



DAYRA CARNEIRO FERNANDES

CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA, *PROFILING* E DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: a necessária adequação legislativa como efetivação da proteção dos *ciberconsumidores* na era digital atual

São Lourenço/MG

2022



DAYRA CARNEIRO FERNANDES

CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA, *PROFILING* E DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: a necessária adequação legislativa como efetivação da proteção dos *ciberconsumidores* na era digital atual

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pela aluna Dayra Carneiro Fernandes como requisito para obtenção do título de Bacharel, do Curso de Direito, da Faculdade de São Lourenço.

Orientador: Professor Doutor Lívio Agnew Bacci.

São Lourenço/MG

2022

340.0285

F363c Fernandes, Dayra Carneiro

Capitalismo de vigilância, profiling e discriminação algorítmica: a necessária adequação legislativa como efetivação da proteção dos cyberconsumidores na era digital atual / Dayra Carneiro Fernandes. - - São Lourenço: Faculdade de São Lourenço, 2022.

19 f.

Orientador: Lívio Agnew Bacci

Artigo científico (Graduação) – UNISEPE / Faculdade de São Lourenço / Bacharel em Direito.

1. Direito processamento de dados. 2. Direito cibernética. 3. Crime virtual. I. Bacci, Lívio Agnew, orient. II. Título.

Catálogo na fonte

Bibliotecária responsável: Fernanda Pereira de Castro - CRB-6/2175

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr. Livio Agnew Bacci, pela orientação. Aos demais professores, agradeço por todo o trabalho que propiciam o desenvolvimento da educação superior e de alta qualidade.

Aos colegas de graduação, agradeço pelos diálogos e compartilhamento de ideias e experiências vivenciadas ao longo dos 5 anos.

Aos amigos da longa jornada e gratificante acima de tudo: Carol Pereira, Igor Gonçalves, Joyce Toledo, agradeço por me lembrarem dos bons frutos que nascem da Universidade.

Aos meus pais: Maria Cecília e João Eugênio. Ao meu Padrasto, Walter Américo. A minha irmã Layra Fernandes e aos meus irmãos Flavio Fernandes e Diego Carneiro, agradeço por sempre estarem presentes e confiantes, me proporcionando toda a estrutura que me permitiu a dedicação aos estudos.

Agradeço ao meu amigo Jefferson Moreira e minha amiga Ana Paula Arantes, por terem estado ao meu lado, me ajudando a aguentar todas as fases dessa jornada, tornando-a muito mais fácil.

Por fim, Agradeço à Deus por toda jornada e por ter me abençoado até aqui.

CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA, PROFILING E DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA:
a necessária adequação legislativa como efetivação da proteção dos
ciberconsumidores na era digital atual

Dayra Carneiro Fernandes¹

Lívio Agnew Bacci²

RESUMO

O presente artigo intenta realizar um estudo acerca da prática da perfilização, também denominada *profiling*, cujos resultados se demonstram nocivos aos consumidores, sobretudo no que toca à discriminação algorítmica, de modo a evidenciar que uma regulamentação jurídica mais robusta a esse respeito torna-se imperiosa no cenário digital da atualidade. Num primeiro momento, para situar a perfilização no contexto da sociedade informacional, foi realizada uma breve exposição do Capitalismo de Vigilância e seus mecanismos atualmente presentes em nossa sociedade, assim como foi explanado de que maneira o *profiling* se dá. Na sequência, foi demonstrado de que forma a perfilização pode contribuir para a discriminação algorítmica. Ao final, foi realizada uma breve análise do Código de Defesa do Consumidor e explicada a lacuna deixada pela LGPD no tocante a essa prática e a urgente necessidade de sua superação. A metodologia adotada para tal esforço consistiu em pesquisa qualitativa baseada em revisão de material bibliográfico referente ao tema proposto.

Palavras-chave: Capitalismo de Vigilância. *Profiling*. Discriminação algorítmica.

ABSTRACT

¹ Bacharelanda em Direito pela Faculdade São Lourenço/UNISEPE. E-mail: dayra.carneiro@gmail.com

² Doutor em Engenharia de Produção pela Universidade Federal de Itajubá (UNIFEI) em 2019. Mestre em Engenharia de Produção com ênfase em Economia e Finanças, pela Universidade Federal de Itajubá (UNIFEI) em 2007. Graduado em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC - RJ) em 1989 e em Direito pela UNISAL (Lorena/ SP) em 2010. Graduado também em Administração de Empresas e em Letras (licenciatura em Português-Inglês) pelo Centro Universitário Braz Cubas em 2019. Concluiu o MBA em Finanças (IAG-Master) e o curso de extensão em Análise de Sistemas pela PUC/ RJ em 1991. Concluiu, em 2009, o curso de pós-graduação em Direito Empresarial pela UNISAL (Lorena-SP) e, em 2013, concluiu a pós-graduação em Direito Tributário na mesma Instituição. É professor universitário desde 2006 nos cursos de Administração de Empresas, Ciências Contábeis e Direito da Faculdade de São Lourenço, lecionando atualmente as disciplinas de Contabilidade I, Contabilidade Tributária, Contabilidade Avançada, Contabilidade Empresarial, Orçamento Empresarial, Direito Empresarial, Direito Econômico, Direito Processual Tributário dentre outras. Ministrou de 2009 a 2016, na Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itanhandu (FAPACI) e na Faculdade Presidente Antônio Carlos de Baependi, as disciplinas de Pesquisa Operacional e Contabilidade Gerencial. É contador e advogado atuante na área tributária, empresarial e cível. Publicou, em março de 2019, o artigo intitulado "Optimization of combined time series methods to forecast the demand for coffee in Brazil: A new approach using Normal Boundary Intersection coupled with mixture designs of experiments and rotated factor scores" na International Journal of Production Economics.

This article intends to carry out a study about the practice of profiling, also called profiling, whose results are negative for consumers, especially with regard to algorithmic description, in order to show that a more robust legal regulation in this regard becomes imperative in the today's digital landscape. At first, to place profiling in the context of the informational society, a brief exposition of Surveillance Capitalism and its controls currently present in our society was made, as well as an explanation of how profiling takes place. Next, it was demonstrated how profiling can contribute to the algorithmic characteristic. At the end, a brief analysis of the Consumer Law Code was carried out and the gap left by the LGPD regarding this practice and an urgent need to overcome it was explained. The methodology adopted for this effort consists of qualitative research based on a review of bibliographic material related to the proposed theme.

Keywords: Surveillance Capitalism. Profiling. Algorithmic Discrimination.

1 INTRODUÇÃO

O cenário amplamente virtual no qual o mundo se insere nos dias de hoje, fruto dos saltos tecnológicos apresentados dia após dia, denotam um grande avanço à sociedade em geral. Entretanto, em meio a todas as facilidades que a Inteligência Artificial e o *Big Data* oferecem, encontram-se, igualmente, questões que se apresentam nocivas aos indivíduos.

O uso maciço e indiscriminado da informação a fim de se obter melhor performance e maior lucro pelas empresas tem incitado o debate acerca da discriminação algorítmica advinda da prática do *profiling*, que não apenas viola a autodeterminação informacional e privacidade dos *ciberconsumidores* como também destoa do arcabouço principiológico do direito consumerista.

É nesse sentido, portanto, que o presente artigo se propõe a analisar a prática da perfilização, popularmente conhecida como *profiling*, e o potencial discriminatório nela contido, de modo a evidenciar que uma regulamentação jurídica mais robusta apta a dar o devido respaldo aos *ciberconsumidores*, embora latente, se faz premente na era digital da atualidade.

Num primeiro momento, serão abordados os conceitos de capitalismo de vigilância e perfilização, caminhando, na sequência, para a demonstração da discriminação por algoritmos que a categorização advinda do *profiling* pode ensejar. Em seguida, será realizada uma breve análise do Código do Consumidor pátrio para, mais adiante, apontar as lacunas existentes na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira a esse respeito e a necessidade de sua superação.

Pretende-se, com essa pesquisa, compreender melhor as ferramentas tecnológicas que tem sido utilizadas na atualidade e abrir a discussão sobre sua adequabilidade aos preceitos de um Estado Democrático de Direito tal como o Brasil, destinado a assegurar a igualdade, a defesa do consumidor, e tendo como princípio basilar a dignidade da pessoa humana.

2 O PROFILING NA ERA DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA

Antes de adentrar na explanação da perfilização propriamente dita, inclusive a fim de melhor entender o contexto em que essa prática se situa, é necessário tecer breves apontamentos acerca da nova era capitalista que tem se instalado no contexto digital da atualidade, qual seja, o Capitalismo Informacional, por vezes chamado de Capitalismo de Vigilância.

O Capitalismo Informacional fora tratado por Castells (1999) em sua obra *A Sociedade em Rede* como sendo aquele que, diante da virtualidade do mundo contemporâneo, tem como ingrediente principal a informação, dentro de uma organização social cujo fluxo entre as redes constituem o encadeamento básico de sua estrutura.

Nas palavras do autor:

Uma nova economia surgiu em escala global no último quartel do século XX. Chamo-a de informacional, global e em rede para identificar suas características fundamentais e diferenciadas e enfatizar a sua interligação. **É informacional porque a produtividade e a competitividade de unidades ou agentes nessa economia (sejam empresas, regiões ou nações) dependem basicamente de sua capacidade de conhecimentos.** É global porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia e mercados) estão organizados em escala global, diretamente ou mediante uma rede de conexões entre agentes econômicos. É rede porque, nas novas condições históricas, a produtividade é gerada, e a concorrência é feita em rede global de interação entre redes empresariais [...] (CASTELLS, 1999, p. 119).

Esse novo modelo capitalista tem sido denominado Capitalismo de Vigilância porquanto a tecnologia esteja sendo usada de modo a transformar a experiência humana em base de dados, dentro de uma lógica em que os dados assumem o caráter de verdadeira matéria prima para a produção e venda de informações com vistas à acumulação de riqueza (ZUBOFF, 2021).

É como pontua Zuboff (2021, p. 22):

[...] o capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados para o aprimoramento de produtos e serviços, o restante é declarado como *superávit comportamental* do proprietário, alimentando avançados processos de fabricação conhecidos como “*inteligência de máquina*”³ e manufaturado em produtos de predição que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. Por fim, esses produtos de predições são comercializados num novo tipo de mercado para predições comportamentais que chamo de mercados de *comportamentos futuros*. Os capitalistas de vigilância têm acumulado uma riqueza enorme a partir dessas operações comerciais, uma vez que muitas companhias estão ávidas para apostar no nosso comportamento futuro [...] (ZUBOFF, 2021, p. 22).

Nesse contexto, os algoritmos, que funcionam como verdadeiras ferramentas desse novo modelo, têm encontrado campo fértil de atuação no que diz respeito à criação de perfis de consumo⁴ para alavancar lucros de empresas, prática conhecida como *profiling*.

O *profiling* é definido por Hildebrandt (apud ZANATTA, 2019, p. 05) como sendo aquele que se utiliza de:

[...] máquinas pré-programadas para recuperar correlações inesperadas em massas de dados agregados em grandes bancos de dados [...] “um processo de descoberta de conhecimento em bases de dados, na qual a mineração de dados (*data mining*) é parte” [...].

De acordo com a autora (apud ZANATTA, 2019, p. 05), verifica-se a presença de seis etapas em seu processo, quais sejam:

³ “[...] O aprendizado de máquina – enquanto modalidade de I.A –, permite que algoritmos sejam criados e modificados por eles mesmos, representando um vínculo auto nutritivo e duradouro entre as máquinas (dispositivos eletrônicos), os humanos, e o software. Os resultados fornecidos pelos algoritmos são chamados de outputs, enquanto os inputs que possibilitam as operações são os dados de entrada. Assim como uma fórmula matemática recebe valores numéricos para realizar o cálculo, um algoritmo recebe dados com o objetivo de processá-los e obter um resultado, o output desejado. Desta maneira, quanto maior a disponibilidade de conjuntos de dados e mais aprimorada a tecnologia de aprendizado de máquina, maior é o poder dado aos algoritmos para mediar nossa experiência com o mundo ao nosso redor, e mais capazes se tornam de substituir humanos na tomada de decisões. Algoritmos inteligentes atuam não apenas para melhorar processos automatizados e maximizar estratégias comerciais, mas também para criar outras formas subjetivas de interação [...]” (DA ROCHA; PORTO; ABAURRE, 2020, p. 05).

⁴ Para os fins do presente artigo, o termo “consumo” deve ser entendido em seu conceito amplo, englobando tanto a compra de artigos quanto a utilização de serviços.

[...] (i) o registro dos dados e do seu conteúdo; (ii) a agregação e o monitoramento dessas informações; (iii) a identificação da existência de algum padrão contido nos dados coletados; (iv) a interpretação, a partir desses padrões, de resultados úteis; (v) o monitoramento dessas informações para averiguar resultados; e finalmente, (vi) a aplicação e a utilização desses perfis que foram formados [...]

Infere-se, pois, que o *profiling* intenta descobrir e inclusive conhecer, em escala massiva, as características, os movimentos, interações, inclinações, propensões, hábitos, preferências dos *ciberconsumidores* com a finalidade de criar perfis virtuais (HILDEBRANDT apud ZANATTA, 2019) o que, segundo Bioni (2021), permite às empresas empreender de forma mais eficiente, seja através do aumento das possibilidades de êxito, seja através da melhora na segmentação de um produto/serviço.

Isso porque enquanto “um registro sistemático, proposital e classificatório de dados relacionados aos consumidores”, oferece aos produtores de serviços a capacidade de direcionar a esses indivíduos aquilo que entendem ser “consumível” por eles, exatamente de acordo com o perfil que fora traçado ao seu respeito (TUMELERO, 2021, p. 56).

Não é difícil imaginar, tampouco perceber, os efeitos que a perfilização através dos algoritmos desempenham, hoje, no nosso cotidiano. Talvez todos os *ciberconsumidores* já tenham experimentado o que uma simples busca a respeito de determinado assunto em seu smartphone/computador/tablet gera: os algoritmos captam essas informações e as correlacionam. O resultado disso é o aparecimento de uma gama de produtos/serviços nos termos exatos e/ou relacionados à pesquisa anteriormente realizada.

Um exemplo bastante elucidativo e corriqueiro sobre o assunto observado por Andrade (2022) é a recomendação presente nas plataformas de *streaming* como Youtube, Netflix, Amazon Prime, Spotify, etc. Elas se pautam naquilo que o indivíduo assistiu previamente ou no que, diante dos rastros de navegação, aparentam possuir interesse. O autor também menciona o conteúdo presente na linha do tempo das redes sociais como Facebook, Instagram, Twitter: ela é programada para mostrar assuntos que entendem fazer parte das preferências de seus usuários e ignorar previamente aquilo que provavelmente não os agrada.

Percebe-se, portanto, que a criação de perfis enseja uma categorização – e por que não dizer uma objetificação – do ser humano na medida em que está a todo

momento, através dos mecanismos da Inteligência Artificial, recolhendo os dados dos *ciberconsumidores* para enquadrá-los em determinados seguimentos comportamentais, de cujos resultados têm se beneficiado os gigantes da tecnologia.

3 A DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA ADVINDA DO *PROFILING*

Além do *profiling* servir para o marketing direcionado como restou apontado, a prática carrega em si uma consequência gravosa que é a discriminação algorítmica, uma vez que os resultados por ela obtidos também podem ser utilizados para a tomada de decisões.

Isso porque, ao traçar padrões de comportamento que são verdadeiras biografias digitais para classificar os indivíduos a partir de categorias pré-estabelecidas, muitas vezes enquadrando-os em um grupo do qual tenha sido traçado um perfil com conotações negativas (RODOTÁ, 2008), oportunidades poderão lhe ser negadas.

Com efeito, a discriminação algorítmica é assim definida por Laura Schertel Mendes e Marcela Matiuzzo:

[...] resultados discriminatórios que decorrem do fato de alguém pertencer a determinado grupo e ser julgado a partir das características desse grupo; um cenário no qual as características individuais de uma pessoa são desconsideradas, e aquela pessoa é vista somente como um membro de um dado conjunto de pessoas [...] (SCHERTEL MENDES; MATIUZZO, 2019, p. 47)

As autoras sistematizam quatro tipos de discriminação que podem advir do uso dos algoritmos, sendo elas (i): discriminação por erro estatístico; (ii): discriminação por generalização; (iii) discriminação pelo uso de informações sensíveis e (iv) discriminação limitadora do exercício de direitos (SCHERTEL MENDES; MATIUZZO, 2019).

A discriminação por erro estatístico é verificada a partir de “todo e qualquer erro que seja genuinamente estatístico.” Ela pode abranger tanto aqueles dados que foram captados de forma errada até problemas nos próprios códigos dos algoritmos que resulte na contagem/utilização equivocada dos dados usados. É compreendida enquanto uma discriminação que advém de um erro de programação cometido pelos

próprios desenvolvedores do algoritmo (SCHERTEL MENDES; MATIUZZO, 2019, p. 51).

A discriminação por generalização diz respeito a situações em que indivíduos são classificados em determinados perfis ou como pertencentes a certas categorias de forma injusta ante a aleatoriedade entre o dado e a informação que será gerada. Como aduzem Schertel Mendes e Matiuzzo (2019, p. 52), “essas classificações incorretas podem ser o resultado de correlações espúrias”.

Para elucidar esse tipo de discriminação, as autoras propõem a seguinte reflexão: uma pessoa que reside em uma localidade ligada à alta taxa de pobreza e tenta buscar um empréstimo junto ao banco. No caso de o modelo não contar com nenhuma informação além do local onde ela possui residência, a partir do seu endereço, ela pode ser enquadrada em um perfil “inapto”, que, por conseguinte, fará com que os algoritmos a entendam como uma má candidata para ter acesso ao crédito. Dentro desse cenário, para além de equiparar a pobreza à inadimplência, o que denota abusividade, a perfilização estaria contribuindo para uma generalização injusta e discriminatória, haja vista que essa pessoa, ainda que residente em uma vizinhança humilde, poderia, de fato, ter condições financeiras de arcar com o pagamento do empréstimo solicitado (SCHERTEL MENDES; MATIUZZO, 2019).

A discriminação pelo uso de informações sensíveis, por sua vez, é aquela que se vale do uso de dados legalmente protegidos, isto é, sensíveis⁵, exatamente. Ademais, de acordo com Schertel Mendes e Matiuzzo:

Duas características são relevantes para se considerar um perfilamento como discriminatório nesse caso: além de utilizar dados sensíveis, a classificação deve se basear em características endógenas ou, então, deve destacar grupos historicamente discriminados. (SCHERTEL MENDES; MATIUZZO, 2019, p. 52)

Esse tipo de discriminação pode ser verificado, a título de exemplo, quando um recrutador automático exclui ou deixa de recomendar um candidato homossexual que fora perfilado a partir de dados coletados no Facebook sobre sua orientação sexual, por não “se adequar” ao perfil de funcionários da empresa contratante (COSTA, 2021). O mesmo pode ocorrer caso um plano de saúde passe a cobrar

⁵ De acordo com o art. 5º, II da Lei Geral de Proteção de Dados, consideram-se dados sensíveis aqueles “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (BRASIL, 2018, *online*).

mais de um usuário homossexual sob a justificativa de que este está mais propenso a contrair HIV (RODOTÁ, 2008).

A discriminação limitadora do exercício de direitos, por fim, é aquela em que decorre não do dado utilizado, mas da conexão entre a informação que o algoritmo utiliza e a realização de um direito. Assim, se essa relação afeta determinado direito, pode-se dizer que seu uso é discriminatório.

Como observou Schertel Mendes e Matiuzzo:

Um importante exemplo desse tipo de discriminação ocorreu na Alemanha, onde se verificou que os bureaus de crédito podem ter incentivos econômicos para considerar o exercício do direito da pessoa de acesso ao seu score de crédito como um aspecto relevante – e negativo – para esse score, ou seja, **aquelas pessoas que efetivamente acessavam a informação do score tinham sua pontuação reduzida. Enquanto sob o ponto de vista do titular dos dados ele está apenas exercendo seu direito de acesso, do ponto de vista do bureau de crédito infere-se, a partir de exercícios estatísticos, que aqueles que com frequência acessam suas informações creditícias têm um risco maior de inadimplemento.** (SCHERTEL MENDES; MATIUZZO, 2019, p. 54-55)

Resta nítido, portanto, que os efeitos da prática do *profiling* contribuem sobremaneira para uma estereotipagem dos indivíduos, levando, como assevera Bioni (2021), a uma espécie de ditadura de dados, onde as máquinas (algoritmos) assumem o papel de condutores de suas vidas, decidindo não apenas o que oferecer/vender aos consumidores, mas também sobre quais oportunidades que lhe poderão ser franqueadas, numa discriminação velada.

4 BREVE ANÁLISE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A partir da Constituição Federal de 1988, os consumidores, que antes não possuíam uma proteção específica e tinham de se valer das normas do Código Civil, tiveram seus direitos elevados ao *status* de direito fundamental (NUNES, 2018), assim disposto em seu art. 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor
[...] (BRASIL, 1988, *online*)

Deste comando normativo constitucional, adveio a Lei nº 8.078, de 11 de dezembro de 1990, isto é, o Código de Direito do Consumidor, que o definiu como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990).

Dentre os objetivos do Código de Defesa do Consumidor estão o atendimento às suas necessidades, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo (BRASIL, 1990).

Como todo ramo da ciência jurídica, o Direito do Consumidor norteia-se por princípios, sendo o princípio da vulnerabilidade o vértice de todo o direito consumerista. Nas palavras de Almeida (2015, s.p.), a vulnerabilidade do consumidor “é a espinha dorsal da proteção do consumidor, sua inspiração central, base de toda sua concepção”.

Isso porque não há dúvidas de que o consumidor figura como parte mais fraca na relação de consumo por não possuir o controle dos bens de produção e, via de consequência, se submeter ao poder dos fornecedores. (ALMEIDA, 2015).

É como explica Nunes (2018, s.p.):

Tal reconhecimento é uma primeira medida da realização da isonomia garantida na Constituição. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: o primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também do elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. É por isso que, quando se fala em “escolha” do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, os da obtenção de lucro. O segundo aspecto diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral.

Demais princípios que fazem parte do Direito do Consumidor são o da hipossuficiência, sustentado pelo art. 6º, VIII, que prevê a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova; da informação, constante no art. 6º, III, que exige que seja dado ao consumidor a informação correta e clara sobre os produtos e serviços; da boa-fé objetiva, observado logo no art. 4º, III, que

se traduz no dever das partes de agir dentro dos parâmetros de honestidade para que seja estabelecido o equilíbrio nas relações de consumo, da liberdade de escolha, art. 6º II, da transparência, entre outros. (NUNES, 2018)

Um dos princípios que merece destaque no presente artigo é o da igualdade nas contratações, também previsto no art. 6º, II do CDC, que rege que o fornecedor não pode diferenciar os consumidores entre si (NUNES, 2018), e tem sido amplamente ferido com a discriminação algorítmica exercida pela perfilização, como apontado no tópico anterior. De igual modo, a perfilização tem contribuído para obstaculizar outro salutar princípio da ciência consumerista, que é a proteção contra a publicidade abusiva, métodos coercitivos, abusivos ou lesleais (art. 6º, IV, CDC).

Claramente diante desse cenário, faz-se necessário acender um alerta acerca do impacto que a catalogação do comportamento humano, notadamente através de mecanismos automatizados na coleta e processamento de dados pessoais (*profiling*) têm exercido no âmbito das relações consumeristas (ZANATTA, 2019).

É nesse contexto, portanto, que o capítulo final do presente artigo se destinará à demonstração da lacuna deixada a respeito da prática da perfilização na Lei Geral de Proteção de Dados, o que tem repercutido de maneira significativa na esfera de proteção dos ciberconsumidores (BIONI, 2021) e a urgente necessidade de sua superação.

5 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A LACUNA POR ELA DEIXADA A RESPEITO DO *PROFILING*

A Lei 13.709, popularmente denominada LGPD, fora sancionada no Brasil no ano de 2018, sofrendo grande influência da *General Data Protection Regulation* (GDPR)⁶, que também foi fonte de inspiração para os mais diversos ordenamentos jurídicos (ZANATTA, 2019).

Como observa Zanatta (2019), muito embora a perfilização tenha sido um dos maiores alvos de preocupação da *General Data Protection Regulation* (GDPR), a norma brasileira foi menos restritiva no tocante à tal prática, tanto pela “ausência de

⁶ O Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) é a lei de privacidade e segurança mais rígida do mundo. Embora tenha sido elaborado e aprovado pela União Europeia (UE), impõe obrigações a organizações em qualquer lugar, desde que direcionem ou coletem dados relacionados a pessoas na UE”. (WOLFORD, 2022, *online*).

uma conceito jurídico expresso”, quanto pela “ausência de uma norma geral proibitiva do *profiling*” (Zanatta, 2019, p. 21).

Isso pode ser verificado da dicção do art. 5^o da LGPD, que cuidou de definir dados pessoais, dados pessoais sensíveis, tratamento, titular, controlador, operador, encarregado, anonimização, consentimento, bloqueio, consentimento, transferência internacional, relatório de impacto à proteção de dados, mas nada trouxe expressamente acerca de perfilização (ZANATTA, 2019).

A GRPD, conforme aduz Zanatta (2019, p. 07), conceituou a perfilização como sendo uma “forma de tratamento automatizado que consiste no (i) uso de dados pessoais para (ii) avaliação de certos aspectos relacionados à pessoa natural, em particular (iii) a análise e predição de aspectos comportamentais”. Ademais, a referida norma estabeleceu que o titular dos dados possui o direito de não se sujeitar “a decisões baseadas somente em processamento automático, incluindo a perfilização, que produz efeitos legais com relação a ele ou ela”.

A lei brasileira de proteção de dados, por sua vez, apenas se utilizou de “terminologias cambiantes” para se referir a tal prática, ora falando em “formação de perfil comportamental” ora em “definição de perfil de aspectos da personalidade”, além de não assegurar a proteção aos indivíduos contra o mecanismo da perfilização. (ZANATTA, 2019, p. 8).

Diante desse cenário, portanto, que emerge o raciocínio de que a vagueza da LGPD no tocante ao *profiling* merece duras críticas, posto que a Constituição da República de 1988, ao adotar o modelo de Estado Democrático de Direito, estabeleceu a defesa do consumidor como princípio fundamental, cuja consagração ofereceu, sem dúvidas, maior alcance à consolidação do chamado “direito privado solidário”. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2016, p. 27), pelo que a tentativa da referida norma em relacionar os termos supracitados à controversa prática da perfilização não pode iludir, haja vista a profunda repercussão na esfera individual do indivíduo que ela pode acarretar (BIONI, 2021).

A lacuna hoje existente na legislação deve ser superada, sob pena de se ferir os princípios de proteção ao *ciberconsumidores*, sobretudo o da autodeterminação informacional, assim como os mandamentos do Código do Consumidor que, ante a sua condição de vulnerabilidade, conferem a estes a salvaguarda a sua liberdade de escolha, igualdade nas contratações, a proteção contra a publicidade abusiva,

métodos comerciais coercitivos ou desleais (BRASIL, 1990) e mais, o próprio princípio basilar da República: a dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Basan e Faleiros Junior (2021, p. 307-308):

[...] analisando a lógica do mercado, que opera pela busca de lucro, a proteção do consumidor se apresenta como forma de superar as falhas estruturais que expõem pessoas a potenciais danos. Dito de outro modo, é a lei que exerce a função de ordenar o mercado visando à proteção das pessoas das práticas comerciais abusivas, garantindo o cumprimento efetivo do fundamento de tutela da pessoa humana, expresso na carta constitucional, e que gera efeitos sobre as relações privadas em razão de sua eficácia horizontal. O Código de Defesa do Consumidor ocupa o vértice desse ecossistema. Não por outra razão, logo em seu artigo inaugural, estebelece que sua finalidade é a proteção e defesa do consumidor, matéria de ordem pública e interesse social, ressaltada em razão do que prevê o artigo 170, inciso V, da Constituição da República. **Tal dispositivo impõe ao legislador infraconstitucional a defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica, mas que também cumpre função promocional dos direitos humanos.** Noutras palavras, no sistema jurídico brasileiro, só se admite a prática comercial e financeira que, além de outros princípios, respeite a dignidade da pessoa humana. Esta, em seu sentido mais amplo, congloba os direitos dos consumidores. Significa dizer que a norma constitucional procura compatibilizar a livre iniciativa com a tutela das pessoas vulneráveis expostas às práticas do mercado, utilizando, dentre outras fontes, o CDC para a instrumentalização dessa tutela (grifo nosso).

Uma comunicação normativa entre Constituição Federal, Lei Geral de Proteção de Dados e Código do Consumidor que sirva de instrumento eficaz de prevenção/redução dessa “profilização” -que se denota quase que coercitiva-potencialmente capaz de aniquilar os direitos básicos do consumidor, especialmente aqueles do art. 6º do CDC e contribuir para a discriminação algorítmica, torna-se urgente, uma vez que a tecnologia tenderá cada vez mais a alavancar seus mecanismos a fim de alcançar performances mais inteligentes, no que reside, portanto, a necessidade de um arcabouço legislativo capaz de acompanhar, na mesma toada, a concretização da tutela dos direitos consumeristas, a qual se faz –e ainda se fará mais– latente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da elaboração do presente artigo, foi possível entender que os mecanismos tecnológicos, não obstante tragam avanços significativos à sociedade

como um todo, impõem, igualmente, uma série de desafios no âmbito da ciência jurídica.

Como restou demonstrado, no contexto digital da atualidade, exsurge uma nova espécie de capitalismo: o de vigilância, no qual a informação passa a ser sua principal matéria prima. Nesse sentido, os algoritmos, que desempenham um papel crucial nesse novo modelo que tem se instalado, têm trabalhado constantemente na criação de biografias digitais/perfis de consumo, prática conhecida como *profiling*, que enseja não só uma categorização dos indivíduos para o marketing direcionado, como também pode ser utilizada para a tomada de decisões.

Ainda que Lei Geral de Proteção Dados, que entrou em vigor no Brasil em 2018, tenha cuidado de regular a obtenção e uso das informações dos *ciberconsumidores*, deixou uma lacuna no que se refere à perfilização, haja vista que não a definiu, de forma clara e segura, tampouco estabeleceu uma norma proibitiva a seu respeito, gerando, via de consequência, pontos controvertidos no tocante a uma questão de extrema importância para os *ciberconsumidores*: a sua liberdade de escolha, igualdade nas contratações e proteção contra métodos comerciais coercitivos, abusivos ou desleais.

Nesse passo, ante ao potencial lesivo do *profiling* evidenciado ao longo do presente artigo, principalmente no que tange à discriminação algorítmica, a carência de uma definição/proibição, assim como de um tratamento legal mais robusto no Brasil acerca dessa prática não pode restar esquecida, uma vez que tem contribuído para a mitigação dos direitos daqueles que são, acertadamente, dotados de vulnerabilidade na relação consumerista, na contramão dos ditames do Estado Democrático de Direito, que estabelece a defesa do consumidor como garantia fundamental, assegura a todos igualdade e tem como princípio máximo a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. Manual de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ANDRADE, Otávio Morato de. **Governamentalidade Algorítmica**: democracia em risco? São Paulo: Editora Dialética, 2022.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 10 nov. 2022.

_____. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em: 10 nov. 2022.

_____. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em: 10 nov. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz&Terra, 1999.

COSTA, Diego Carneiro. **O viés do algoritmo e a discriminação por motivos relacionados à sexualidade**. 2020. 176f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/34394/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O-%20Diego%20Carneiro%20Costa.pdf> Acesso em: 10 nov. 2022.

DA ROCHA, Claudio Jannotti; PORTO, Lorena Vasconcelos; ABAURRE, Helena Emerick. E. Discriminação algorítmica no trabalho digital. **Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social**, [s. l.], v. 1, p. 1–21, 2020.. Disponível em:

<https://periodicos.puc-campinas.edu.br/direitoshumanos/article/view/5201>. Acesso em: 10 nov. 2022.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BASAN, Arthur Pinheiro. Discriminação algorítmica, *profiling* e geolocalização: uma análise dos impactos jurídicos do *geo-pricing* e *geo-blocking*. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 302-320, 2021. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7923> Acesso em: 10 nov. 2022.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

SCHERTEL MENDES, Laura; MATTIUZZO, Marcela. DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: conceito, fundamento legal e tipologia. **Revista de Direito Público**, [s. l.], v. 16, n. 90, p. 39- 64, nov./dez. 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3766>. Acesso em: 10 nov. 2022.

TUMELERO, Naína Ariana Souza. Perfilização e coleta de dados comportamentais: as políticas de privacidade da Google pela ótica consumerista no Capitalismo de Vigilância. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, [s.l.], v. 7, n. 1, p. 55-74, jan./jul. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/7771> Acesso em: 10 nov. 2022.

WOLFORD, Ben. *What is GDPR, the EU's new data protection law?* **GDPR.EU**. Disponível em: <https://gdpr.eu/what-is-gdpr/#:~:text=The%20General%20Data%20Protection%20Regulation,to%20people%20in%20the%20EU>. Acesso em: 10 nov. 2022.

ZANATTA, Rafael. **Perfilização, Discriminação e Direitos:** do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em:

<https://www.dropbox.com/s/3234m6amgh0o1y1/2019.%20Rafael%20Zanatta.%20Perfilizacao%20%C3%A3o%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20e%20direitos.pdf?dl=0> Acesso em: 10 nov. 2022.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do Capitalismo de Vigilância:** a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.