

**SUPRACONTRATUALIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS
PESSOAIS: A CARACTERIZAÇÃO DE REDES CONTRATUAIS
NO ECOSSISTEMA DOS CONTRATOS DE CONSUMO COM USO
DE MECANISMOS DE PERFILIZAÇÃO**

SUPRACONTRACTUALITY AND PROTECTION OF PERSONAL DATA: THE
CHARACTERIZATION OF CONTRACTUAL NETWORKS IN THE ECOSYSTEM
OF CONSUMER CONTRACTS USING PROFILE MECHANISMS

Fernanda Shimomura Zuffa¹

Pedro Alberto Alves Maciel Filho²

Tarcisio Teixeira³

RESUMO: A perfilização aplicada aos contratos de consumo gera um ecossistema contratual, composto pelo próprio instrumento contratual e pelos termos de uso, enquanto um contrato de adesão o qual é utilizado para obtenção dos dados dos titulares de dados pessoais, a fim de compor o banco de dados de perfis de consumo. Portanto, o objetivo do presente trabalho é identificar se tal ecossistema da perfilização trata-se de uma rede contratual. Nesse sentido, questiona-se: há de se falar que o ecossistema de contratos de consumo orientados por perfilização, cujos dados foram coletados a partir de contratos de termos de uso, são redes contratuais? Tem-se como hipótese que o contrato pautado em perfilização são redes contratuais, pois se utilizam de dados que foram coletados a partir dos termos de uso, que influencia diretamente o contrato de consumo. Deste modo, faz-se possível observar a supracontratualidade, de forma que os contratos individuais de termos de uso exerçam influência diretamente em outro contrato individual, a saber o contrato de consumo, sendo que ambos possuem um objetivo em comum, caracterizando

¹ Mestranda em Direito Negocial, Especialista em Direito Civil e Processo Civil e Bacharela em Direito, todos pela UEL. Advogada. E-mail: fernandaszuffa@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9077178803357470>.

² Mestrando em Direito Negocial pela UEL, Especialista em Direito Digital e Proteção de Dados pela Escola Brasileira de Direito. Bacharel em Direito pela PUC Paraná. E-mail: pedromaciel.adv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6436134468405961>.

³ Doutor e mestre em Direito pela USP. Professor de Direito na graduação e *stricto sensu* da UEL. Advogado especialista em proteção de Dados. Diretor Executivo na Privacidade Garantida. E-mail: tarcisio@privacidadegarantida.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4974808438124961>.

a rede contratual. Ao que tange à metodologia será utilizado o método lógico dedutivo a partir da revisão bibliográfica, buscando conceitos técnicos tanto da tecnologia quanto do Direito. Como resultado, a pesquisa demonstrou que o ecossistema contratual tem como objetivo em comum a criação de um contrato de consumo que mitigue os riscos para os fornecedores. Tal objetivo socioeconômico marcado por um nexos econômico, sistemático e funcional caracteriza as redes contratuais.

Palavras-chave: contrato de consumo; perfil de consumo; perfilização; redes contratuais; supracontratualidade.

ABSTRACT: The profiling applied to consumer contracts generates a contractual ecosystem, composed of the contractual instrument itself and the terms of use, while an adhesion contract which is used to obtain data from the holders of personal data, in order to compose the database consumption profiles. Therefore, the objective of this work is to identify whether such profiling ecosystem is a contractual network. In this sense, it is questioned: is it necessary to say that the ecosystem of consumer contracts guided by profiling, whose data were collected from contracts of terms of use, are contractual networks? It is hypothesized that contracts based on profiling are contractual networks, as they use data collected from the terms of use, which directly influences the consumer contract. In this way, it is possible to observe the supracontractuality, so that the individual contracts of terms of use directly influence another individual contract, namely the consumer contract, and both have a common objective, characterizing the contractual network. Regarding the methodology, the logical deductive method will be used from the bibliographical review, seeking technical concepts of both technology and law. As a result, the research demonstrated that the contractual ecosystem has the common objective of creating a consumer contract that mitigates risks for suppliers. Such a socioeconomic objective marked by an economic, systematic and functional nexus characterizes contractual networks.

Keywords: consumer contract; consumption profile; profiling; contractual networks; supracontractuality.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico e a utilização de computadores e Internet de forma doméstica é o que caracteriza a sociedade contemporânea, possibilitando uma grande facilidade de acesso e disseminação de informações disponíveis por meio rede mundial de computadores, concebendo-se a chamada Sociedade da Informação, também marcada pela coleta massiva de dados pessoais.

Em tal sociedade as relações jurídicas ocorrem em uma velocidade cada vez mais acelerada e de uma forma cada vez mais dinâmica, este é o caso dos contratos de consumo que passam a ser realizados em sua grande parte por meio de um contrato de adesão e tendo como norte ferramentas que mitigam os riscos aos fornecedores, como é o caso da perfilização, que traça o perfil de consumo de clientes de forma a classificá-lo e predizer comportamentos. Neste ecossistema, prepondera dois contratos, a saber o próprio contrato de consumo e o contrato de termos de uso no qual trata a coleta de dados que compõem o banco de dados utilizados para a criação de perfis.

Considerando o fenômeno da supracontratualidade, questiona-se: há de se falar que o ecossistema de contratos de consumo orientados por perfilização, cujos dados foram coletados a partir de contratos de termos de uso, são redes contratuais?

Tem-se como hipótese que sim, pois o contrato pautado em técnicas de análise de dados (perfilização) se utiliza de dados para ditar os parâmetros do contrato de consumo, que foram coletados a partir de um outro contrato que o consumidor sequer participou (contrato de termos de uso). Deste modo, faz-se possível observar a supracontratualidade, de forma que os termos de uso (que são contratos individuais) exerçam influência diretamente no contrato de consumo (que também são contratos individuais), ou seja, embora sejam contratos distintos (em partes e objetos) ambos fazem parte de uma rede contratual.

No tocante a metodologia, será utilizado o método lógico dedutivo a partir da revisão bibliográfica, buscando conceitos técnicos tanto da tecnologia quanto do Direito.

Inicialmente, o presente artigo irá investigar o contrato na sociedade da informação, iniciando pela caracterização do contrato de consumo (que compõem a rede contratual), posteriormente, pelo conceito de redes contratuais, que se trata da hipótese da pesquisa.

Em seguida, será analisado o uso de dados pessoais como mecanismo de análise comportamental de consumidores, por meio da investigação da privacidade e proteção de dados e do contrato de termos de uso (que também compõe a rede contratual), cujo aproveitamento de seu objeto, utilizado para alimentar bancos de dados, que por sua vez

dão origem a perfis de consumidores.

Por derradeiro, será investigado a liberdade contratual e o princípio da relatividade dos contratos de forma a compreender o fenômeno da supracontratualidade, haja vista que as redes contratuais trata-se de uma supracontratualidade, isto pois, os efeitos do contrato ultrapassam as partes que os celebraram.

2 CONTRATO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Manuel Castells compara a tecnologia da informação com o motor à vapor, a eletricidade, os combustíveis fósseis e à energia nuclear, estabelecendo-a como o centro de uma nova revolução, tão intrínseca ao próprio homem que está anulando a própria descontinuidade havida entre os seres humanos e as máquinas, alterando o modo pelo qual se nasce, vive, aprende, trabalha, produz, consome, sonha, luta e morre (1999, p. 68-69).

Os avanços tecnológicos, o advento da internet e a sua popularização veio a causar a mencionada aproximação dos homens com as máquinas, propiciando o surgimento da chamada Sociedade da Informação, reconhecida pelo grande número de informação disponível e também pela duplicidade de seu fluxo, que passa a poder ser gerada e transmitida por aqueles que anteriormente eram somente os seus receptores (MAGRANI, 2014, p.115).

Ou seja, anteriormente os leitores de revistas e jornais, por exemplo, eram sujeitos passivos diante da gama de informações que recebiam, vindo a comentar o que leram com uma dezena de pessoas que vinham a encontrar. Já na era digital, os indivíduos tornaram-se leitores, produtores de conteúdo, comentaristas e seus próprios editores, diante da possibilidade de postagem e ampla disseminação de conteúdo que a internet permite.

A aderência da sociedade à uma vida em rede, o que foi bruscamente agravada pela pandemia do Covid-19, enfatiza ainda mais o apontado por Stefano Rodotà: “nós somos as nossas informações” (2008, p.7), já que a partir da coleta de uma infinidade de dados, advindas do fato de que interações sociais, compras, trabalho, estudo e lazer são

realizados de forma *online*; possibilita-se que estas informações colhidas venham a definir e classificar os indivíduos.

Do ponto de vista contratual tal vida em rede afeta o modo pelo qual as pessoas estabelecem relações contratuais, de forma que a sociedade contemporânea é marcada pelo intenso uso de contratos consumeristas, que em sua grande parte são contratos de adesão, no qual o consumidor sequer participa da formação do negócio jurídico, ficando adstrito somente a aceitar ou não os termos pré-definidos.

2.1 Contrato de consumo

Consoante dados da Neotrust (2021), o comércio eletrônico brasileiro em 2021 registrou um aumento no faturamento de 27 % em relação ao ano anterior, aumento este que ocasionou no montante de R\$ 161 bilhões de reais.

O comércio eletrônico (conhecido como e-commerce) representa o futuro do comércio pois “existem milhares de oportunidades de negócios espalhadas pela rede, e é muito provável que uma pesquisa de preços na internet lhe trará não só o menor preço, como o melhor produto” (TEIXEIRA, 2022, p. 47).

Ainda segundo o autor, embora haja um gargalo representado pelo “analfabetismo digital” o crescimento do número de pessoas na internet é espantoso, de forma que as novas gerações sejam cada vez mais adeptas à internet (TEIXEIRA, 2022, p. 48).

Em síntese, pode-se entender o e-commerce como um “[...] conjunto de compras e vendas de mercadorias e de prestação de serviços por meio eletrônico, isto é, as negociações são celebradas por meio da internet ou outro recurso da tecnologia da informação.” (TEIXEIRA, 2022, p. 49).

Esclarece-se que tais negociações celebradas via e-commerce tratam-se de contratos de consumo, identificadas em razão de uma relação jurídica qualificada: a saber a relação de consumo estabelecida.

A respeito da relação contratual de consumo, esta se trata de um “[...] divisor de águas entre o direito contratual comum (civil e o comercial) e o direito contratual do

consumidor.” (LÔBO, 1992, p.128). Em regra, para se identificar uma relação contratual de consumo, faz-se necessário identificar as partes envolvidas em tal relação, conhecida como consumidor e fornecedor (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 249).

O conceito de consumidor está disposto no art. 2º do Código de Consumidor (CDC), como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. (BRASIL, 1990, n.p.).

Todavia, em casos práticos não se trata de uma tarefa simples identificar o consumidor, por esta razão a doutrina consumerista traz algumas teorias para que seja identificado o consumidor, a saber a teoria finalista e a teoria maximalista, a teoria do finalismo aprofundado (THEODORO JUNIOR, 2020, p. /5).

Humberto Theodoro Junior (2020, p.8) esclarece que no Brasil (no Superior Tribunal de Justiça) vem prevalecendo a teoria do finalismo aprofundado, sendo uma teoria que abranda a teoria finalista “[...]para acrescer à noção de destinatário final econômico a ideia de hipossuficiência”.

Tal teoria traz uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, em razão da relação jurídica (do ponto de vista do consumidor) vivenciar uma espécie de desequilíbrio em relação ao fornecedor. (THEODORO JUNIOR, 2020, p./// 9).

Em síntese, Humberto Theodoro Junior (2020, p. 7) esclarece que “devem estar presentes, destarte, dois elementos para a caracterização do consumidor: (i) a destinação fática e econômica do bem adquirido; e, (ii) a vulnerabilidade do adquirente.”

Já o conceito de fornecedor é trazido pelo art. 3º do CDC, sendo fornecedor:

[...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990, n.p).

Deste modo, o critério para figurar o polo como fornecedor é desenvolver atividades que são tipicamente desenvolvidas por profissionais “[...]como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa

habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos” (THEODORO JUNIOR, 2020, p.16).

Identificada a relação contratual, é mister a compreensão de que não há (a rigor) contratos diferentes para relações de consumo. O que ocorre é que os contratos de consumo são funcionalmente diferenciados, isto pois, ao contrário da relação contratual comum (onde supõe uma relação entre juridicamente iguais), a relação contratual de consumo “[...] é juridicamente desigual porque faz emergir o efetivo poder contratual das partes (LÔBO, 1992, p.129).

Por esta razão, a relação jurídica de consumo necessita de tutela jurisdicional que delimita o poder contratual dominante do fornecedor, ou seja, em razão da natureza de poder contratual dominante do fornecedor (presumida pela lei) ocorre uma limitação no contrato de consumo visando o equilíbrio entre as partes (LÔBO, 1992, p. 132).

2.2 Redes contratuais

As chamadas redes contratuais tratam a respeito do fenômeno da interligação de contratos, que ocorre por meio da dependência econômica entre tais contratos que são formados por partes distintas ou até mesmo que tenham como objetivo respaldar o cumprimento de obrigações advindas de outro contrato da rede (FERRER; ITO, 2019, p. 139).

Ricardo Luis Lorenzetti (1999, p. 30) traz uma metáfora para explicar a rede contratual, de forma que se uma empresa vende a um distribuidor estaríamos diante de uma relação de venda. Porém, se é criado uma rede de distribuidores que atuam de forma coordenada (em mesmo interesse), embora haja um contrato individual para cada fornecedor, há uma relação de coordenação entre eles ocorrendo uma atuação conjunta, mesmo sem a presença de um contrato que os una.

Desta forma, a rede contratual é um mecanismo que pressupõe contratos interligados por umnexo econômico, sistemático e funcional, pois embora os contratos não sejam interligados juridicamente (vínculo contratual), acabam sendo usados para

alcançar um objetivo final em comum. Portanto, a rede contratual se assemelha a uma cadeia de produção, que conta com várias pessoas trabalhando em conjunto na fabricação (com contratos individuais) com o objetivo final de entregar um produto a um consumidor. Ou seja, embora não haja um contrato que una os participantes da cadeia de produção ao resultado final (produto), todos têm o mesmo objetivo final (LORENZETTI, 1999, p. 40).

Nesse sentido, as redes contratuais representam um avanço a teoria contratual clássica, onde “[...] somente era possível reconhecer as coligações contratuais quando existente uma determinação legal expressa ou cláusula expressa”. (FERRER; ITO, 2019, p.197). De forma que, por meio das redes seja possível vislumbrar um vínculo que extrapola a disposição legal ou contratual.

Destarte, Ferrer e Ito (2019, p.197) esclarecem:

A teoria das redes contratuais tem como objetivo a garantia da proteção, pois zela pelos efeitos de cada um dos contratos (contratos individuais), bem como suas decorrências próprias à rede, formando assim um sistema. O objetivo supra-contratual dessas redes vai além do âmbito formal do contrato individual, buscando assim os deveres oriundos da boa-fé objetiva. O contratante “X” não somente terá a obrigação de cooperar com o co-contratante “Y”, mas expandirá o dever de resguardado aos demais integrantes da rede de contratos, sob a ótica da diretriz da eticidade.

No caso em análise no presente estudo evidencia-se a existência de uma rede contratual no ecossistema da perfilização (que é utilizada para a criação de contratos de consumo com menos risco às empresas), haja vista que há a presença de dois contratos individuais (contrato de consumo e contrato de termos de uso) que embora não tenham vínculo jurídico entre si (por ocorrem pessoas diferentes), são unidos pelo mesmo objetivo econômico, sistêmico e funcional, portanto, evidenciando que fazem parte de uma rede contratual.

3 USO DE DADOS PESSOAIS COMO MECANISMO DE ANÁLISE COMPORTAMENTAL DE CONSUMIDORES

A utilização massiva da internet para diversas atividades como lazer, trabalho, compras e pesquisa, possibilita uma copiosa coleta de dados pessoais, que eram armazenados, tratados e comercializados de maneira livre entre aqueles que os coletavam, gerando uma grande preocupação relativa à privacidade dos usuários. Desta forma, nos últimos anos diversos países passaram a regulamentar essas relações a partir da promulgação da lei de proteção de dados pessoais.

3.1 Privacidade e proteção de dados pessoais

A dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, é considerado como tudo aquilo que é necessário para a sua realização como um fim, protegendo-se a sua própria condição como ser humana, sendo mutável de acordo com o espaço e o tempo, pois o que é essencial varia de acordo com a cultura, o momento histórico e as concepções de vida de cada um (SCHREIBER, 2013, p. 8).

Considerando-se a exarar perspectiva da sociedade pós-moderna, o direito à privacidade conforme o trazido por Warren e Brandeis como *the right to be let alone* (MENDES, 2014, p. 42) e consagrado na Declaração dos Direitos Humanos da ONU como o direito de não ser sujeitado a interferências na vida privada, na família, no lar e na correspondência - art. 12 (NAÇÕES UNIDAS, 1948, n.p.); passa a não ser suficiente para a garantia da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, percebe-se uma movimentação em relação ao próprio conceito de privacidade, a partir da edição de legislações estrangeiras sobre proteção de dados pessoais, como a Lei de Dados da Suécia de 1973, a Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha de 1974 e a Diretiva Europeia 95/46/CE (MENDES, 2014, p. 46-47), que veio a ser atualizada em 2016 e resultando na implementação da *General Data Protection Regulation* da União Europeia, que entrou em vigor em 2018.

Dada a importância da GDPR e a expansão de suas perspectivas sobre privacidade e proteção de dados mundo afora, o Brasil veio a promulgar a Lei nº 13.709/2018, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Além disso, a proteção de

dados pessoais inclusive nos meios digitais foi reconhecida como direito fundamental, passando a integrar o rol do artigo 5º da Constituição Federal a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 115/2022 (BRASIL, 2022, n.p).

Conforme conceitua a própria Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, dado pessoal é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I), podendo se tratar de informação que a identifica diretamente, como o seu nome ou número de documento, ou indiretamente, como a data de nascimento, seu endereço, entre outros (TEIXEIRA, 2020, p. 134), sendo permitido o seu tratamento (coleta, classificação, acesso, transferência, entre outros) conforme o rol taxativo estabelecido pela elucidada legislação:

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

- I – mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II – para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III – pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
- IV – para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- V – quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- VII – para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- VIII – para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;
- IX – quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou
- X – para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente (BRASIL, 2018, n.p.).

Pode-se afirmar que por se tratar de uma espécie de tratamento de dados, o compartilhamento de dados também somente poderá ocorrer mediante as hipóteses acima elencadas.

Além disso, no Capítulo VII da mencionada legislação, é estabelecido deveres aos agentes de tratamento para a garantia da segurança e sigilo dos dados pessoais, lhes sendo imposto sanções em caso de descumprimento, quais sejam: advertência com prazo para realização de correções; multa simples ou diária de 2% (dois por cento) no faturamento, limitada a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração, quando se tratar de pessoa jurídica de direito privado; tornar pública a infração cometida; bloquear os dados pessoais referentes à infração até que haja a sua regularização ou eliminá-los; suspensão parcial do funcionamento do banco de dados ou do exercício das atividades relacionadas ao tratamento de dados, por período máximo de 6 (seis) meses prorrogável por igual período; e, proibição parcial ou total do exercício de atividades vinculadas ao tratamento de dados - art. 52 e incisos I a XII, LGPD (BRASIL, 2018, n.p.).

As sanções poderão ser impostas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal vinculada à Presidência da República, também criada pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

3.2 Termos de uso

Os termos de uso também podem ser chamados de Condições Gerais de Uso e configuram uma espécie de contrato de adesão em que os usuários concordam com as regras referentes à navegação, acesso, utilização do conteúdo do site, e, principalmente, a maneira como ocorrerá a coleta e o tratamento de seus dados pessoais (TEIXEIRA, 2020, p. 332), conforme o art. 7º, VI do Marco Civil da internet, que constitui o acesso à este tipo de informação como direito do usuário (BRASIL, 2014, n.p.), estabelecendo e regulamentando a relação jurídica entre o usuário final e o provedor de serviços online.

Além disso, a relação criada deve ser regida pelos termos do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o usuário final é considerado consumidor, assim definido no artigo 2º como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990, n.p.), enquanto o provedor de serviços online é tido como fornecedor de serviços nos termos do artigo 3º (BRASIL, 1990, n.p.).

Nota-se que o §2º do mencionado artigo 3º define o serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (BRASIL, 1990, n.p.), o que não afasta a consideração do provedor de serviços como fornecedor, mesmo que não seja constatada a existência de uma remuneração direta, já que muitos serviços são oferecidos de maneira “gratuita”.

Tal entendimento já fora firmado pelo STJ que em julgamento de ação envolvendo a Google Brasil Internet Ltda. decidiu que o fato do serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação consumerista existente com o usuário final, interpretando o art. 3º, §2º do CDC de forma ampla e incluindo como remuneração, o ganho indireto havido pelo fornecedor (BRASIL, 2012, n.p.).

Diante disso, pode-se afirmar que o consentimento, uma das bases legais autorizadas do tratamento de dados pessoais (art. 7º, I, LGPD), é fornecido através do aceite do usuário aos termos de uso, que devem ser apresentados anteriormente à prestação de seus serviços online.

O consentimento é definido no art. 5º, XII da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade informada” (BRASIL, 2018, n.p.). Assim, apesar de inexistir na legislação demais exigências para a sua colheita, muito se discute se a mera concordância aos termos, mediante o clique em “aceito” é suficiente para se considerar a manifestação de vontade do usuário.

Isso porque a grande maioria dos usuários simplesmente aceita os termos de uso dispensando qualquer raso conhecimento sobre as cláusulas, havendo uma preocupação nesse sentido na legislação sobre proteção de dados pessoais da União Europeia, conhecida como *General Data Protection Regulation* (GDPR) que estabelece em seu Considerando nº 32, condições para concessão do consentimento, que deve ser fornecido de maneira expressa, vedando-se a utilização de caixas de seleção pré-marcadas e exigindo o consentimento para cada um dos propósitos de tratamento de dados quando da existência de múltiplas finalidades (COMISSÃO EUROPEIA, 2016, n.p.).

Ademais, percebe-se que muitas vezes os termos de uso são redigidos para dificultar a leitura, pela sua extensão e pela utilização de termos técnicos e incompreensíveis ao homem médio, facilitando que o usuário venha a aceitar circunstâncias abusivas, tais como, o amplo compartilhamento de seus dados, como bem aponta a doutrina:

Hoje a maior parte dos termos de uso destes serviços deixa muito claro que, por mais que a pessoa deixe de ser usuária, o que ela compartilhou por ali fica lá e na galáxia da internet para sempre, e que cabe apenas a ela a responsabilidade de refletir antes sobre qual legado de conteúdo quer deixar a seu respeito [...] (PINHEIRO, 2021, p. 163-164).

Os termos de uso são contratos de adesão havidos entre consumidores titulares de dados e fornecedores provedores de internet, de modo que mesmo sujeitos às respectivas legislações, se mostra como instrumento utilizado para a minimização de responsabilidade pelos responsáveis pelo tratamento de dados a partir de autorização inadvertida concedida pelos próprios usuários, possibilitando a criação e alimentando grandes bancos de dados minerados por algoritmos de Inteligência Artificial que encontram correlações e constroem perfis, inclusive de consumidores, o que tem o condão de determinar os rumos de suas relações.

3.3 Perfilização

A prática de consultar informações sobre os consumidores em banco de dados mantidos por fornecedores não é nenhuma novidade. Em 1955 surgiu o Serviço de Proteção ao Crédito Brasil (SPC), atualmente denominado de Serasa Experian, a partir de uma iniciativa de empresários que se reuniram para trocar informações sobre o inadimplimento de seus clientes (CNDL, 2015, p. 1-2).

A possibilidade de se consultar banco de dados de maus pagadores teve importante papel na ampliação do crédito ao consumidor, uma vez que ao reduzir o risco dos fornecedores, permite o oferecimento de taxas de juros mais baixas no mercado e simplificação das operações e proporcionando benefícios aos consumidores, em especial

àqueles cuja renda não era suficiente para adquirir bens e serviços de maneira a vista, principalmente no que diz respeito a bens de elevado valor, como imóveis e veículos.

Porém, o advento da já mencionada Sociedade da Informação e a disponibilidade de centenas de milhares de dados pessoais de cada indivíduo colhidos mediante a aceitação de termos de uso de todos os tipos de plataformas de serviços digitais, possibilitando a criação de *Big Data*.

Segundo Eduardo Magrani, *Big Data* é “[...] um termo em evolução que descreve qualquer quantidade volumosa de dados estruturados, semiestruturados ou não estruturados que têm o potencial de ser explorados para obter informações” (2018, p. 22). A sua exploração é realizada através de mineração de dados realizados por algoritmos que trabalham para encontrar correlações e padrões, estabelecendo regras com a finalidade de classificar pessoas ou objetos (MENDES, 2014, p. 109-110).

As mencionadas técnicas são utilizadas por fornecedores de produtos e serviços para a construção de perfis de consumidores a partir do tratamento de uma grande quantidade de “[...] dados sobre uma pessoa, com a finalidade de se obter uma imagem detalhada e confiável, visando, geralmente, à previsibilidade de padrões de comportamento de gostos, hábitos de consumo e preferências do consumidor” (MENDES, 2014, p. 111).

Diante disso, pode-se afirmar que se está diante de mecanismos de predição de comportamentos, classificando consumidores em determinados perfis e prevendo suas ações com base nas atitudes passadas de outros usuários que se encontram neste mesmo perfil, de acordo com as suas características, gênero, idade, geolocalização, padrões de compra, *cookies*, círculo de amigos, entre outros dados pessoais.

E, como já mencionado, todo o tratamento é realizado a partir do tratamento de uma quantidade imensa de dados por mecanismos auto suficientes, sendo impossível delimitar a qualidade dos dados pessoais utilizados ou ainda, se estão sendo empregados de modo discriminatório.

Vários escândalos envolvendo a averiguação de perfis discriminatórios já foram expostos na mídia mundial, como o caso denunciado pelo jornal britânico *The Sun*,

que denunciou que algumas seguradoras de veículos ofereciam prêmios de maneira distinta a proponentes com características idênticas (carro, idade, cidade, renda, entre outros), com exceção dos seus nomes, um se chamava John Smith e teve seu prêmio precificado no valor de 1.333 libras esterlinas⁴, enquanto o outro se chamava Mohammed Ali e recebeu a oferta de 2.252⁵ libras esterlinas (JUNQUEIRA, 2020, p. 261).

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é silente quanto à prática de perfilamento. Já a GDPR a define no Considerando nº 71 como uma forma de processamento automatizado de dados utilizados para avaliar os aspectos pessoais relacionados a uma pessoa natural, para analisar ou prever aspectos a seu respeito, vindo a produzir efeitos legais, consolidando o direito do titular de dados de solicitar intervenção humana ou ainda, preferir não ser submetido a esse tipo de técnica, com exceção dos casos autorizados pela lei (por exemplo: investigação e prevenção de fraudes e evasão fiscal) ou quando houver concedido consentimento expresso (UNIÃO EUROPEIA, 2016, n.p.).

Como aponta Stefano Rodotà, estas práticas apresentam elevados riscos não só em relação às práticas de consumo, mas aos direitos da personalidade como um todo, a saber:

Estamos diante da possibilidade de um controle social cada vez mais amplo e difuso, exercido pelos centros de poder públicos e privados. Este controle, em relação aos indivíduos, pode assentar obstáculos reais ao livre desenvolvimento da personalidade individual, imobilizando em torno de perfis historicamente determinados. E, em seu perfil sócio-político, ao privilegiar os comportamentos “conformes”, o controle pode tornar mais difícil a produção de novas identidades coletivas, reduzindo assim a capacidade total de inovação dentro do sistema. Em ambos os casos, o preço pago em termos de democracia é tudo menos irrelevante (2008, p. 83).

⁴ Na data de 13 de março de 2023, o mencionado valor corresponde a R\$ 8.496,00 (oito mil, quatrocentos e noventa e seis reais). UOL. Câmbio – libra esterlina. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/cotacoes/cambio/libra-esterlina-reino-unido/>. Acesso em: 13 mar. 2023.

⁵ Na data de 13 de março de 2023, o mencionado valor corresponde a R\$ 14.354,68 (quatorze mil, trezentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e oito centavos). Disponível em: <https://economia.uol.com.br/cotacoes/cambio/libra-esterlina-reino-unido/>. Acesso em: 13 mar. 2023.

Pode-se afirmar que as práticas de perfilamento, utilizadas com o condão de abrir ou fechar as portas dos consumidores para o acesso a bens e serviços, definindo também as condições dos negócios a serem firmados, a partir do descobrimento de padrões de comportamento de consumidores com outros consumidores similares é prática de extremamente temerária, implicando em grandes riscos aos direitos dos consumidores e titulares de dados pessoais.

4 LIBERDADE CONTRATUAL E O PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS

Consoante a Silva (2018) o princípio da relatividade diz respeito aos contratos (em regra) produzirem efeitos apenas para os seus participantes (partes), de forma que terceiros não sejam afetados pelo contrato.

Deste modo, Francisco Amaral (2003, p.19) esclarece que os contratos surgem da liberdade jurídica “[...] que reconhece no indivíduo o poder de produzir efeitos no campo do direito.” Sendo este o poder que garante ao indivíduo sua atuação com eficácia jurídica.

Isto posto, a liberdade jurídica pode ser conceituada como:

[...] um conjunto de garantias que protegem a pessoa na sua atividade privada e social. A Constituição delimita o campo dessa liberdade, definindo o âmbito material que compete ao Estado e o que compete ao indivíduo como pessoa e como cidadão (AMARAL, 2003, p.19).

Nesse sentido, desde que a liberdade jurídica seja exercida nos moldes do ordenamento, faz-se possível falar na obrigatoriedade dos contratantes em cumprir o contrato, ou seja, que acordos de vontades das partes devem ser plenamente cumpridos. A ideia por trás de tal obrigatoriedade é o princípio do *pacta sunt servanda*, a respeito de tal princípio a doutrina esclarece que:

1. O princípio *pacta sunt servanda* foi elaborado pelos juristas medievais a partir do princípio romano *pacta conventa servanda* de que temos conhecimento a partir de um texto de ULPIANO. Segundo este princípio, o pretor assegurava a proteção dos pactos feitos sem dolo e sem ofensa à lei. 2.

Este princípio foi pensado para os pactos e posteriormente estendido aos contratos. A sua extensão aos contratos resultou da aproximação dos pactos aos contratos com o reconhecimento da vontade das partes como elemento essencial dos negócios jurídicos (JUSTO, 2021, p. 11).

Tendo em vista o princípio anterior, tem-se que os efeitos do contrato por obrigarem as partes contratantes deveriam ser restritos somente às partes. Tal ideia trata-se do princípio da relatividade dos contratos, que denota que os efeitos dos contratos devem afetar somente as partes, não prejudicando nem beneficiando terceiros. (KONDER, 2019).

Todavia, na contemporaneidade caminha-se para uma relativização do princípio da relatividade, pois:

transformações históricas fizeram com que princípios mais inspirados no valor da solidariedade social – como a boa-fé, a função social do contrato e o equilíbrio contratual – ganhassem espaços que eram até então objeto de incidência dos princípios ditos liberais, entre os quais se destaca a relatividade dos efeitos do contrato. Isso fez com que a vedação a que os efeitos do contrato atingissem terceiros fosse cada vez mais relativizada. (KONDER, 2019, p.15).

Nesse sentido Nelson de Paula Konder (2019, p. 86-87) destaca que já é possível ver indícios dessa relativização em determinados casos, como exemplo, a oponibilidade do contrato, que admite que certos efeitos contratuais atinjam terceiros, criando um dever negativo de respeito ao contrato. Tal posicionamento inclusive já foi consolidado no STJ com a Súmula 308.

Além disso, Nelson de Paula Konder (2019, p. 96) também destaca a ampliação do conceito de parte, “[...] de modo a abranger não somente aqueles que manifestaram vontade no momento da celebração do contrato.” Deste modo, de acordo com o supramencionado autor (2019, p. 96) foram duas as causas para tal ampliação, a saber o conceito de parte que foi ampliado em razão da evolução do próprio conceito, que possibilitou “[...] a admissão de que sujeitos se tornem partes após a celebração dos contratos, como ocorre nos contratos associativos”. Outra causa foi a “[...]admissão de partes por força de lei, ou seja, independentemente de manifestação de vontade.” (KONDER, 2019, p.96).

Todavia, mesmo nas teorias referentes às relativizações do princípio da relatividade não se faz possível abarcar a ideia das redes contratuais, vez que estas são fundadas em um nexó econômico sistêmico e funcional. Isto posto, o fenômeno que melhor compreende tal situação trata-se da supracontratualidade, que será investigada a seguir.

4.1 Supracontratualidade

Antes de adentrar na supracontratualidade, cabe compreender a ideia da função econômico-social do contrato. Segundo Judith Martins-Costa (2005, p. 58) tal conceito se iniciou nos pensamentos de Emilio Betti, considerando a causa econômico-social de um modo abstrato. Em seguida, tal acepção evoluiu alcançando a ideia de “causa concreta”.

Destarte, Judith Martins-Costa (2005, p. 58) leciona:

[...] a causa (como função econômico-social concreta, do particular negócio examinado) é útil instrumento para discernir entre a razão justificativa do ato, a função econômica do negócio e o intento prático das partes que muitas vezes não deve ser buscada no contrato, mas tem natureza sistêmica, supracontratual.

Isto posto, o princípio da liberdade contratual gera reflexos além dos limites do conteúdo contratual, refletindo inclusive na definição do tipo contratual. Deste modo, os contratos de rede são atingidos pois tais reflexos. (MARTINS-COSTA, 2005). Ou seja, tais reflexos servem “[...] para auxiliar a qualificação desses negócios complexos pelo relevo que dá à sua funcionalidade econômico-social, ajudando, assim, a perceber a sua unidade finalista.”

Portanto, compreender a função socioeconômica é indispensável para identificar as redes contratuais, vez que:

A noção de “função econômica” tem, assim, privilegiada atuação nos contratos atípicos (atipicidade de causa-função) e nos reunidos por conexão finalista, como os “grupos de contratos” e os “contratos combinados” e as “redes contratuais”. (MARTINS-COSTA, 2005, p.58).

Isto posto, após a análise do fenômeno da supracontratualidade torna-se ainda mais evidente a caracterização de uma rede contratual no ecossistema da perfilização composta (em regra) de dois contratos individuais (contrato de consumo e contrato de termos de uso) conectados por meio de suas funções socioeconômicas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da investigação a hipótese se mostrou verdadeira, haja vista que há a presença de um contrato de consumo cujos parâmetros são definidos a partir da perfilização do consumidor, que por sua vez, são construídos por dados obtidos por outro contrato, denominado de contrato de termos de uso. Isto posto, gera-se um ecossistema contratual, no qual tem-se como objetivo em comum a criação de um contrato de consumo que mitigue os riscos para os fornecedores.

Tal ecossistema, ao longo da investigação mostrou-se que pode ser caracterizado como uma rede contratual, vez que há um interesse socioeconômico entre os contratos, a saber: um nexu econômico, sistemático e funcional. Ou seja, muito embora os contratos (de consumo e de termos de uso) sejam individuais e contenham partes e objetos distintos, os contratos se interagem à medida que o contrato de consumo contém parâmetros ditados pelos dados obtidos pelo contrato de termos de uso, idealizado tendo em vista a sua utilização para o contrato de consumo, haja vista que a obtenção dos dados pessoais deve ser consentida (em regra) consoante a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Deste modo, respondendo ao questionamento inicial, há de se falar que o ecossistema da perfilização de contratos de consumo são redes contratuais, isto pois, a investigação evidencia a coordenação socioeconômica entre os contratos.

Ademais, a investigação também demonstrou que além do problema da caracterização da rede contratual que possui um grande potencial de desequilíbrio aos contratos de consumo, no campo da proteção de dados o Brasil não possui critérios referentes a perfilização na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, todavia, tal realidade não ocorre na União Europeia, no caso do *General Data Protection Regulation*,

isto pois, tal legislação prevê o direito do titular de dados a não se sujeitar a mencionada técnica (perfilização), como por exemplo, nos casos de recusa automática de crédito.

Portanto, a legislação da União Europeia prevê limites à perfilização, de modo prestigiar a proteção do ser humano tendo como objetivo o equilíbrio contratual, que na sociedade da informação acaba sendo mitigado em razão da velocidade das relações.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 fev. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 9 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm. Acesso em 8 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 8 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que decidiu que o fato de serviço prestado por provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo existente com o usuário final**. Recurso Especial nº 1.316.921 – RJ (2011/0907909-6). Google Brasil Internet Ltda. e Maria da Graça Xuxa Meneghel.

Relatora: Min. Nancy Andrighy, 26 de junho de 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201103079096&dt_publicacao=29/06/2012. Acesso em: 13 mar. 2023.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2002.

CNDL. **Serviço de proteção ao crédito completa 60 anos no mercado**. 2015.

Disponível em:

https://www.spcbrasil.org.br/uploads/st_imprensa/aniversario_spc_vfinal.pdf. Acesso em: 11 mai. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **General Data Protection Regulation**. Estrasburgo: Parlamento Europeu [2016]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 10 mai. 2022.

FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; ITO, Vitor Casarini. As redes contratuais e a efetivação do princípio da responsabilidade civil para o consumidor de e-commerce baseado em dropshipping. **Revista Inteligência Competitiva**, v. 9, n. 4, p. 191–206, 2019. Disponível em:

<https://www.inteligenciacompetitivarev.com.br/ojs/index.php/rev/article/view/362>. Acesso em: 16 maio de 2022.

THEODORO JUNIOR, Humberto **Direitos do Consumidor**. São Paulo: Editora Forense. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992941/>. Acesso em: 16 maio de 2022.

JUNQUEIRA, Thiago. Tomada de decisões automatizadas nos seguros privados: tratamento de dados pessoais e prevenção da discriminação racial à luz da LGPD. *In*: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. **O Direito Civil na era da inteligência artificial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

JUSTO, António dos Santos. O princípio “pacta sunt servanda”: (Direitos romano e português). **Lusíada**, n. 25/26, p. 31–42, 2021. Disponível em: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/2983>. Acesso em: 16 maio de 2022.

KONDER, Nelson de Paula. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 81-100, mar. 2019. Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/34287/30600>. Acesso em: 16 maio de 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contratos no Código do consumidor: pressupostos gerais. **Revista Justitia**, São Paulo, v.54, n. 1, p.128-136, dez. 1992. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/23367>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratados de los contratos**: Tomo I. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada**: a internet como ferramenta do engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, v.1. n.1, p.41-66, maio 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>. Acesso em: 16 maio de 2022.

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

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Direitos Humanos**. Paris: Assembleia geral das Nações Unidas [1948]. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2022.

NEOTRUST. **2021: o ano do comércio**. 2021. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/02/E-commerce-2021-Projec%C3%A7%C3%A3o-2022.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2022.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

SILVA, Guilherme Coutinho, Entre galáxias e o código: redes contratuais e os contornos do princípio da relatividade. **civilistica.com**, v. 7, n. 1, p. 1–14, 2018. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/321>. Acesso em: 16 maio de 2022.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito digital e processo eletrônico**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Empresarial Sistematizado**: teoria, jurisprudência e prática. 10 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.