish among two distinct data mining approaches, viz., ‘descriptive data mining’ and ‘predictive data mining’”. SCHERMER, Bart W. **The limits of privacy in automated profiling and data mining**. *Computer Law & Security Review* 27 (2011). p. 45-52.

¹⁵⁷ “The goal of descriptive data mining is to discover unknown relations between different data objects in a database. Descriptive data mining algorithms try to discover knowledge about a certain domain by determining commonalities between different objects and attributes.” SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

¹⁵⁸ “By discovering correlations between data objects in a dataset that is representative of a certain domain, we can gain insight to it. Descriptive data mining is interesting because more insight into a particular domain allows for better planning and allocation of resources in this realm.” SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

¹⁵⁹ “Moreover, descriptive data mining describes relations rather than explains them” SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

¹⁶⁰ “The existence of a correlation in a dataset does not necessarily mean that this relation will always occur in the real world, nor does it explain why the correlation is there” SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

¹⁶¹ “As the name implies, the goal of predictive data mining is to make a prediction about events based on patterns that were determined using known information. When it comes to profiling, this means that

Com base nisso, Mireille Hildebrandt sustenta que o *profiling* seria um modo indutivo de gerar conhecimento e que as correlações representariam uma probabilidade de que as coisas seriam as mesmas no futuro.¹⁶² Sobre o funcionamento do *profiling* e a busca por prever comportamentos, Daniel J. Solove assevera:

Os perfis funcionam de maneira semelhante à maneira como a Amazon.com prevê quais produtos os clientes desejam comprar. Eles usam características e padrões de atividade específicos para prever como as pessoas se comportarão no futuro. É claro, os perfis podem ser errôneos, mas eles são frequentemente precisos o suficiente para levar as pessoas a confiar neles.¹⁶³

Numa perspectiva comercial,¹⁶⁴ Elmer sustenta que o *profiling* pode ser definido como “um processo instrumental e econômico que se concentra na coleta, armazenamento, rede, diagnóstico e implantação de informações demográficas e psicográficas”, em que se distribui e se cataloga “informações sobre os desejos, hábitos e localização de indivíduos e grupos”, tendo por finalidade “segmentar, racionalizar e prever o comportamento do consumidor”.¹⁶⁵

Importa notar que o perfil obtido a partir da técnica de *profiling*, como afirma Doneda, “pode se transformar numa verdadeira representação virtual da pessoa, pois pode ser o seu único aspecto visível a uma série de outros sujeitos”.¹⁶⁶ Assim, haveria falar na existência de um

*information about an individual is mined in order to determine whether he/she fits the previously established profile”. SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.*

¹⁶² “*In that sense profiling is an inductive way to generate knowledge; the correlations stand for a probability that things will turn out the same in the future*”. HILDEBRANDT, Mireille. Defining profiling: a new type of knowledge? In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (ed.). **Profiling the European citizen**. Springer: Dordrecht, 2008. p. 40.

¹⁶³ “*Profiles work similarly to the way that Amazon.com predicts which products customers will want to buy. They use particular characteristics and patterns of activity to predict how people will behave in the future. Of course, profiles can be mistaken, but they are often accurate enough to tempt people to rely on them.*” SOLOVE, Daniel J. **The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age**. New York: University Press, 2004. p. 181.

¹⁶⁴ MACHADO, Fernando Inglez de Souza. **Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade da informação: profiling e risco de discriminação**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 129.

¹⁶⁵ “*In the second definition, however, profiling is discussed as an instrumental and economic process that focuses on the collection, storage, networking, diagnosis, and deployment of demographic and psychographic information. This kind of profiling is broadly defined as an ongoing distribution and cataloguing of information about the desires, habits, and location of individuals and groups. This instrumental approach is, in other words, much more concerned with segmenting, rationalizing, and predicting consumer behavior [...].*” ELMER, G. **Profiling machines: mapping the personal information economy**. Cambridge: The MIT Press, 2004. p. 39.

¹⁶⁶ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia**. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 32.

“nosso correlato digital, um *corpo eletrônico*, formado pelos nossos dados”.¹⁶⁷ Cumpre destacar que esse estereótipo elaborado por meio da técnica de *profiling* será utilizado como base para a tomada de importantes decisões, afetando diretamente a vida das pessoas e influenciando o seu acesso a oportunidades sociais.¹⁶⁸

3.3 DOS USOS DO *PROFILING*

O *profiling* está presente nos mais diversos contextos e pode ser utilizado com as mais diversas finalidades. A título exemplificativo, Danilo Doneda indica que tal técnica poderia ser utilizada para, por exemplo, controlar a entrada de pessoas em um determinado país pela alfândega e poderia ser utilizada pelas empresas para traçarem perfis de consumidores e, assim, direcionarem a publicidade.¹⁶⁹

Outras hipóteses de aplicação dessa técnica poderiam ser indicadas. A partir das informações pessoais, poderiam ser estabelecidos perfis para selecionar candidatos em processos seletivos na área de recursos humanos, para a concessão de crédito e para a estipulação de prêmios nos contratos securitários.¹⁷⁰ Apenas para não deixar de mencionar, mas considerando que não fazem parte do escopo do presente trabalho, cita-se que existem, ainda, o *racial profiling* e o *criminal profiling*.

Dentre todas essas situações em que a técnica de *profiling* pode ser utilizada, neste trabalho optou-se por analisar de maneira mais detida o uso dos dados pessoais para elaboração de perfis no contexto da concessão de crédito (*credit scoring*) e do direcionamento de publicidade.

3.3.1 *Credit Scoring*

A Lei nº 12.414/2011,¹⁷¹ regulamentada pelo Decreto nº 7.829/2012, instituiu o cadastro positivo, que “consiste na formação do histórico de crédito de pessoas naturais e jurídicas e [na]

¹⁶⁷ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 174.

¹⁶⁸ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.

¹⁶⁹ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 173.

¹⁷⁰ Exemplos apresentados por Bruno Bioni em seu livro. BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 89.

¹⁷¹ Em 08/04/2019, foi sancionada a Lei Complementar nº 166, que altera significativamente a Lei do Cadastro Positivo. Uma das principais alterações está relacionada ao consentimento do titular dos dados. Na antiga lei, era necessária a autorização prévia do titular dos dados, mediante consentimento informado, para abertura de

criação de bancos de dados com informações de pagamento de dívidas e de cumprimento de outras obrigações pecuniárias dessas pessoas”.¹⁷² Tais informações podem ser fornecidas, por exemplo, por bancos, por empresas de cartões de crédito e pelo comércio em geral, e podem ser mantidas por qualquer pessoa jurídica que atenda aos requisitos estabelecidos no art. 1º do Decreto nº 7.829/2012.¹⁷³

Cumpra-se destacar que o cadastro positivo será consultado pelos comerciantes e poderá influenciar na decisão deles de conceder ou não um crédito a determinado cliente, a realizar ou não uma venda a prazo, dentre outras situações. Isso porque o cadastro positivo permite ao credor uma “melhor avaliação do risco envolvido na operação”.¹⁷⁴

Com efeito, necessário referir que os dados pessoais de um indivíduo (idade, profissão, endereço, renda), agregados a informações relacionadas ao seu histórico de crédito, podem ser utilizados, ainda, para definir o seu enquadramento em um perfil de “bom” ou de “mau pagador”, o que implicará na concessão ou não de um crédito e nas condições da concessão.¹⁷⁵ Tal prática é conhecida como *credit scoring*.

De acordo com Rafael A. F. Zanatta e Danilo Doneda, o *credit score* “consiste na atribuição de uma nota (um ‘score’) a cada consumidor, com base no risco de inadimplemento que este apresente”, sendo que “o risco é mensurado levando-se em conta as informações

um cadastro. A Lei Complementar nº 166, de 2019, por sua vez, autoriza a abertura de cadastros sem a necessidade de obtenção do consentimento prévio do cadastrado, o qual continua com a possibilidade de solicitar a sua exclusão do cadastro. BRASIL. **Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm. Acesso em: 3 jun. 2019.

¹⁷² LUPION, Ricardo. O Caso Do Sistema “Credit Scoring” Do Cadastro Positivo. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 42. n. 137, p. 431-449, mar. 2015. Disponível em: repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11569/2/O_caso_do_Sistema_Credit_Scoring_do_Cadastro_Positivo.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁷³ LUPION, Ricardo. O Caso Do Sistema “Credit Scoring” Do Cadastro Positivo. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 42. n. 137, p. 431-449, mar. 2015. Disponível em: repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11569/2/O_caso_do_Sistema_Credit_Scoring_do_Cadastro_Positivo.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁷⁴ LUPION, Ricardo. O Caso Do Sistema “Credit Scoring” Do Cadastro Positivo. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 42. n. 137, p. 431-449, mar. 2015. Disponível em: repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11569/2/O_caso_do_Sistema_Credit_Scoring_do_Cadastro_Positivo.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁷⁵ ARAÚJO, Elaine Aparecida. **Risco de crédito: desenvolvimento de modelo Credit Scoring para a gestão da inadimplência de uma instituição de microcrédito**. [S. l.]: Ipea Caixa, 2006. Disponível em: www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa2006_Profissional_02lugar_tema03.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

disponíveis sobre ele”.¹⁷⁶ A pontuação, em regra, varia de 0 a 1.000 e escores mais altos (mais próximos de 1.000) indicam menor risco para a concessão de crédito.¹⁷⁷

O escore final serve como indicativo da probabilidade de inadimplência envolvida na operação.¹⁷⁸ Com base nele, o proponente do crédito identificará se o cliente pertence a um perfil que apresenta maior ou menor probabilidade de se tornar um devedor.¹⁷⁹ O enquadramento em um perfil ou em outro definirá não apenas se um indivíduo terá o crédito concedido, mas também influenciará nas condições da concessão, como o tamanho do crédito a ser concedido.¹⁸⁰ Diante disso, observa-se que o *credit scoring* relaciona-se fortemente com a técnica de processamento de dados pessoais analisada neste trabalho, qual seja, o *profiling*.

O *credit scoring*, ademais, pode ser compreendido como um sistema de avaliação objetiva de consumidores. Este método permite às empresas a identificação dos “melhores consumidores”, para os quais serão direcionadas as promoções e estratégias de fidelização, e dos “piores consumidores”, que, por serem assim classificados, podem inclusive ter negado o seu acesso a bens e serviços.¹⁸¹

Diante disso, a licitude deste mecanismo de tratamento de dados pessoais chegou a ser questionada junto ao Poder Judiciário. Acumularam-se nos tribunais milhares de ações com esse objeto. Assim, no ano de 2014, o Superior Tribunal de Justiça tratou de apreciar a referida questão no Recurso Especial nº 1.419.697-RS, afetado pelo rito do recurso repetitivo.

¹⁷⁶ ZANATTA, Rafael A. F.; DONEDA, Danilo. O que há de novo no debate “credit score” no Brasil? **JOTA**, São Paulo, 9 fev. 2017. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/o-que-ha-de-novo-no-debate-credit-score-no-brasil-09022017>. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁷⁷ Metodologia de “SCPC Score Crédito” no Recurso Especial Nº 1.419.697 – RS: “O SCPC Score Crédito agrupa os consumidores em faixas de risco, tendo como parâmetro o comportamento médio esperado em termos de inadimplência baseado no histórico de informações de mercado compartilhadas em nossas bases. A pontuação do Score varia de 0 a 1.000 e indica menor risco para a concessão de crédito a medida que se aproxima de 1.000”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.419.697/RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 12 de novembro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39037908&num_registro=201303862850&data=20141117&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁷⁸ ARAÚJO, Elaine Aparecida. **Risco de crédito**: desenvolvimento de modelo Credit Scoring para a gestão da inadimplência de uma instituição de microcrédito. [S. l.]: Ipea Caixa, 2006. Disponível em: www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa2006_Profissional_02lugar_tema03.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁷⁹ CREDIT scoring: entenda como funciona. In: **ALGAR Tech Blog**. [S. l.], c2019. Disponível em: <https://algartech.com/pt/blog/credit-scoring-entenda-como-funciona/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁸⁰ ARAÚJO, Elaine Aparecida. **Risco de crédito**: desenvolvimento de modelo Credit Scoring para a gestão da inadimplência de uma instituição de microcrédito. [S. l.]: Ipea Caixa, 2006. Disponível em: www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa2006_Profissional_02lugar_tema03.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁸¹ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 112.

O caso de que tratava o recurso refere-se a uma ação cominatória de obrigação de fazer cumulada com indenizatória por dano moral ajuizada por Anderson Guilherme Prado Soares em face de Boa Vista Serviços S/A, porquanto o *score* ruim atribuído – ainda que inexistissem restrições de crédito em seu nome – teria prejudicado o seu acesso ao comércio.¹⁸²

A ação foi julgada procedente em primeira instância, determinando a exclusão do nome do autor do cadastro de forma definitiva e condenando a ré ao pagamento de indenização por danos morais. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul confirmou a decisão de primeiro grau, por entender que seria “abusiva a prática comercial de utilizar dados negativos dos consumidores, pra lhe alcançar uma pontuação, de forma a verificar a probabilidade de inadimplemento”. O Tribunal considerou que essa prática comercial violaria normas constitucionais e ordinárias.

A demandada Boa Vista Serviços S/A interpôs Recurso Especial, insurgindo-se contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Neste recurso, a Corte foi instada a se manifestar sobre “a 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”.

A avaliação da licitude dessa prática, consoante extrai-se do voto do Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, deve partir da premissa de que o sistema de *credit scoring* “não se trata de um cadastro ou banco de dados de consumidores, mas de uma metodologia de cálculo do risco de crédito, utilizando-se de modelos estatísticos e dos dados existentes no mercado acessíveis via ‘internet’”.¹⁸³

Neste sentido, observou o Ministro Relator que a Lei nº 12.414/2011 faz menção expressa aos sistemas de análise do risco de crédito em pelo menos dois dispositivos, quais sejam, art. 5º, IV, no e art. 7º, I. Assim, concluiu que a prática comercial de *credit scoring* é lícita, porquanto autorizada pelos dispositivos anteriormente mencionados. A decisão, ademais, asseverou que essa prática deve respeito aos princípios do sistema jurídico brasileiro de proteção do consumidor, prezando pela tutela da privacidade e da transparência das relações negociais.

¹⁸² LUPION, Ricardo. O Caso Do Sistema “Credit Scoring” Do Cadastro Positivo. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 42. n. 137, p. 431-449, mar. 2015. Disponível em: repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11569/2/O_caso_do_Sistema_Credit_Scoring_do_Cadastro_Positivo.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.419.697/RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 12 de novembro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39037908&num_registro=201303862850&data=20141117&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

Destarte, em que pese seja “desnecessário o consentimento do consumidor consultado” este tem o direito de “ser informado clara e objetivamente acerca de todos os aspectos atinentes à relação contratual desde o período pré-negocial”.¹⁸⁴ Por seu turno, o fornecedor do serviço de *credit scoring* tem o dever de não valorar “informações sensíveis, excessivas, incorretas ou desatualizadas”, caracterizando abuso de direito a utilização destas e implicando a responsabilidade civil objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente pelos danos materiais e morais causados ao consumidor consultado (art. 2º da Lei nº 12.414/2011).¹⁸⁵

No que tange à condenação por danos morais, restou consignado na decisão que “a simples circunstância [...] de se atribuir uma nota insatisfatória a uma pessoa não acarreta, por si só, um dano moral, devendo-se apenas oportunizar ao consumidor informações claras acerca dos dados utilizados nesse cálculo estatístico”. Todavia, decorrendo a referida pontuação da consideração de informações excessivas ou sensíveis, caracterizando violação à honra e à privacidade, estará configurado o dano moral “in re ipsa”. Ademais, seria necessária a “comprovação de uma efetiva recusa de crédito”, fundada em um *score* ruim decorrente de dados incorretos ou desatualizados, para restar caracterizado o dano extrapatrimonial.¹⁸⁶

Diante do exposto, restaram fixadas cinco teses no julgamento em questão, *in verbis*:

- 1) O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito).
- 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo).
- 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.
- 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.
- 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.419.697/RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 12 de novembro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39037908&num_registro=201303862850&data=20141117&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.419.697/RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 12 de novembro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39037908&num_registro=201303862850&data=20141117&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.419.697/RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 12 de novembro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39037908&num_registro=201303862850&data=20141117&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

Destarte, resta apresentado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em relação à natureza do *credit scoring*, aos limites desta prática e à possibilidade de indenização por danos morais em caso de violação aos ditames legais.

No tocante propriamente à análise do Recurso Especial nº 1.419.697-RS, convém referir que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, julgando improcedente a demanda indenizatória, porquanto não teria havido o “reconhecimento pelas instâncias ordinárias da comprovação de recusa efetiva do crédito ao consumidor recorrido, não sendo possível afirmar a ocorrência de dano moral na espécie”.

3.3.2 Perfis de consumidores e publicidade direcionada

Desde a década de 1970, como exposto no primeiro tópico deste capítulo, vivemos uma “economia da informação pessoal”, em que a informação é tida como a fonte motriz do mercado.¹⁸⁷ Fala-se na transformação da economia de produção em massa para um modelo flexível de economia, caracterizado pelo investimento das empresas “na diferenciação dos produtos e serviços para adquirir vantagens competitivas e aumentar a lucratividade”.¹⁸⁸

Neste sentido, Laura Schertel Mendes explica que essa transformação no modelo de economia implica também na alteração da forma de realização de marketing. O marketing de massa realizado no contexto da produção em massa – em que, na maioria das vezes, eram desperdiçados esforços com um público que não teria qualquer propensão a consumir o bem anunciado¹⁸⁹ - não mais se mostra efetivo. No modelo de produção flexível, no qual a produção é diferenciada e segmentada, o marketing igualmente precisa ser diferenciado e segmentado.¹⁹⁰

¹⁸⁷ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 84.

¹⁸⁸ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

¹⁸⁹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais**: A Função e os Limites do Consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 15.

¹⁹⁰ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

Para tanto, as empresas passaram a se dedicar à coleta massiva dos dados dos consumidores, a fim de conhecer melhor seus hábitos e comportamentos.¹⁹¹ Nesta lógica, como assevera Danilo Doneda, o consumidor deixou de ser apenas destinatário de informações para se tornar também fonte de informações, que irão influenciar na sua abordagem por parte das empresas¹⁹².

Os dados pessoais dos consumidores passam a ser objeto, por exemplo, de marketing direto e de publicidade direcionada. No marketing direto, consoante Danilo Doneda, procura-se “compilar, em base de dados de consumidores, aqueles com maior potencial de compra para serem abordados diretamente”.¹⁹³ Na publicidade direcionada, por outro lado, como ensina Bruno Bioni, procura-se “personalizar, ainda que parcialmente, tal comunicação social [entre comprador e vendedor], correlacionando-a a um determinado fator que incrementa a possibilidade de êxito da indução ao consumo”.¹⁹⁴

A publicidade direcionada se divide em três espécies: a publicidade contextual, a publicidade segmentada e a publicidade comportamental. A publicidade contextual consiste na “inserção da mensagem publicitária em um contexto no qual ela se harmonize com os interesses presumidos do consumidor”.¹⁹⁵ A publicidade segmentada, por sua vez, se foca no próprio público-alvo do bem ofertado, não importando “propriamente o conteúdo do ambiente em que será direcionada a publicidade, mas o público que a ele tem acesso”.¹⁹⁶ Por derradeiro, a

¹⁹¹ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 88.

¹⁹² BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 61.

¹⁹³ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 60.

¹⁹⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 16.

¹⁹⁵ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 60. Exemplo de Publicidade Contextual disposto no Livro de Bruno Bioni. “[...] há uma maior probabilidade de que leitores de revistas de carros tenham interesse na aquisição de tal bem, já que se subentende que quem está pesquisando sobre o assunto tende a ser um potencial comprador. Do mesmo modo, o anúncio de um livro sobre política tende a ser mais efetivo se hospedado no caderno de política de um determinado jornal, uma vez que os leitores daquele caderno específico têm predileção sobre tal assunto. BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 15-16.

¹⁹⁶ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 16. Exemplo de Publicidade Segmentada que Bruno Bioni traz em seu livro: “Se o bem de consumo direciona-se ao público feminino de meia-idade, adolescentes ou pessoas idosas, a abordagem será, então, realizada em ambientes onde a audiência de tal público seja predominante”.

publicidade comportamental relaciona-se com a criação de um retrato das preferências de um indivíduo, a partir dos registros de sua navegação, para fins de personalização do anúncio publicitário.¹⁹⁷

Para fins de *target marketing* e de direcionamento de publicidade, os dados pessoais dos consumidores podem ser coletados a partir de diversas fontes.¹⁹⁸ Em momento anterior deste trabalho, foram listadas algumas das fontes, como censos e registros públicos e pesquisas de mercado. Agora, passa-se a tratar da coleta de dados pessoais a partir das novas tecnologias da informação e da comunicação.

Destaca-se que, no contexto da rede Internet, o conjunto de hábitos de navegação de um usuário constitui-se em uma das fontes de dados mais visadas para fins de *profiling*.¹⁹⁹ Assim, esclarece-se que técnicas de monitoramento da navegação de um usuário, consoante Danilo Doneda, “podem se basear na navegação em determinados sites, afiliados a um dos diversos serviços de monitoramento da navegação na Internet (*tracking*)”, que “pode monitorar a navegação dentro de um determinado site ou grupo de sites pertencentes a uma mesma organização” ou a organizações diversas.²⁰⁰

Dentre os mecanismos que permitem rastrear as ações do indivíduo na internet, destacam-se os *cookies*²⁰¹ e os *web bugs*.²⁰² Tais mecanismos permitem a coleta de informações

¹⁹⁷ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 17-18.

¹⁹⁸ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia**. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 63.

¹⁹⁹ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia**. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 62.

²⁰⁰ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia**. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 65.

²⁰¹ “os cookies são marcadores digitais, inseridos nos discos rígidos do computador do usuário de internet pelos websites visitados, que permitem a identificação e o armazenamento da navegação do internauta. Ao mesmo tempo que são úteis, por possibilitar a memorização de senhas e a personalização de serviços, os cookies podem trazer riscos à privacidade, quando o computador passa a ser associado a um determinado usuário, a partir dos dados pessoais fornecidos a um site.” Sobre isso, ver: MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 223.

²⁰² *In general, these network advertising companies do not merely supply banner ads; they also gather data about the consumers who view their ads. This is accomplished primarily by the use of “cookies”¹¹ and “Web bugs” which track the individual’s actions on the Web.* ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

como: quais as páginas visitadas pelos consumidores, o tempo e a duração das visitas aos sites, os termos inseridos nos mecanismos de pesquisa, a realização ou não de compras, quais anúncios foram “clicados”.²⁰³

Cabe, neste ponto, fazer uma observação acerca desses anúncios que constam em páginas da internet. De acordo com a *Federal Trade Commission (FTC)*, em seu relatório sobre *online profiling*, grande parte da publicidade online é feita na forma de “*banner ads*”, isto é, pequenos anúncios gráficos que aparecem em caixas acima ou ao lado do conteúdo principal do site. Tais anúncios, ainda segundo a FTC, geralmente não são selecionados pelo site visitado pelo consumidor, mas por empresas que trabalham com publicidade de rede (*network advertising company*), que não apenas fornecem anúncios em *banners*, mas também coletam dados sobre os consumidores que visualizam seus anúncios, principalmente pelo uso dos já mencionados *cookies* e *web bugs*.²⁰⁴

A respeito das informações coletadas por essas empresas de publicidade na internet, sustenta a FTC que essas costumam ser anônimas, ou seja, geralmente os perfis são vinculados ao número de identificação do *cookie* da rede de publicidade no computador do consumidor e não ao nome de uma pessoa específica. As informações, nesse caso, são chamadas de *non-personally identifiable information* (“*non-PII*”).²⁰⁵

No entanto, em alguns casos, os perfis derivados do rastreamento das atividades dos consumidores podem ser vinculados ou mesclados com *personally identifiable information*

²⁰³ Among the types of information that can be collected by network advertisers are: information on the Web sites and pages within those sites visited by consumers; the time and duration of the visits; query terms entered into search engines; purchases; “click-through” responses to advertisements; 13 and the Web page a consumer came from before landing on the site monitored by the particular ad network (the referring page). All of this information is gathered even if the consumer never clicks on a single ad. ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

²⁰⁴ A large portion of that online advertising is in the form of “*banner ads*” displayed on Web pages – small graphic advertisements that appear in boxes above or to the side of the primary site content. Currently, tens of billions of banner ads are delivered to consumers each month as they surf the World Wide Web. Often, these ads are not selected and delivered by the Web site visited by a consumer, but by a network advertising company that manages and provides advertising for numerous unrelated Web sites. DoubleClick, Engage, and 24/7 Media, three of the largest Internet advertising networks, all estimate that over half of all online consumers have seen an ad that they delivered. ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

²⁰⁵ The information gathered by network advertisers is often, but not always, anonymous, i.e., the profiles are frequently linked to the identification number of the advertising network’s cookie on the consumer’s computer rather than the name of a specific person. This data is generally referred to as *non-personally identifiable information* (“*non-PII*”). ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

(“PII”). De acordo com a FTC, isso ocorre quando há a identificação do consumidor no site em que o anunciante da rede colocou o anúncio. Essa identificação pode se dar pelo fornecimento por parte do site das informações pessoais de um sujeito para uma empresa publicitária ou quando as informações pessoais são processadas pelo site de modo que as informações possam ser incorporadas na própria URL *string*, sendo automaticamente transferida à empresa publicitária.²⁰⁶

Além do monitoramento da navegação dos usuários por meio de *cookies* e *web bugs*, existem ainda outros modelos para coleta de dados comportamentais, um deles é “a implementação de um serviço de interceptação do fluxo de dados entre o usuário da Internet e o site que este visita”.²⁰⁷ Baseada no próprio provedor de acesso à internet, esta interceptação, em seus modelos mais comuns, “opera através da análise do fluxo bruto de informações entre o usuário e o provedor de conteúdo através de técnicas que procuram determinar informações consideradas relevantes dentro dos pacotes de informação”, os quais “são os containers do fluxo de dados na internet”.²⁰⁸ Essa técnica é denominada de DPI (*Deep Packet Inspection*).

Nesse modelo, conforme explica Danilo Doneda, “o monitoramento se processa em uma camada mais profunda do processo de navegação que é o próprio fornecimento de serviço de acesso à internet”. Assim, nesse caso, toda a navegação do usuário – e não apenas a navegação em determinadas páginas da internet - está sujeita à interceptação e escrutínio.²⁰⁹

²⁰⁶ *The information gathered by network advertisers is often, but not always, anonymous, i.e., the profiles are frequently linked to the identification number of the advertising network’s cookie on the consumer’s computer rather than the name of a specific person. This data is generally referred to as non-personally identifiable information (“non-PII”). In some circumstances, however, the profiles derived from tracking consumers’ activities on the Web are linked or merged with personally identifiable information (“PII”).*¹⁴ This generally occurs in one of two ways when consumers identify themselves to a Web site on which the network advertiser places banner ads.¹⁵ First, the Web site to whom personal information is provided may, in turn, provide that information to the network advertiser. Second, depending upon how the personal information is retrieved and processed by the Web site, the personally identifying information may be incorporated into a URL string¹⁶ that is automatically transmitted to the network advertiser through its cookie. ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

²⁰⁷ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 66.

²⁰⁸ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 66.

²⁰⁹ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 66.

Cumpra fazer a ressalva de que, independentemente do modelo de coleta de dados adotado, faz-se absolutamente necessário que o usuário da internet tenha consciência do fato de sua navegação poder ser monitorada e analisada.²¹⁰ Além de estar esclarecido em relação ao monitoramento de suas atividades na internet, o consumidor precisa consentir com essa prática.²¹¹ Isso porque, como regra geral, “a legitimidade da coleta dos dados pessoais está condicionada ao consentimento do consumidor ou à previsão legal que permita a coleta”.²¹²

No processo de perfilização, uma vez coletados, os dados do consumidor podem ser analisados e combinados com outros dados, como dados demográficos e psicográficos de terceiros ou relativos a compras off-line do consumidor.²¹³ De acordo com a FTC, esses dados aprimorados permitem que as redes de publicidade façam uma variedade de inferências sobre os interesses e preferências de cada consumidor.²¹⁴ Assim, tem-se como resultado

[...] um perfil detalhado que tenta prever os gostos, as necessidades e os hábitos de compra do consumidor individual e permite que os computadores das empresas de publicidade tomem decisões secundárias sobre como exibir anúncios direcionados diretamente aos interesses específicos do consumidor.²¹⁵

A partir deste perfil, como explica Danilo Doneda, “o consumidor é exposto a uma mensagem publicitária sob medida, cujas chances de se enquadrar dentro de seus interesses é

²¹⁰ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 66.

²¹¹ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 66.

²¹² MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 96.

²¹³ “Once collected, consumer data can be analyzed and combined with demographic and “psychographic” data from third-party sources, data on the consumer’s offline purchases, or information collected directly from consumers through surveys and registration forms.” ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em:

<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

²¹⁴ “This enhanced data allows the advertising networks to make a variety of inferences about each consumer’s interests and preferences.” ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

²¹⁵ The result is a detailed profile that attempts to predict the individual consumer’s tastes, needs, and purchasing habits and enables the advertising companies’ computers to make splitsecond decisions about how to deliver ads directly targeted to the consumer’s specific interests. ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

presumivelmente maior, de acordo com os critérios do mecanismo utilizado”.²¹⁶ Como bem refere Bruno Bioni, “a abordagem publicitária passa a estar atrelada com precisão ao perfil do potencial consumidor”.²¹⁷

Neste sentido, é possível verificar que o *profiling* importa na caracterização do consumidor a partir de seus hábitos e atos.²¹⁸ Sobre isso, oportuno mencionar o entendimento de Greg Elmer, o qual afirma que

[...] o que tanto solicitar como exigir informações pessoais destacam é a centralidade de produzir, atualizar e implantar perfis de consumidores - simulações ou imagens de gostos, aversões e comportamentos do consumidor que são automatizados no processo de consumo de bens, serviços ou mídia e antecipar cada vez mais nossas futuras necessidades e desejos com base em nossas escolhas e comportamentos agregados do passado.²¹⁹

Expostas as principais bases sobre as quais se assenta a prática da elaboração de perfis de consumidores para fins de marketing direto e de publicidade direcionada, forçoso notar que essa apresenta tanto aspectos positivos quanto aspectos negativos. No relatório sobre *online profiling*, a *Federal Trade Commission (FTC)* elenca alguns “benefícios” e “preocupações” relacionados a tal técnica de processamento de dados pessoais.

Dentre os aspectos positivos do *profiling* para fins de publicidade direcionada, podemos destacar que essa modalidade de publicidade (direcionada) permite que os consumidores recebam ofertas e informações sobre bens e serviços em que estão realmente interessados²²⁰ e que as empresas evitem o desperdício de dinheiro com a publicidade de produtos em que os

²¹⁶ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 63.

²¹⁷ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 18.

²¹⁸ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 64.

²¹⁹ “what both requesting and requiring personal information highlight is the centrality of producing, updating, and deploying consumer profiles —simulations or pictures of consumer likes, dislikes, and behaviors that are automated within the process of consuming goods, services, or media and that increasingly anticipate our future needs and wants based on our aggregated past choices and behaviors.” ELMER, G. **Profiling machines**: mapping the personal information economy. Cambridge: The MIT Press, 2004. p. 5.

²²⁰ “As noted by commenters at the Public Workshop, targeted advertising allows customers to receive offers and information about goods and services in which they are actually interested.” ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

consumidores não têm interesse.²²¹ Ainda, o perfil torna a publicidade mais eficaz e, assim, permite que os sites cobrem mais para publicidade. Tal receita ajuda a subsidiar as operações desses sites, tornando possível oferecer conteúdo gratuito em vez de cobrar taxas pelo acesso.²²²

Ocorre que a construção de perfis para fins de direcionamento de publicidade também apresenta aspectos negativos. O primeiro problema que podemos indicar é que a criação de perfis, em muitos casos, é conduzida sem o conhecimento dos consumidores.²²³ Toda a operação de colocação de um *cookie* no computador do consumidor, de rastreamento de seus movimentos e de direcionamento de anúncios ocorre geralmente sem que o consumidor tenha ciência disso.²²⁴ Os sites deixam de indicar que usam serviços de empresas publicitárias em suas políticas de privacidade e consumidores não configuram seus navegadores para notificá-los antes de aceitar *cookies*, uma vez que grande parte dos consumidores nunca ouviu falar de *cookies* ou entende o que eles são.²²⁵

²²¹ *Businesses clearly benefit as well from the ability to target advertising because they avoid wasting advertising dollars marketing themselves to consumers who have no interest in their products.* ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

²²² *“Additionally, a number of commenters stated that targeted advertising helps to subsidize free content on the Internet. By making advertising more effective, profiling allows Web sites to charge more for advertising. This advertising revenue helps to subsidize their operations, making it possible to offer free content rather than charging fees for access.”* ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

²²³ *“The most consistent and significant concern expressed about profiling is that it is conducted without consumers’ knowledge.”* ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

²²⁴ *“The presence and identity of a network advertiser on a particular site, the placement of a cookie on the consumer’s computer, the tracking of the consumer’s movements, and the targeting of ads are simply invisible in most cases.”* ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

²²⁵ *“This is true because, as a practical matter, there are only two ways for consumers to find out about profiling at a particular site before it occurs. The first is for Web sites that use the services of network advertisers to disclose that fact in their privacy policies. Unfortunately, this does not typically occur. As the Commission’s recent privacy survey discovered, although 57% of a random sample of the busiest Web sites allowed third parties to place cookies, only 22% of those sites mentioned third-party cookies or data collection in their privacy policies; of the top 100 sites on the Web, 78% allowed third-party cookie placement, but only 51% of those sites disclosed that fact.³⁷ The second way for consumers to detect profiling is to configure their browsers to notify them before accepting cookies.³⁸ One recent survey indicates, however, that only 40% of computer users have even heard of cookies and, of those, only 75% have a basic understanding of what they are.”* ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

Da mesma forma, a extensão do monitoramento da navegação é causa de preocupação. Por monitorarem os consumidores, na maioria das vezes sem a sua ciência, em uma infinidade de sites aparentemente não relacionados e por período indefinido, as empresas de publicidade acabam obtendo perfis muito mais abrangentes do que qualquer site individual poderia reunir.²²⁶ Cabe aqui referir que, ainda que grande parte da informação que entra num perfil seja inócua quando vista isoladamente, o fato é que a acumulação ao longo do tempo de um grande número de detalhes aparentemente menores sobre um indivíduo produz um retrato bastante abrangente e, para muitos, intrinsecamente intrusivo.²²⁷

Ademais, a publicidade comportamental traz consigo o problema de “limitar o rol de escolhas futuras daquelas pessoas a partir de um perfil que foi inferido de seu comportamento passado”.²²⁸ Danilo Doneda explica que esse fenômeno é conhecido como “*boxing*”, “segundo a metáfora de que as possibilidades oferecidas a uma pessoa são fechadas – encaixotadas – em torno de presunções realizadas por ferramentas de análise comportamental, guiando desta forma as suas escolhas futuras”.²²⁹ A uniformização dos padrões de comportamento seria o efeito colateral da publicidade assim encaminhada.²³⁰

Para ilustrar essa restrição no rol de produtos ofertados que pode redundar da prática do *profiling*, apresenta-se o exemplo formulado por Rodotà:

²²⁶ “*The second most persistent concern expressed by commenters was the extensive and sustained scope of the monitoring that occurs. Unbeknownst to most consumers, advertising networks monitor individuals across a multitude of seemingly unrelated Web sites and over an indefinite period of time. The result is a profile far more comprehensive than any individual Web site could gather.*” ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

²²⁷ “*Although much of the information that goes into a profile is fairly innocuous when viewed in isolation, the cumulation over time of vast numbers of seemingly minor details about an individual produces a portrait that is quite comprehensive and, to many, inherently intrusive.*” ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

²²⁸ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 68.

²²⁹ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 68.

²³⁰ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 68.

Se, por exemplo, se verifica que a maioria das famílias que habitam em um determinado bairro lê apenas um tipo de publicação, razões econômicas estimularão a distribuição naquela área apenas de livros e jornais correspondentes aos gostos e aos interesses individuados naquele momento particular. Por um lado, portanto, dá-se início a um mecanismo que pode bloquear o desenvolvimento daquela comunidade, solidificando-a no seu perfil traçado em uma situação determinada. Por outro lado, penalizam-se os poucos que não correspondem ao perfil geral, iniciando-se assim um perigoso processo de discriminação de minorias.²³¹

A prática da perfilização pode levar ainda à “variação do preço a ser cobrado (*adaptive pricing*) por um produto ou serviço a partir do perfil do consumidor”.²³² Analisado o perfil de um determinado consumidor, os preços seriam direcionados de acordo com a sua respectiva capacidade econômica.²³³ Esta prática, porém, é discriminatória e viola o princípio da igualdade dos consumidores perante o mercado.²³⁴

Por derradeiro, forçoso notar que a prática da elaboração de perfis de consumidores pode resultar na “discriminação de determinados consumidores em sentido estrito”.²³⁵ Certos bens ou serviços poderiam ser negados a determinados consumidores em razão do seu enquadramento em um perfil específico.

3.4 DOS ASPECTOS POSITIVOS DO PROFILING

Nas palavras de Roger Clarke, assim “como qualquer outra técnica, a criação de perfil não é boa, nem má”²³⁶. Para além de seu potencial lesivo e discriminatório, a perfilização possui aspectos positivos.

²³¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 83.

²³² BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 69.

²³³ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 89.

²³⁴ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 69.

²³⁵ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019. p. 69.

²³⁶ CLARKE, Roger. Profiling: A hidden challenge to the regulation of data surveillance. **Journal of Law & Information Science**, [s. l.], v. 4, p. 403, 1993. Disponível em: <https://www.austlii.edu.au/au/journals/JILawInfoSci/1993/26.html>. Acesso em: 5 abr. 2019.

No tópico anterior, foram indicados alguns dos pontos positivos do *profiling* utilizado para fins de publicidade direcionada. Dentre estes, a maior eficiência da publicidade e a redução dos custos para as empresas com a divulgação de produtos em que os consumidores não estariam interessados.

Neste sentido, Roger Clarke assevera que a perfilização permite o “fornecimento aos consumidores de convites para aquisição de bens e serviços nos quais possam estar interessados”, “evitando” o fornecimento de anúncios “a consumidores que provavelmente não querem os bens ou serviços”.²³⁷

Na concepção do autor, o *profiling* ajuda a “melhorar a economia das atividades de marketing”, porquanto “seleciona” perspectivas ruins e boas e permite escolher “a forma de material promocional mais provável para motivar a perspectiva de comprar”.²³⁸

Assim, observa-se que são diversos os ganhos para as empresas que se utilizam desta técnica de processamento de dados. O *profiling* permite a dinamização do mercado²³⁹, o melhor direcionamento de recursos e a melhor avaliação dos riscos envolvidos numa dada operação.

Cumprido destacar que o estabelecimento de perfis possui implicações positivas não apenas para as entidades privadas. No setor público, o maior acesso aos dados pessoais dos cidadãos permite que as ações públicas estejam em “maior sintonia com as demandas sociais”, tornando-as mais efetivas.²⁴⁰

Destarte, em um sentido mais amplo, aduz Rodotà que os perfis permitem uma melhor percepção das “propensões individuais e coletivas e, sobre essa base, colocar efetivamente à disposição de cada um aquilo que lhe serve ou deseja, assim concretizando uma condição de igualdade substancial (‘a cada um segundo as suas necessidades’).²⁴¹

²³⁷ “- providing consumers with invitations to purchase goods and services that they are likely to be interested in; - avoiding the provision of invitations to consumers who are unlikely to want the goods or services, or to be able to afford them;” CLARKE, Roger. Profiling: A hidden challenge to the regulation of data surveillance. **Journal of Law & Information Science**, [s. l.], v. 4, p. 403, 1993. Disponível em: <https://www.austlii.edu.au/au/journals/JILawInfoSci/1993/26.html>. Acesso em: 5 abr. 2019.

²³⁸ “And improving the economics of marketing activities, by 'selecting out' poor prospects, 'selecting in' good prospects, and choosing the form of promotional material most likely to motivate the prospect to buy”. CLARKE, Roger. Profiling: A hidden challenge to the regulation of data surveillance. **Journal of Law & Information Science**, [s. l.], v. 4, p. 403, 1993. Disponível em: <https://www.austlii.edu.au/au/journals/JILawInfoSci/1993/26.html>. Acesso em: 5 abr. 2019.

²³⁹ MACHADO, Fernando Inglez de Souza. **Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade da informação**: profiling e risco de discriminação. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 37.

²⁴⁰ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 82.

²⁴¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 82.

4 O PROFILING E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Após o estudo da origem e do desenvolvimento da disciplina da proteção de dados e da apresentação do conceito e do funcionamento da técnica de perfilização nos capítulos anteriores, este capítulo será dedicado ao aprofundamento da análise, à luz da proteção de dados, desta técnica de uso de dados pessoais para elaboração de perfis.

Inicialmente, serão expostos os principais riscos envolvidos nesta operação, que é, por si, discriminatória. Na sequência, abordar-se-á a necessidade de se discutir, no Direito, a questão da criação de perfis, posto que esse não é um tema apenas relacionado à tecnologia, é um tema que também se relaciona com a tutela dos indivíduos no contexto da Sociedade da Informação. Por fim, analisar-se-á como o *profiling* encontra-se regulado na *General Data Protection Regulation (GDPR)* e na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

4.1 DOS RISCOS DO PROFILING

O mecanismo do *profiling* tem como cerne a discriminação e “denota um potencial lesivo muito severo se não utilizado com a devida cautela”.²⁴² De acordo com Laura Schertel Mendes, os “riscos da técnica de construção de perfis não residem apenas na sua grande capacidade de junção de dados”.²⁴³ Para a autora, “na realidade, a ameaça consiste exatamente na sua enorme capacidade de combinar diversos dados de forma inteligente, formando novos elementos informativos”.²⁴⁴

A respeito desses dados utilizados para a elaboração dos perfis, cumpre destacar que eles possuem qualidade questionável. De acordo com Rodotà, os perfis se baseiam em informações “sempre parciais e incompletas, mesmo quando se recorre a uma multiplicidade de bancos de dados”.²⁴⁵ O autor questiona, ainda, “a plena validade científica dos modelos usados para produzir novas informações (perfis ou outros)”.²⁴⁶ Sustenta Rodotà, que os

²⁴² MACHADO, Fernando Inglez de Souza. **Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade da informação: profiling e risco de discriminação**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 133.

²⁴³ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.

²⁴⁴ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.

²⁴⁵ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 115.

²⁴⁶ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 115.

“metaconhecimentos” obtidos sobre as pessoas, “difícilmente podem ser verificados pelos interessados, embora até embasem decisões sobre eles”.²⁴⁷

Impende registrar que os problemas relacionados à privacidade continuam a existir mesmo nos casos em que o perfil não contém informações pessoalmente identificáveis.²⁴⁸ Isso porque “associar perfis anteriormente anônimos a determinados indivíduos” é tarefa relativamente fácil.²⁴⁹ E, uma vez criados, os perfis podem influenciar no acesso de um indivíduo a bens, serviços e oportunidades sociais.²⁵⁰

Neste ponto, cabe trazer o entendimento de Bart W. Schermer, para o qual os riscos mais significativos associados ao *profiling* são a discriminação, a “desindividuação” e as assimetrias informacionais.²⁵¹ Na visão de Schermer, em que pese classificação e divisão sejam inerentes à atividade de *profiling*, existem situações em que a discriminação assume contornos antiéticos e ilegais.²⁵² O autor afirma que isso pode ocorrer, por exemplo, quando a mineração de dados foca em características como etnia, gênero, religião ou orientação sexual²⁵³. Isso porque, “mesmo sem o intuito prévio de julgar as pessoas com base em características particulares existe o risco de, inadvertidamente, discriminar indivíduos ou grupos”.²⁵⁴ Explica

²⁴⁷ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 115.

²⁴⁸ “For many of those who expressed concerns about profiling, the privacy implications of profiling are not ameliorated in cases where the profile contains no personally identifiable information. ONLINE Profiling: a report to congress.” In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

²⁴⁹ “First, these commenters felt that the comprehensive nature of the profiles and the technology used to create them make it reasonably easy to associate previously anonymous profiles with particular individuals.” ONLINE Profiling: a report to congress. In: **Federal Trade Commission**. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

²⁵⁰ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.

²⁵¹ “In our view the most significant risks associated with profiling and data mining are discrimination, de-individualisation and information asymmetries.” SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

²⁵² “Classification and division are at the heart of (predictive) data mining. As such, discrimination is part and parcel of profiling and data mining. However, there are situations where discrimination is considered unethical and even illegal.” SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

²⁵³ “This can occur for instance when a data mining exercise is focussed on characteristics such as ethnicity, gender, religion or sexual preference.” SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

²⁵⁴ “But even without a prior desire to judge people on the basis of particular characteristics, there is the risk of inadvertently discriminating against particular groups or individuals.” SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

Schermer que “os algoritmos preditivos de mineração de dados podem ‘aprender’ a discriminar com base em dados tendenciosos usados para treinar o algoritmo”.²⁵⁵

Em relação ao segundo problema apontado por Schermer, a “desindividuação” observa-se que ela se relaciona com o “risco de que as pessoas sejam julgadas com base nas características do grupo e não em suas próprias características e méritos individuais”.²⁵⁶ De acordo com o autor, tal situação poderia implicar em efeitos negativos para a pessoa individualmente considerada e poderia levar à estigmatização dos membros do grupo.²⁵⁷

O terceiro problema indicado por Schermer é o da assimetria de informação. Como bem salienta o autor, “a mineração de dados pode levar a informações valiosas para as partes que a empregam”.²⁵⁸ Isso, contudo, pode implicar em assimetria informacional, o que influencia nas relações “entre governo e cidadãos, e entre empresas e consumidores, perturbando o equilíbrio de poder entre diferentes partes”.²⁵⁹ Na hipótese de haver assimetria informacional na relação entre governo e cidadão, a autonomia individual deste último pode ser afetada. No contexto da relação entre consumidores e empresas, pode ocorrer a perturbação do equilíbrio econômico.²⁶⁰

Destarte, expostos os principais riscos envolvidos na atividade de perfilização e demonstrado o seu acentuado potencial lesivo, abordar-se-á nos tópicos subsequentes como a disciplina da proteção de dados pode regular (e regula) essa forma de processamento de dados a fim de tutelar os indivíduos a que os dados se referem.

²⁵⁵ “The reason for this is that predictive data mining algorithms may “learn” to discriminate on the basis of biased data used to train the algorithm.” SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

²⁵⁶ “In many cases data mining is in large parts concerned with classification and thus there is the risk that persons are judged on the basis of group characteristics rather than on their own individual characteristics and merits.” SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

²⁵⁷ “When individuals are judged by group characteristics they do not possess as individuals, this may strongly influence the advantages and disadvantages of using group profiles. Apart from the negative effects group profiling may have on individuals, group profiling can also lead to stigmatisation of group members.” SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

²⁵⁸ “Data mining can lead to valuable insights for those parties employing it.” SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

²⁵⁹ “When data mining is aimed at gaining more insight into individuals or groups, we encounter the problem of information asymmetry. Information asymmetries may influence the level playing field between government and citizens, and between businesses and consumers, upsetting the current balance of power between different parties.” SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

²⁶⁰ “In the context of the relation between government and citizens information asymmetries can affect individual autonomy. [...] Information asymmetries may upset the level economic playing field between consumers and businesses.” SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

4.2 DA TUTELA JURÍDICA DOS TITULARES DOS DADOS

O *profiling* compreende sérios riscos e pode representar um verdadeiro “obstáculo ao pleno desenvolvimento da personalidade individual”, que resta cerceada em meio a “perfis historicamente determinados”.²⁶¹ Na perfilização, como bem afirma Anderson Schreiber, “toda a complexidade da pessoa humana, em sua singular individualidade, fica reduzida à inserção em uma ou outra ‘categoria’, como fruto da sua representação virtual a partir de dados coletados de modo autorizado ou não”.²⁶²

Além disso, como exposto em outros tópicos deste trabalho, tais perfis influenciam nas decisões tomadas por entidades públicas e privadas e, assim, influenciam diretamente na vida das pessoas. Na lição de Anderson Schreiber, “o destino da pessoa humana acaba decidido não com base na sua real personalidade, mas com base na representação virtual que é construída a partir de dados pessoais coletados de modo mais ou menos aleatório”.²⁶³

Diante de todos esses riscos que envolvem a prática do *profiling*, entende Laura Schertel Mendes que a utilização desta técnica “depende de uma base legal concreta, que preveja mecanismos adequados de proteção ao consumidor”²⁶⁴ – o que podemos ampliar para os indivíduos em geral. A autora indica que tais “instrumentos devem estabelecer a necessidade do prévio consentimento”, bem como a “possibilidade” de “efetivo controle a respeito do perfil, por meio, por exemplo, da correção e atualização constante de informações”.²⁶⁵

Na visão de Rodotà, as “linhas gerais de uma disciplina, que pode ser deduzida de leis e propostas, concretizam-se em regras que tendem a reforçar o enfoque funcional”.²⁶⁶ O autor entende que deve ser acentuada a “relação entre informações e finalidades para as quais foram coletadas”, menciona o estabelecimento de “limites e vínculos processuais (normalmente baseados no consentimento do interessado) à transmissão para terceiros das informações

²⁶¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 105.

²⁶² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 137-138.

²⁶³ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 138.

²⁶⁴ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111-112.

²⁶⁵ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 112.

²⁶⁶ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 84.

coletadas e ao seu tratamento sob a forma de perfis” e, ainda, aduz que devem ser “fixados termos máximos para a conservação de determinadas categorias de informações”.²⁶⁷

Neste sentido, defende-se que é necessário desmascarar o “caráter aparentemente técnico” das discussões sobre *profiling*²⁶⁸ e buscar a promoção da tutela jurídica dos dados pessoais utilizados nesta operação, “a fim de que o fluxo informacional não seja corrosivo à esfera relacional da pessoa humana e, por tabela, ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.²⁶⁹

Destarte, intentando o aprofundamento da relação entre o *profiling* e o Direito (o que, pelo exposto, é absolutamente necessário), o próximo tópico será dedicado à análise do tratamento conferido ao *profiling* no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia e na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil.

4.3 PROFILING NO REGULAMENTO EUROPEU DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Em maio de 2016, após anos de deliberações, foi editado o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, o qual entrou em vigor em 25 de maio de 2018, após dois anos de *vacatio legis*. Tal Regulamento, consoante seu art. 1º, estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.²⁷⁰ Suas normas são obrigatórias para todos os Estados-membros, que, contudo, ainda terão o direito de regulamentar algumas situações específicas de tratamento.²⁷¹

²⁶⁷ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 84.

²⁶⁸ ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. *In: ResearchGate*. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 5 abr. 2019.

²⁶⁹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 61.

²⁷⁰ Artigo 1º - Objeto e objetivos: 1. O presente regulamento estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. 2. O presente regulamento defende os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais. 3. A livre circulação de dados pessoais no interior da União não é restringida nem proibida por motivos relacionados com a proteção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento de dados pessoais. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], L 119/1, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁷¹ Considerando (10) A fim de assegurar um nível de proteção coerente e elevado das pessoas singulares e eliminar os obstáculos à circulação de dados pessoais na União, o nível de proteção dos direitos e liberdades das pessoas singulares relativamente ao tratamento desses dados deverá ser equivalente em todos os Estados-

O Regulamento (EU) 2016/679, também conhecido como *General Data Protection Regulation*, revoga a Diretiva 95/46/CE e representa uma modernização das regras de proteção de dados da União Europeia.²⁷² Apesar de manter alguns dos princípios e fundamentos da Diretiva,²⁷³ a GDPR é considerada mais abrangente em termos de direitos dos titulares de dados, de obrigações e penalidades impostas aos responsáveis pelo tratamento e de poderes às autoridades de proteção de dados.²⁷⁴

Cumprir destacar, ademais, que a GDPR possui amplo âmbito de aplicação. Consoante art. 3º, o Regulamento se aplica aos responsáveis pelo tratamento de dados situados na União Europeia ou aos que, mesmo não situados na União Europeia, ofereçam bens ou serviços ao mercado europeu ou monitorem o comportamento de pessoas que se encontrem na União

Membros. É conveniente assegurar em toda a União a aplicação coerente e homogénea das regras de defesa dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais. No que diz respeito ao tratamento de dados pessoais para cumprimento de uma obrigação jurídica, para o exercício de funções de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento, os Estados-Membros deverão poder manter ou aprovar disposições nacionais para especificar a aplicação das regras do presente regulamento. Em conjugação com a legislação geral e horizontal sobre proteção de dados que dá aplicação à Diretiva 95/46/CE, os Estados-Membros dispõem de várias leis setoriais em domínios que necessitam de disposições mais específicas. O presente regulamento também dá aos Estados-Membros margem de manobra para especificarem as suas regras, inclusive em matéria de tratamento de categorias especiais de dados pessoais («dados sensíveis»). Nessa medida, o presente regulamento não exclui o direito dos Estados-Membros que define as circunstâncias de situações específicas de tratamento, incluindo a determinação mais precisa das condições em que é lícito o tratamento de dados pessoais. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], L 119/1, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁷² KAMARINOU, Dimitra; SINGH, Jatinder. Machine Learning with Personal Data: Profiling, Decisions and the EU General Data Protection Regulation. In: **ML and the law**. [S. l.], [2016]. Disponível em: <http://www.mlandthelaw.org/papers/kamarinou.pdf>. Acesso em: 5 maio 2019.

²⁷³ MACHADO, Fernando Inglez de Souza. **Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade da informação**: profiling e risco de discriminação. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 89.

²⁷⁴ KAMARINOU, Dimitra; SINGH, Jatinder. Machine Learning with Personal Data: Profiling, Decisions and the EU General Data Protection Regulation. In: **ML and the law**. [S. l.], [2016]. Disponível em: <http://www.mlandthelaw.org/papers/kamarinou.pdf>. Acesso em: 5 maio 2019.

Europeia,²⁷⁵ independentemente de sua nacionalidade.²⁷⁶ Desse modo, a nova legislação europeia de proteção de dados pessoais impactará na atividade de tratamento de dados realizada por indivíduos e por empresas localizadas não apenas na União Europeia, mas também em outros países.²⁷⁷

Após essas breves considerações sobre a GDPR em seu aspecto mais geral, passa-se à análise do tratamento reservado ao *profiling* nessa legislação. Primeiro, cabe referir que a Diretiva 95/46/CE era silente em relação ao uso dos dados pessoais para fins de elaboração de perfis. Tal Diretiva deixava a definição e a regulamentação dessa prática para os Estados-membros. Diferentemente, a *General Data Protection Regulation* refere-se expressamente aos perfis em diversos dispositivos.²⁷⁸

A definição de *profiling* encontra-se no artigo 4º do Regulamento Geral de Proteção de Dados:

[...] ‘profiling’ means any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behaviour, location or movements.²⁷⁹

²⁷⁵ Artigo 3.º Âmbito de aplicação territorial: 1. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais efetuado no contexto das atividades de um estabelecimento de um responsável pelo tratamento ou de um subcontratante situado no território da União, independentemente de o tratamento ocorrer dentro ou fora da União. 2. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento relacionadas com: a) A oferta de bens ou serviços a esses titulares de dados na União, independentemente da exigência de os titulares dos dados procederem a um pagamento; b) O controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União. 3. O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais por um responsável pelo tratamento estabelecido não na União, mas num lugar em que se aplique o direito de um Estado-Membro por força do direito internacional público. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], L 119/1, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁷⁶ LEMOS, Ronaldo *et al.* GDPR: a nova legislação de proteção de dados pessoais da Europa. **JOTA**, São Paulo, 25 maio 2018. Dados Pessoais. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/gdpr-dados-pessoais-europa-25052018#sdfootnote12sym>. Acesso em: 5 maio 2019.

²⁷⁷ LEMOS, Ronaldo *et al.* GDPR: a nova legislação de proteção de dados pessoais da Europa. **JOTA**, São Paulo, 25 maio 2018. Dados Pessoais. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/gdpr-dados-pessoais-europa-25052018#sdfootnote12sym>. Acesso em: 5 maio 2019.

²⁷⁸ “While the DPD is silent on profiling, leaving its definition and regulation largely to the Member States, the GDPR expressly refers to profiling 23 times. In eight recitals (24, 60, 63, 70, 71, 72, 73, 91) and nine articles (4, 13, 14, 15, 21, 22, 35, 47, 70).” DÖHMANN, Indra Spiecker *et al.* Multi-Country - The Regulation of Commercial Profiling: A Comparative Analysis. **European Data Protection Law Review**, Lexxion, v. 2, n. 4, p. 535-554, 2016. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01522818/document>. Acesso em: 6 abr. 2019.

²⁷⁹ “«Definição de perfis», qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para

Desse conceito, podemos depreender que o *profiling* é uma forma de tratamento automatizado, realizado com base em dados pessoais, cujo objetivo é avaliar certos aspectos atinentes a uma pessoa natural.²⁸⁰ Além disso, insta referir que essa definição constante do art. 4º (4) refere-se a qualquer forma de elaboração de perfis, em vez de somente processamento automatizado (a que se refere o artigo 22º).²⁸¹

Nas “*Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*”, elaboradas pelo Grupo de Trabalho de Proteção de Dados do Artigo 29, consta que o perfil deve envolver alguma forma de processamento automatizado, embora o envolvimento humano não necessariamente tire a atividade da definição.²⁸²

Neste sentido, como bem observa Rafael Zanatta, “na lógica da GDPR, a perfilização anda lado a lado com as regras sobre decisões automatizadas”.²⁸³ O Regulamento prevê, em seu artigo 22(1), que “o titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar”. Como exemplos de possíveis decisões automatizadas, o considerado 71 traz “a recusa

analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações;” UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], L 119/1, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁸⁰ “*Profiling is composed of three elements: it has to be an automated form of processing; it has to be carried out on personal data; and the objective of the profiling must be to evaluate personal aspects about a natural person.*” DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679**. Brussels: [s. n.], 2017. Disponível em: https://protecao-dados.pt/wp-content/uploads/2017/12/Guidelines_WP251_on-Automated-individual-decision-making-and-Profiling.pdf. Acesso em: 7 maio 2019.

²⁸¹ “Article 4(4) refers to any form of profiling, rather than ‘solely’ automated processing (which is referred to in Article 22)”. DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679**. Brussels: [s. n.], 2017. Disponível em: https://protecao-dados.pt/wp-content/uploads/2017/12/Guidelines_WP251_on-Automated-individual-decision-making-and-Profiling.pdf. Acesso em: 7 maio 2019.

²⁸² “*Profiling has to involve some form of automated processing – although human involvement does not necessarily take the activity out of the definition.*” DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679**. Brussels: [s. n.], 2017. Disponível em: https://protecao-dados.pt/wp-content/uploads/2017/12/Guidelines_WP251_on-Automated-individual-decision-making-and-Profiling.pdf. Acesso em: 7 maio 2019.

²⁸³ ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. In: **ResearchGate**. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 5 abr. 2019.

automática de um pedido de crédito por via eletrônica ou prática de recrutamento eletrônico sem qualquer intervenção humana”.²⁸⁴

Cabe ressaltar, todavia, que essa regra geral de proibição de decisões automatizadas contempla exceções. Extrai-se do artigo 22º (3) que a proibição não se aplica se a decisão (i) “for necessária para a celebração ou a execução de um contrato”, ou (ii) “for baseada no consentimento explícito do titular dos dados”, ou (iii) for autorizada por um Estado-membro. Nos dois primeiros casos, impõe-se ao responsável pelo tratamento o dever de aplicar medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, conferindo pelo menos o direito de obter intervenção humana por parte do responsável, para expressar o seu ponto de vista e contestar a decisão.²⁸⁵

No Considerando 71, encontramos outras balizas impostas pela *General Data Protection Regulation* para o uso da técnica de *profiling*. Dispõe tal considerando que é dever do responsável pelo tratamento dos dados “utilizar procedimentos matemáticos e estatísticos adequados à definição de perfis” e “aplicar medidas técnicas e organizativas que garantam designadamente que os fatores que introduzem imprecisões nos dados pessoais são corrigidos e que o risco de erros é minimizado”.²⁸⁶

²⁸⁴ Considerando 71. “O titular dos dados deverá ter o direito de não ficar sujeito a uma decisão, que poderá incluir uma medida, que avalie aspetos pessoais que lhe digam respeito, que se baseie exclusivamente no tratamento automatizado e que produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou o afetem significativamente de modo similar, como a recusa automática de um pedido de crédito por via eletrônica ou práticas de recrutamento eletrônico sem qualquer intervenção humana. [...]” UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], L 119/1, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁸⁵ Artigo 22 (3). “Nos casos a que se referem o n.º 2, alíneas a) e c), o responsável pelo tratamento aplica medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão.” UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], L 119/1, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁸⁶ Considerando (71): A fim de assegurar um tratamento equitativo e transparente no que diz respeito ao titular dos dados, tendo em conta a especificidade das circunstâncias e do contexto em que os dados pessoais são tratados, o responsável pelo tratamento deverá utilizar procedimentos matemáticos e estatísticos adequados à definição de perfis, aplicar medidas técnicas e organizativas que garantam designadamente que os fatores que introduzem imprecisões nos dados pessoais são corrigidos e que o risco de erros é minimizado [...]. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], L 119/1, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 12 mar. 2019.

Além destes, o Considerando 71 dispõe acerca de outro importante dever do responsável pelo tratamento dos dados: o dever de proteção de dados pessoais. Assim, encontra-se previsto:

A fim de assegurar um tratamento equitativo e transparente no que diz respeito ao titular dos dados, tendo em conta a especificidade das circunstâncias e do contexto em que os dados pessoais são tratados, o responsável pelo tratamento deverá [...] proteger os dados pessoais de modo a que sejam tidos em conta os potenciais riscos para os interesses e direitos do titular dos dados e de forma a prevenir, por exemplo, efeitos discriminatórios contra pessoas singulares em razão da sua origem racial ou étnica, opinião política, religião ou convicções, filiação sindical, estado genético ou de saúde ou orientação sexual, ou a impedir que as medidas venham a ter tais efeitos.²⁸⁷

Aqueles que realizarem o tratamento dos dados pessoais com a finalidade de elaboração de perfis terão também o dever de observar os princípios gerais relativos ao processamento de dados (artigo 5º) e as disposições que regulam a legalidade do processamento de dados (artigo 6º).²⁸⁸ Vale dizer que a criação de perfis é permitida se o titular dos dados tiver consentido ou se o processamento de dados for necessário para uma das finalidades mencionadas no artigo 6º.²⁸⁹ Em relação às crianças, dispõe o Regulamento que estas não poderão ser objeto de criação de perfis nem de decisões automatizadas.

A GDPR estabelece ainda outros requisitos a serem observados pelos responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais. Dentre esses, os artigos 13º a 15º estabelecem o direito de informação e de acesso aos dados por parte de seu titular. O artigo 21º, por sua vez, institui o direito de oposição ao tratamento de dados, incluindo a definição de perfis.

O Regulamento prevê, outrossim, que deverá ser elaborada uma “avaliação de impacto sobre a proteção de dados” em caso de “avaliação sistemática e completa dos aspectos pessoais relacionados com as pessoas singulares, baseada no tratamento automatizado, incluindo a

²⁸⁷ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], L 119/1, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 12 mar. 2019. Grifo nosso.

²⁸⁸ “*Out side the scope of Article 22 GDPR, most other regulatory requirements regarding profiling are derived from general principles regarding data processing (Article 5) and provisions regulating the lawfulness of data processing (Article 6).*” DÖHMANN, Indra Spiecker *et al.* Multi-Country - The Regulation of Commercial Profiling: A Comparative Analysis. **European Data Protection Law Review**, Lexxion, v. 2, n. 4, p. 535-554, 2016. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01522818/document>. Acesso em: 6 abr. 2019.

²⁸⁹ “*Profiling is permitted if either the data subject has consented or the data processing is necessary for one of the named purposes in Article 6.*” DÖHMANN, Indra Spiecker *et al.* Multi-Country - The Regulation of Commercial Profiling: A Comparative Analysis. **European Data Protection Law Review**, Lexxion, v. 2, n. 4, p. 535-554, 2016. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01522818/document>. Acesso em: 6 abr. 2019.

definição de perfis” (artigo 35º, 3, alínea a).²⁹⁰ Se tal avaliação indicar que o tratamento resultaria num elevado risco para os direitos fundamentais das pessoas envolvidas, o responsável pelo tratamento além de consultar a autoridade de supervisão deverá estabelecer medidas para atenuar os riscos (artigo 36).²⁹¹

Cumprir referir que a *General Data Protection Regulation* confere às Autoridades de Proteção de Dados poderes mais fortes, como o de emitir sanções para aqueles que infringem os direitos dos titulares de dados. As multas podem chegar ao valor de 20 milhões de euros ou 4% do volume de negócios global, o que for mais elevado.²⁹²

Assim, dessa análise das disposições que regulam que a prática do *profiling* na *General Data Protection Regulation*, podemos chegar à conclusão de que ela disciplina de modo bastante amplo esta técnica de processamento de dados. A GDPR especifica as situações em que os dados poderão ou não ser utilizados para a definição de perfis, estabelece os deveres dos responsáveis pelo tratamento e os direitos do titular dos dados e, ainda, prevê sanções em casos de irregularidades. O Regulamento também tem o mérito de expressamente estabelecer que é dever do responsável pelo tratamento dos dados proteger os dados pessoais e evitar a criação de perfis discriminatórios.

4.4 PROFILING NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA

Em agosto de 2018, o Brasil aprovou a Lei nº 13.709/2018, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Tal lei, consoante seu artigo 1º, “dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa

²⁹⁰ UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], L 119/1, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 12 mar. 2019.

²⁹¹ “The GDPR provides for a new regulatory tool, the ‘data protection impact assessment’, Article 35 ff. Such an impact assessment is generally required where a ‘systematic and extensive evaluation of personal aspects relating to natural persons which is based on automated processing, including profiling’, is applied [Article 35(3)(a)]. If the assessment indicates that processing would carry a high risk for the fundamental rights of the data subject, the controller must establish measures to mitigate the risk and consult with the supervisory authority (Article 36).” DÖHMANN, Indra Spiecker *et al.* Multi-Country - The Regulation of Commercial Profiling: A Comparative Analysis. **European Data Protection Law Review**, Lexxion, v. 2, n. 4, p. 535-554, 2016. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01522818/document>. Acesso em: 6 abr. 2019.

²⁹² “The GDPR gives data protection authorities stronger powers, including the power to issue substantial penalties to those who infringe data subject rights; in certain cases up to the value of Euro 20M or 4% of global turnover, whichever is higher.” KAMARINOU, Dimitra; SINGH, Jatinder. Machine Learning with Personal Data: Profiling, Decisions and the EU General Data Protection Regulation. In: **ML and the law**. [S. l.], [2016]. Disponível em: <http://www.mlandthelaw.org/papers/kamarinou.pdf>. Acesso em: 5 maio 2019.

jurídica de direito público ou privado”.²⁹³ Inicialmente, foi previsto que a lei entraria em vigor em fevereiro de 2020, dezoito meses após sua publicação. Esse prazo, contudo, foi estendido por seis meses pela Medida Provisória nº 869/18, passando a LGPD a entrar em vigor apenas em agosto de 2020.²⁹⁴

Cumprir destacar que o tema da proteção dos dados pessoais e da privacidade já era tratado em muitas outras normas do ordenamento jurídico brasileiro,²⁹⁵ como no Código de Defesa do Consumidor e na Lei do Cadastro Positivo. Tais leis, contudo, apresentavam âmbito de aplicação restrito a determinados setores. A LGPD, por sua vez, inaugura um regime geral de proteção de dados pessoais,²⁹⁶ incluindo o Brasil no rol de países que regulamentam em um nível adequado a proteção à privacidade e o uso de dados pessoais.²⁹⁷

A Lei Brasileira de Proteção de Dados sofreu influência do Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais.²⁹⁸ Neste sentido, podem ser identificados pontos em comum entre as duas legislações. A título exemplificativo, podemos indicar que ambas conferem extensa qualificação ao consentimento do titular dos dados²⁹⁹ e estabelecem vários outros direitos aos titulares dos dados, como o direito de informação, o direito de acesso aos dados e o direito à

²⁹³ “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.” BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 20 maio 2019.

²⁹⁴ MACIEL, Rafael. **Manual prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: Atualizado com a Medida Provisória nº 869/18. Goiânia: RM Digital, 2019. *E-book*.

²⁹⁵ *The LGPD creates a new legal framework for the use of personal data in Brazil, both online and offline, in the private and public sectors. It is important to note that the country already has more than 40 legal norms at the federal level that directly and indirectly deal with the protection of privacy and personal data in a sector-based system.* MONTEIRO, Renato Leite. The new Brazilian General Data Protection Law: a detailed analysis. In: **International Association of Privacy Professionals**. Portsmouth, 15 ago. 2018. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/the-new-brazilian-general-data-protection-law-a-detailed-analysis/> Acesso em: 15 maio 2019.

²⁹⁶ MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 27, n. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018.

²⁹⁷ “By having a General Data Protection Law, Brazil enters the roll of more than 120 countries that today may be considered to have an adequate level of protection of privacy and the use of personal data.” MONTEIRO, Renato Leite. The new Brazilian General Data Protection Law: a detailed analysis. In: **International Association of Privacy Professionals**. Portsmouth, 15 ago. 2018. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/the-new-brazilian-general-data-protection-law-a-detailed-analysis/> Acesso em: 15 maio 2019.

²⁹⁸ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais**: Comentários à Lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

²⁹⁹ “Furthermore, both regulations are concerned not only with an extensive qualification of consent, but also empowering data subjects with meaningful control and choice regarding their personal information.” BIONI, Bruno; GOMES, Maria Cecília Oliveira; MONTEIRO, Renato Leite. GDPR matchup: Brazil’s General Data Protection Law. In: **International Association of Privacy Professionals**. Portsmouth, 4 out. 2018. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/gdpr-matchup-brazils-general-data-protection-law/>. Acesso em: 16 maio 2019.

portabilidade dos dados. Ademais, as leis dispõem de maneira semelhante acerca da responsabilidade dos agentes, da indicação do encarregado pelo tratamento dos dados e da previsão de parâmetro de segurança para o tratamento, guarda e manuseio dos dados.³⁰⁰

A despeito disso, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira e a *General Data Protection Regulation* diferem em muitos aspectos. Inicialmente, destaca-se que a LGPD possui técnica normativa diferente da GDPR.³⁰¹ Esta última trata de maneira mais detalhada sobre certos assuntos e ainda conta com um vasto número de considerandos, que servem como diretrizes para interpretação do texto legal.³⁰² Outrossim, as leis diferem, por exemplo, em relação às sanções impostas em caso de desobediência às normas.³⁰³

No que concerne ao objeto de estudo deste trabalho, o *profiling*, observa-se que as disposições do texto europeu não foram integralmente reproduzidas no texto brasileiro.³⁰⁴ A lei brasileira de proteção de dados, de acordo com Rafael Zanatta, “é menos restritiva com relação à perfilização do ponto de vista de (i) ausência de um conceito jurídico expresso e (ii) ausência de uma norma geral proibitiva ao *profiling*, como ocorre na União Europeia”.³⁰⁵

Ademais, no artigo 22 da GDPR, encontra-se estabelecido o direito do titular dos dados de não se submeter à decisão exclusivamente automática, incluindo o *profiling*. A LGPD, por outro lado, não predispõe esse direito ao titular dos dados. A legislação brasileira “dispõe que,

³⁰⁰ MACHADO, José Mauro Decossau; SANTOS, Matheus Chucrí dos; PARANHOS, Mario Cosac Oliveira. LGPD e GDPR: uma análise comparativa entre as legislações. In: **Pinheiro Neto advogados**. São Paulo, 13 set. 2018. Disponível em: www.pinheironeto.com.br/Pages/publicacoes-detalhes.aspx?nID=1362. Acesso: 16 maio 2019.

³⁰¹ “*First of all, it is important to highlight that LGPD has a different normative technique when compared to the GDPR.*” BIONI, Bruno; GOMES, Maria Cecília Oliveira; MONTEIRO, Renato Leite. GDPR matchup: Brazil's General Data Protection Law. In: **International Association of Privacy Professionals**. Portsmouth, 4 out. 2018. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/gdpr-matchup-brazils-general-data-protection-law/>. Acesso em: 16 maio 2019.

³⁰² “*The Brazilian law is less prescriptive and has no recitals as guidelines to interpret the legal text.*” BIONI, Bruno; GOMES, Maria Cecília Oliveira; MONTEIRO, Renato Leite. GDPR matchup: Brazil's General Data Protection Law. In: **International Association of Privacy Professionals**. Portsmouth, 4 out. 2018. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/gdpr-matchup-brazils-general-data-protection-law/>. Acesso em: 16 maio 2019.

³⁰³ A LGPD estabelece multas que variam entre o que for maior: € 20 milhões ou 4% do volume global de negócios anual da infratora. Por outro lado, a LGPD prevê desde advertência, publicização da infração, eliminação de dados até multas que podem chegar a 2% do faturamento total.

³⁰⁴ ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. In: **ResearchGate**. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 5 abr. 2019.

³⁰⁵ ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. In: **ResearchGate**. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 5 abr. 2019.

se a perfilização acontecer, o titular dos dados pessoais passa a dispor de um conjunto de direitos”.³⁰⁶

Após essa exposição de algumas semelhanças e diferenças entre a LGPD e a GDPR, passemos à análise do tratamento reservado ao *profiling* apenas na legislação brasileira de proteção de dados pessoais. Inicia-se registrando que a Lei nº 13.709/2018 “não trouxe consigo um conceito jurídico de perfilização”.³⁰⁷ No artigo 5º da lei, que traz a definição de muitos conceitos importantes, como “dados pessoais”, “anonimização” e “consentimento”, não encontramos o conceito específico de perfilização.³⁰⁸

Nada obstante, segundo Rafael Zanatta, “a LGPD permite a inferência de um certo conceito interpretativo de perfilização enquanto processo automatizado de tratamento de dados que objetiva a análise e predição de comportamentos pessoais, profissionais, de consumo e de crédito”.³⁰⁹

Ao longo de seu texto, a lei refere-se ao tratamento do uso dos dados para “formação do perfil comportamental” (art. 12, §3º) e às decisões automatizadas, “incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade” (art. 20, *caput*).³¹⁰ Assim, é possível afirmar que a ausência do conceito específico de perfilização na lei “não impede um trabalho dogmático de limitação dos contornos conceituais da perfilização”.³¹¹

³⁰⁶ ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. In: **ResearchGate**. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 5 abr. 2019.

³⁰⁷ ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. In: **ResearchGate**. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 5 abr. 2019.

³⁰⁸ ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. In: **ResearchGate**. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 5 abr. 2019.

³⁰⁹ ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. In: **ResearchGate**. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 5 abr. 2019.

³¹⁰ ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. In: **ResearchGate**. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 5 abr. 2019.

³¹¹ ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. In: **ResearchGate**. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 5 abr. 2019.

Em relação aos dados tutelados, a LGPD adotou o critério expansionista, “pelo qual dado pessoal equivale a uma informação que, direta ou indiretamente, identifica um sujeito”.³¹² Isso quer dizer que “dados que inicialmente não identificam uma pessoa, ao serem conjugados ou enriquecidos, se puderem identificar uma pessoa, serão considerados pessoais”.³¹³ Nesse sentido, a Lei nº 13.709/2018 dispõe em seu art. 12, §2º, que mesmo dados anonimizados poderão ser considerados dados pessoais se, quando “utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural”, permitirem a identificação desta.³¹⁴

Interpretando tal dispositivo da lei brasileira, Bruno Bioni, conclui que “o foco não está no dado, mas no seu uso – para a formação de perfis comportamentais – e sua consequente repercussão na esfera do indivíduo”.³¹⁵ Para o autor, o foco está “nas consequências que tal atividade de tratamento de dados pode ter sobre um sujeito”. Assim, Bruno Bioni propõe uma interpretação sistemática do art. 12, §2º, da LGPD:

[...], as expressões “determinada pessoa” e “identificada”, constantes do referido dispositivo da LGPD, devem ser compreendidas com relação aos desdobramentos que o tratamento de dados pode ter sobre um indivíduo, ao contrário de significá-los com os olhos voltados para a base de dados em si, especificamente se o perfil comportamental pode ser ou não atribuído a uma pessoa em específico.³¹⁶

Outro dispositivo que se relaciona com a temática do *profiling* é o artigo 20 da LGPD. Tal artigo estabelece o direito do titular dos dados “a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses”, incluídas as decisões que tenham por escopo a perfilização.³¹⁷ Para Ana Frazão, “o

³¹² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 73.

³¹³ OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de. Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais E Seus Impactos No Ordenamento Jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 998, p. 241-261, dez. 2018.

³¹⁴ “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. § 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.” BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 20 maio 2019.

³¹⁵ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 79.

³¹⁶ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 79-80.

³¹⁷ “Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (Redação dada pela Medida Provisória nº 869, de 2018) § 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a

art. 20 da LGPD pretende criar uma espécie de devido processo legal para proteger os cidadãos contra a ‘tirania’ dos julgamentos automatizados”.³¹⁸

Nessa perspectiva, segundo Ana Frazão, teria sido “criado um verdadeiro bloco de direitos”, que abrangeria, por exemplo, “o direito de acesso e informação a respeito dos critérios e procedimentos utilizados para a decisão automatizada”, o “direito de oposição à decisão automatizada e de manifestar o seu ponto de vista” e “o direito de obtenção da revisão da decisão automatizada por uma pessoa natural”, dentre outros.³¹⁹

Para a autora, “tais direitos decorrem não apenas da autodeterminação informacional do cidadão e do controle que a lei lhe atribui sobre os seus dados pessoais, como também de importantes princípios da LGPD”, como o princípio do livre acesso, o princípio da qualidade e clareza dos dados e o princípio da transparência.³²⁰

No entendimento de Ana Frazão, a legislação brasileira não define, de forma clara e objetiva, “(i) o que vem a ser uma decisão totalmente automatizada, (ii) que tipos de decisão automatizada afetam a esfera jurídica dos titulares de dados e (iii) qual é o grau de transparência e explicação que será exigível em situações assim”. Desse modo, pairam “dificuldades

decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial. § 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.” BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 20 maio 2019.

³¹⁸ FRAZÃO, Ana. A nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Principais repercussões para a atividade empresarial: o direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas. [S. l.], 5 dez. 2018. (Parte XV). In: FRAZÃO, Ana. **Ana Frazão**. Disponível em: www.anafraza.com.br/files/publicacoes/2018-12-06-A_nova_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais_Principais_repercussoes_para_a_atividade_empresarial_o_direito_a_explicacao_e_a_oposicao_diante_de_decisoes_totalmente_automatizadas_Parte_XV.pdf. Acesso em: 22 maio 2019.

³¹⁹ FRAZÃO, Ana. A nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Principais repercussões para a atividade empresarial: o direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas. [S. l.], 5 dez. 2018. (Parte XV). In: FRAZÃO, Ana. **Ana Frazão**. Disponível em: www.anafraza.com.br/files/publicacoes/2018-12-06-A_nova_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais_Principais_repercussoes_para_a_atividade_empresarial_o_direito_a_explicacao_e_a_oposicao_diante_de_decisoes_totalmente_automatizadas_Parte_XV.pdf. Acesso em: 22 maio 2019.

³²⁰ FRAZÃO, Ana. A nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Principais repercussões para a atividade empresarial: o direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas. [S. l.], 5 dez. 2018. (Parte XV). In: FRAZÃO, Ana. **Ana Frazão**. Disponível em: www.anafraza.com.br/files/publicacoes/2018-12-06-A_nova_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais_Principais_repercussoes_para_a_atividade_empresarial_o_direito_a_explicacao_e_a_oposicao_diante_de_decisoes_totalmente_automatizadas_Parte_XV.pdf. Acesso em: 22 maio 2019.

interpretativas em torno desses direitos”.³²¹ Para a autora, contudo, “a interpretação sistemática dos referidos direitos diante de outras soluções previstas pela LGPD” “pode oferecer cenário mais promissor a respeito da sua eficácia”.³²²

Sobre o direito à explicação em decisões automatizadas de perfilização na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, aduz Renato Leite Monteiro que:

[...] a LGPD garante aos indivíduos o direito de ter acesso a informações sobre os tipos de dados pessoais seus são utilizados para alimentar algoritmos responsáveis por decisões automatizadas. Caso o processo automatizado tenha por finalidade formar perfis comportamentais ou se valha de um perfil comportamental para tomar uma decisão subsequente, essa previsão também incluirá o acesso aos dados anonimizados utilizados para enriquecer tais perfis. Esse direito inclui ainda a possibilidade de conhecer os critérios utilizados para tomar a decisão automatizada e de solicitar a revisão da decisão por um ser humano quando esta afeta os interesses dos titulares. Pela lei, os direitos à explicação e à revisão de decisões automatizadas podem ser usufruídos em qualquer tipo de tratamento de dados pessoais, independentemente do setor ou do mercado.³²³

Como um fechamento deste tópico, cabe trazer o entendimento de Rafael A. F. Zanatta sobre as obrigações impostas aos responsáveis pelo tratamento dos dados no contexto da perfilização. Defende o autor que “a ação de ‘encaixar uma pessoa’, a partir de seus dados pessoais e anonimizados, em um perfil social e inferir algo sobre ela implica em obrigações de três naturezas”.³²⁴

Na lição do autor, a primeira seria “informacional”, “relacionada à obrigação de dar ciência da existência do perfil e garantir a sua máxima transparência”. A segunda seria

³²¹ FRAZÃO, Ana. A nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Principais repercussões para a atividade empresarial: o direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas. [S. l.], 13 dez. 2018. (Parte XVI). In: FRAZÃO, Ana. **Ana Frazão**. Disponível em: www.anafrazao.com.br/files/publicacoes/2018-12-13-A_nova_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais_Principais_repercussoes_para_a_atividade_empresarial_controversias_em_torno_do_direito_a_explicacao_e_a_oposicao_diante_de_decisoes_totalmente_automatizadas_Parte_XVI.pdf. Acesso em: 22 maio 2019.

³²² FRAZÃO, Ana. A nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Principais repercussões para a atividade empresarial: o direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas. [S. l.], 20 dez. 2018. (Parte XVII). In: FRAZÃO, Ana. **Ana Frazão**. Disponível em: www.anafrazao.com.br/files/publicacoes/2018-12-22-A_nova_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais_Principais_repercussoes_para_a_atividade_empresarial_perspectivas_a_respeito_da_eficacia_do_direito_a_explicacao_e_a_oposicao_diante_de_decisoes_totalment_e_automatizadas_Parte_XVII.pdf. Acesso em: 22 maio 2019.

³²³ MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais? **Instituto Igarapé**, Rio de Janeiro, Artigo Estratégico n. 39, p. 1-23, dez. 2018. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protacao-de-Dados-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2019. p. 11.

³²⁴ ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. In: **ResearchGate**. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 5 abr. 2019.

“antidiscriminatória”, impondo ao responsável pelo tratamento a “obrigação de não utilizar parâmetros de raça, gênero e orientação religiosa como determinantes na construção do perfil”. A terceira, e última, seria “dialógica”, “relacionada à obrigação de se engajar em um ‘processo dialógico’ com as pessoas afetadas, garantindo a explicação de como a perfilização funciona, sua importância para determinados fins e de como decisões são tomadas.”³²⁵

Da análise das disposições atinentes à construção de perfis presentes na Lei Geral de Proteção de Dados, pode-se concluir que a aplicação da lei conta com alguns desafios. Isso porque, como visto, a lei não oferece propriamente um conceito de perfilização e regula a matéria em poucos artigos. Ademais, como exposto neste tópico, a lei não conta com considerandos que poderiam auxiliar na sua interpretação e, ainda, apresenta-se de maneira mais sucinta do que a GDPR.

Nada obstante, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira representa um grande avanço no tratamento da matéria da proteção de dados no Brasil e traz disposições importantes relativas ao *profiling*, como a possibilidade de se considerar dados anonimizados como dados pessoais e a previsão de um direito à solicitação de revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais.

³²⁵ ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. In: **ResearchGate**. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 5 abr. 2019.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente monografia, objetivou-se analisar, à luz da disciplina da proteção de dados pessoais, a técnica de processamento de dados conhecida como *profiling*. O estudo, embasado precipuamente na doutrina existente a respeito do tema, foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo tratou da disciplina da proteção de dados pessoais. Inicialmente, abordou-se a evolução do conceito de privacidade, sendo expostas desde as primeiras formulações jurídicas até o despontar da dimensão da proteção de dados pessoais. Neste ponto, demonstrou-se que o intenso desenvolvimento tecnológico ocorrido nas últimas décadas permitiu a coleta e o tratamento cada vez mais amplos de dados pessoais, levando à necessidade de tutela dos titulares dos dados.

Destarte, na sequência, foi apresentado o desenvolvimento da disciplina da proteção de dados, mediante a exposição de gerações de leis sobre esta matéria. Ademais, foram expostos os principais princípios que a orientam, como o princípio da publicidade, o princípio da finalidade, o princípio da qualidade, o princípio do livre acesso e o princípio da segurança física e lógica.

Após, buscou-se verificar a possibilidade de enquadramento do direito à proteção de dados pessoais na categoria de direitos fundamentais no direito europeu e no direito brasileiro. Concluiu-se que, no sistema europeu, que já tem tradição na matéria, a tutela dos dados pessoais se trata de um direito fundamental, sendo tal enquadramento expressamente previsto em diversos diplomas legais.

Em relação ao direito brasileiro, verificou-se que não há disposição legal estabelecendo o *status* de direito fundamental ao direito à proteção de dados pessoais. Nada obstante, consoante entendimento doutrinário, pode-se inferir a existência de um direito fundamental à proteção de dados pessoais a partir de uma interpretação sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, abrangendo o art. 5º, X, a garantia do habeas corpus e o princípio fundamental da dignidade humana.

Analisado o plano constitucional, o último tópico do primeiro capítulo tratou da regulação da proteção de dados pessoais no plano infraconstitucional do Direito brasileiro. Demonstrou-se que, apesar de somente em 2018 ter sido elaborada a Lei Geral de Proteção de Dados, a matéria já era tratada em diversos dispositivos de leis setoriais.

Dentre as leis que tratam da matéria em nosso ordenamento jurídico, podemos indicar: a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), a

Lei. nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo), a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Além dessas, entrará em vigor em 2020 a Lei Geral de Proteção de Dados, que inaugura um regime geral de tratamento desta disciplina em nosso país e que também é analisada neste trabalho.

No segundo capítulo deste trabalho, desenvolveu-se o estudo do *profiling*. Como exposto ao longo deste trabalho, tal técnica de processamento de dados consiste na elaboração de perfis de indivíduos ou de grupos a partir dos dados pessoais destes. Além da apresentação do conceito de *profiling*, foi explicado o seu funcionamento, que geralmente envolve a mineração de dados e o uso de algoritmos.

Demonstrou-se que a prática da perfilização pode ter aplicação em diversas áreas da sociedade. Contudo, analisou-se de maneira mais aprofundada a criação de perfis para fins de *credit scoring* e de publicidade direcionada. No tocante ao *credit scoring*, que se trata de uma metodologia de cálculo do risco de crédito, em que se atribui uma nota ao consumidor, com base no risco de inadimplemento que apresenta, a partir das informações que se tem sobre ele, foi analisada a decisão do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.419.697-RS) que reconheceu a licitude dessa prática comercial, porquanto autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei nº 12.414/2011.

No que tange ao uso dos dados pessoais para fins de direcionamento de publicidade, verificou-se que essa prática apresenta tanto pontos positivos, quanto pontos negativos. Dentre os pontos positivos, podemos indicar que essa modalidade de publicidade (direcionada) permite, por exemplo, que os consumidores recebam ofertas e informações sobre bens e serviços em que estão realmente interessados e que as empresas evitem o desperdício de dinheiro com a publicidade de produtos em que os consumidores não estão interessados.

Como pontos negativos do uso dos dados pessoais para construção de perfis para direcionamento de publicidade, indicamos, por exemplo, a falta de transparência na coleta dos dados pessoais, a limitação do rol de escolhas das pessoas, a uniformização de padrões de comportamento e até a discriminação de determinados consumidores.

Após a exposição dos possíveis usos do *profiling*, o último tópico do segundo capítulo aborda aspectos positivos desta técnica. Afirma-se que os perfis permitem uma melhor percepção dos interesses das pessoas permitindo que lhes seja entregue aquilo que realmente necessitam, permitem a gestão de recursos por parte das empresas e permitem a maior eficiência das ações públicas e privadas, que passam a estar em maior sintonia com as demandas sociais.

No terceiro capítulo desta monografia, analisa-se o *profiling* à luz da proteção de dados pessoais. Primeiro, são abordados os sérios riscos envolvidos na perfilização para o titular dos

dados. Explica-se que o *profiling* é uma prática essencialmente discriminatória e que pode representar um obstáculo ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos. Baseado nisso, defende-se que a temática do *profiling* seja cada vez mais discutida no Direito.

Assim, o terceiro capítulo encerra-se com a análise do tratamento dispensado ao *profiling* no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia e na Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira. Demonstra-se que essas legislações regulam de maneira semelhante alguns pontos, mas de maneira diversa outros.

Em relação aos limites impostos à técnica de *profiling*, podemos indicar, por exemplo, que as duas legislações exigem o consentimento do titular dos dados (apesar de preverem situações em que este consentimento pode ser dispensado), tratam das decisões exclusivamente automatizadas e estabelecem importantes direitos ao titular dos dados, bem como deveres aos responsáveis pelo tratamento dos dados.

Ao final desta monografia, conclui-se que o estudo da proteção de dados pessoais assume cada vez mais importância no contexto da nossa sociedade, porquanto diversos os riscos que podem advir do tratamento dos dados. Dentre as técnicas de processamento de dados, escolheu-se analisar neste trabalho o *profiling* e demonstrou-se que essa técnica pode impactar significativamente na vida dos titulares dos dados, razão pela qual se faz premente o estudo dos aspectos jurídicos dessa. Neste sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira talvez não tenha regulado a matéria com a extensão que seria necessária, mas representa um passo importante no tratamento da perfilização no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALBERS, Marion. A complexidade da Proteção de Dados. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 10, n. 35, p. 19-45, jul./dez. 2016.

ARAÚJO, Elaine Aparecida. **Risco de crédito**: desenvolvimento de modelo Credit Scoring para a gestão da inadimplência de uma instituição de microcrédito. [S. l.]: Ipea Caixa, 2006. Disponível em:

www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa2006_Profissional_021ugar_tema03.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais**: A Função e os Limites do Consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

BIONI, Bruno; GOMES, Maria Cecília Oliveira; MONTEIRO, Renato Leite. GDPR matchup: Brazil's General Data Protection Law. *In: International Association of Privacy Professionals*. Portsmouth, 4 out. 2018. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/gdpr-matchup-brazils-general-data-protection-law/>. Acesso em: 16 maio 2019.

BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protacao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Governo Federal. LAI: A Lei de Acesso à Informação. *In: BRASIL. Governo Federal. Acesso à Informação*. Brasília, DF: [2012]. Disponível em: www.acessoainformacao.gov.br/assuntos/conheca-seu-direito/a-lei-de-acesso-a-informacao. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm. Acesso em: 3 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 20 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.419.697/RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 12 de novembro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39037908&num_registro=201303862850&data=20141117&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 20 abr. 2019.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 15. n. 107, p. 823-848, out. 2013/jan. 2014.

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, [s. l.], C 364/1, 18 dez. 2000. Disponível em: www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019.

CLARKE, Roger. Profiling: A hidden challenge to the regulation of data surveillance. **Journal of Law & Information Science**, [s. l.], v. 4, p. 403, 1993. Disponível em: <https://www.austlii.edu.au/au/journals/JILawInfoSci/1993/26.html>. Acesso em: 5 abr. 2019.

CREDIT scoring: entenda como funciona. *In*: **ALGAR Tech Blog**. [S. l.], c2019. Disponível em: <https://algartech.com/pt/blog/credit-scoring-entenda-como-funciona/>. Acesso em: 20 abr. 2019.

DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679**. Brussels: [s. n.], 2017. Disponível em: https://protecao-dados.pt/wp-content/uploads/2017/12/Guidelines_WP251_on-Automated-individual-decision-making-and-Profiling.pdf. Acesso em: 7 maio 2019.

DECLARAÇÃO de Santa Cruz de la Sierra. *In*: CUMBRE IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO E DE GOBIERNO, 13., 2003, Santa Cruz de la Sierra. **Anais** [...]. Santa Cruz de la Sierra: [s. n.], 2003. Disponível em: <https://www.segib.org/wp-content/uploads/DECLARASAO-STA-CRUZ-SIERRA.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

DIRETIVA 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, [s. l.], L281, p. 31-50, 23 nov. 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=pt>. Acesso em: 12 mar. 2019.

DÖHMANN, Indra Spiecker *et al.* Multi-Country - The Regulation of Commercial Profiling: A Comparative Analysis. **European Data Protection Law Review**, Lexxion, v. 2, n. 4, p. 535-554, 2016. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01522818/document>. Acesso em: 6 abr. 2019.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 2, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/277241112_A_protecao_dos_dados_pessoais_como_um_direito_fundamental. Acesso em: 17 mar. 2019.

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

ELMER, G. **Profiling machines**: mapping the personal information economy. Cambridge: The MIT Press, 2004.

FRAZÃO, Ana. A nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Principais repercussões para a atividade empresarial: o direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas. [S. l.], 5 dez. 2018. (Parte XV). In: FRAZÃO, Ana. **Ana Frazão**. Disponível em: www.anafraza.com.br/files/publicacoes/2018-12-06-A_nova_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais_Principais_repercussoes_para_a_atividade_empresarial_o_direito_a_explicacao_e_a_oposicao_diante_de_decisoes_totalmente_automatizadas_Parte_XV.pdf. Acesso em: 22 maio 2019.

FRAZÃO, Ana. A nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Principais repercussões para a atividade empresarial: o direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas. [S. l.], 13 dez. 2018. (Parte XVI). In: FRAZÃO, Ana. **Ana Frazão**. Disponível em: www.anafraza.com.br/files/publicacoes/2018-12-13-A_nova_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais_Principais_repercussoes_para_a_atividade_empresarial_controversias_em_torno_do_direito_a_explicacao_e_a_oposicao_diante_de_decisoes_totalmente_automatizadas_Parte_XVI.pdf. Acesso em: 22 maio 2019.

FRAZÃO, Ana. A nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Principais repercussões para a atividade empresarial: o direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas. [S. l.], 20 dez. 2018. (Parte XVII). In: FRAZÃO, Ana. **Ana Frazão**. Disponível em: www.anafraza.com.br/files/publicacoes/2018-12-22-A_nova_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais_Principais_repercussoes_para_a_atividade_empresarial_perspectivas_a_respeito_da_eficacia_do_direito_a_explicacao_e_a_oposicao_o_diante_de_decisoes_totalmente_automatizadas_Parte_XVII.pdf. Acesso em: 22 maio 2019.

HILDEBRANDT, Mireille. Defining profiling: a new type of knowledge? In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (ed.). **Profiling the European citizen**. Springer: Dordrecht, 2008.

KAMARINOU, Dimitra; SINGH, Jatinder. Machine Learning with Personal Data: Profiling, Decisions and the EU General Data Protection Regulation. In: **ML and the law**. [S. l.], [2016]. Disponível em: <http://www.mlandthelaw.org/papers/kamarinou.pdf>. Acesso em: 5 maio 2019.

LEMOS, Ronaldo *et al.* GDPR: a nova legislação de proteção de dados pessoais da Europa. **JOTA**, São Paulo, 25 maio 2018. Dados Pessoais. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/gdpr-dados-pessoais-europa-25052018#sdfootnote12sym>. Acesso em: 5 maio 2019.

LUPION, Ricardo. O Caso Do Sistema “Credit Scoring” Do Cadastro Positivo. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 42. n. 137, p. 431-449, mar. 2015. Disponível em: repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11569/2/O_caso_do_Sistema_Credit_Scoring_do_Cadastro_Positivo.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

MACHADO, Fernando Inglês de Souza. **Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade da informação**: profiling e risco de discriminação. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

MACHADO, José Mauro Decossau; SANTOS, Matheus Chucri dos; PARANHOS, Mario Cosac Oliveira. LGPD e GDPR: uma análise comparativa entre as legislações. *In: Pinheiro Neto advogados*. São Paulo, 13 set. 2018. Disponível em: www.pinheironeto.com.br/Pages/publicacoes-detalhes.aspx?nID=1362. Acesso: 16 maio 2019.

MACIEL, Rafael. **Manual prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Atualizado com a Medida Provisória nº 869/18**. Goiânia: RM Digital, 2019. *E-book*.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 79, p. 45-82, jul./set. 2011.

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

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da Proteção de Dados no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 27, n. 120, p. 555-587, nov./dez. 2018.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 27, n. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018.

MENKE, Fabiano. A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão. *In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. Direito, Inovação e Tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015. (Série Direito, Inovação e Tecnologia, v. 1). *E-book*.

MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais? **Instituto Igarapé**, Rio de Janeiro, Artigo Estratégico n. 39, p. 1-23, dez. 2018. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protacao-de-Dados-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2019.

MONTEIRO, Renato Leite. The new Brazilian General Data Protection Law: a detailed analysis. *In: International Association of Privacy Professionals*. Portsmouth, 15 ago. 2018. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/the-new-brazilian-general-data-protection-law-a-detailed-analysis/> Acesso em: 15 maio 2019.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva; LEONARDOS, Gabriela. Privacidade Informacional: origens e fundamentos no direito norte-americano. *In: PublicaDireito*. [S. l.], 2011. Disponível em: publicadireito.com.br/artigos/?cod=34f9a343f945196b. Acesso em: 12 fev. 2019.

OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de. Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais E Seus Impactos No Ordenamento Jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 998, p. 241-261, dez. 2018.

ONLINE Profiling: a report to congress. *In: Federal Trade Commision*. [S. l.], Jun. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/online-profiling-federal-trade-commission-report-congress-part-2/onlineprofilingreportjune2000.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018 LGPD**. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

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

RODOTÀ, Stefano. Palestra Professor Stefano Rodotà. *In: Rio Prefeitura*. Rio de Janeiro, 20 mar. 2003. Disponível em: www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/GlobalizacaoeoDireito.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019.

RUARO, Regina Linden. O direito fundamental à proteção de dados pessoais do consumidor e livre mercado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 27, n. 118, p. 195-219, jul./ago. 2018.

RUARO, Regina Linden; MACHADO, Fernando Inglez de Souza. Cenários de regulação da proteção de dados pessoais e os desafios de uma tutela efetiva no ordenamento jurídico brasileiro: a internet e suas implicações na privacidade e na proteção de dados pessoais. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 19, n. 103, p. 197-216, maio/jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. *E-book*.

SAUAIA, Hugo Moreira Lima. **A proteção dos dados pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. *E-book*.

SCHERMER, Bart W. The limits of privacy in automated profiling and data mining. **Computer Law & Security Review**, [s. l.], v. 27, n. 1, p. 45-52, Feb. 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOLOVE, Daniel J. **The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age**. New York: University Press, 2004.

UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. **Conselho da Europa**, Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 10 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Convenção para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal: **Conselho da Europa**, Estrasburgo, 28 jan. 1981. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, [s. l.], L 119/1, 4 maio 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 12 mar. 2019.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. 2007. Dissertação

(Mestrado em Direito, Estado e Sociedade) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2007. Disponível em: repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007_TatianaMaltaVieira.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 4, n. 5, Dec. 1890. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1321160>. Acesso em: 25 fev. 2019.

ZANATTA, Rafael A. F.; DONEDA, Danilo. O que há de novo no debate “credit score” no Brasil? **JOTA**, São Paulo, 9 fev. 2017. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/agenda-da-privacidade-e-da-protecao-de-dados/o-que-ha-de-novo-no-debate-credit-score-no-brasil-09022017>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ZANATTA, Rafael. A. F. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. *In: ResearchGate*. [S. l.], fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 5 abr. 2019.