



LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E OS IMPACTOS NA PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL: UMA ANÁLISE DIRECIONADA AO MARKETING DIGITAL E *COMPLIANCE*¹

*Carlos André Maciel Pinheiro Pereira*²

*Lara Helen Ferreira Dantas*³

RESUMO

Este artigo examina as repercussões da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) na publicidade comportamental e no marketing digital. A pesquisa de abordagem qualitativa e método indutivo trata do uso de dados pessoais em estratégias de marketing. Compreende que o gerenciamento estratégico e o *compliance* são garantias de segurança aos titulares de dados e que certas práticas de marketing digital podem prejudica-los. Identifica que boas práticas de segurança, governança e *compliance* evitam prejuízos de ordem econômica à empresa. Ao término, conclui a aplicação da LGPD frente ao mercado de consumo, traz benefícios às empresas, ao consumidor e ao Estado.

Palavras-chave: Lei geral de proteção de dados. Marketing Digital. Publicidade comportamental. *Compliance*.

¹ O sentido mais acertado para o termo *compliance*, cuja derivação etimológica vem da palavra *to comply* – estar de acordo –, reside na conformidade de determinada pessoa jurídica com as normas jurídicas vigentes e com as não jurídicas, relacionadas a padrões de conduta ética.

² Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Universidade Potiguar (UnP).

³ Graduada em Direito pela Universidade Potiguar (UnP)

1 INTRODUÇÃO

Na segunda metade do século XX a indústria tradicional passou a valorizar a informação e a tecnologia, culminando na Era da Informação ou Terceira Revolução Industrial. Esse cenário deu origem ao processo de globalização que, em conjunto com a expansão do mercado mundial, por intermédio de seus avanços tecnológicos, transformou o modo de viver em sociedade, de modo que o cotidiano de cada indivíduo passou a ser medido pela tecnologia, esta, presente tanto nas interações sociais quanto no ambiente de trabalho, bem como, na própria rotina da população. Não obstante, essa reorganização social transformou a informação em elemento estruturante para o desenvolvimento econômico, substituindo os pilares que um dia estruturaram as sociedades agrícolas, industrial e pós-industrial.

Outrossim, os inúmeros reflexos daquela ao sistema financeiro podem ser facilmente percebidas nas relações monetárias, nas movimentações internacionais, nas transações financeiras e, sobretudo, na utilização da informação como principal insumo na rede comercial, capaz de gerar lucratividade não só para a empresa detentora dos dados pessoais daquelas pessoas, mas de toda uma rede envolvida nesse processo. Essa tecnologia da informação produz profundas metamorfoses nos espaços públicos e privados, devendo a ciência jurídica, como um fato social, adequar ou modificar a norma em razão dos novos obstáculos emergentes.

Destarte, com o advento da Sociedade da Informação, houve a necessidade da ciência mercadológica segmentar os mercados dos bens de consumo, isto é, identificar os grupos de consumidores que demandavam compostos de marketing diferenciados, a fim de direcionar o seu produto a um destinatário mais propenso a realizar a sua aquisição. Diferenciando-se por variáveis comportamentais, demográficas, geográficas ou psicográficas, acarretando em uma promoção direcionada a um determinado perfil, evidenciando-se que os dados pessoais dos consumidores são vitais para um gerenciamento estratégico do Marketing e da publicidade digital, uma vez que são pilares da atividade publicitária.

Entretanto, a tutela de dados pessoais no Brasil era anteriormente prevista de maneira desordenada nos dispositivos legais, como o Marco Civil da Internet, a Lei de Acesso à Informação e do Cadastro Positivo, a Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. Esse espaçamento, no entanto, acarretava diversas contradições que colocavam em xeque a segurança jurídica. Acompanhando essa necessidade que fora introduzida Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), a fim de tutelar a segurança da informação de modo mais rigoroso, resguardando o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Assim como a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e

livre desenvolvimento da personalidade natural, além de exigir uma série de adequações que deverão ser seguidas pelas empresas responsáveis pela gestão da informação. A lei supracitada entrou em vigência no dia 28 de dezembro de 2018, com ressalva dos artigos relativos às sanções administrativas (art. 52, 53 e 54), que somente produziram efeitos a partir do dia 1º de agosto de 2021.

É nesse diapasão que o presente artigo objetivará discutir a respeito da implementação da Lei Geral de Proteção de Dados e em como essa impactará a publicidade comportamental, principalmente no âmbito do Marketing Digital, uma vez que esse se utiliza em grande parte dos dados sensíveis dos consumidores, bem como dos dados pessoais, para delimitação de estratégias específicas de gerenciamento da informação, gerando publicidades específicas para cada perfil desses consumidores, sendo essas muitas vezes de caráter abusivo, ferindo a privacidade, liberdade e a autodeterminação dos titulares desses dados.

O método utilizado para essa pesquisa é o modelo indutivo, partindo de construções individuais, as quais dialogam entre si, para chegar a uma construção generalista, com o objetivo de analisar as características referentes aos dados pessoais e sensíveis, estabelecendo uma relação entre a Lei Geral de Proteção de Dados pessoais e a publicidade comportamental, proporcionando uma nova visão sobre o assunto. A abordagem será de natureza qualitativa e pretende oferecer indícios para um ambiente regulatório mais eficaz, por intermédio do *compliance*, por parte das empresas envolvidas com modelos de tratamento de dados pessoais e por ferramentas de estratégia regulatórias.

Nesse íterim, a pesquisa será abordada em cinco tópicos: A norma e os direitos fundamentais conforme Robert Alexy; Princípios constitucionais, consumeristas e a Lei Geral de Proteção de Dados; O direito dos titulares dos dados pessoais e as práticas comerciais abusivas do marketing digital; Segurança, governança e *compliance* na proteção de dados pessoais; e as conclusões relativas aos assuntos abordados.

2 A NORMA E O DIREITO FUNDAMENTAL CONFORME ROBERT ALEXY

Os conceitos de norma e de direito fundamental guardam profundas conexões e são basilares para o entendimento daqueles disciplinados na Constituição Federal, e, conseqüentemente, na LGPD, uma vez que a sua elaboração estabelece condições técnicas e mínimas que possibilitam aos indivíduos e aos demais setores da sociedade uma convivência

harmônica. Desse modo, é importante que seja realizada a conceituação daqueles termos para um maior entendimento do assunto.

Sempre que determinado indivíduo tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito, todavia a recíproca nem sempre é verdadeira. A fundamentação da norma varia conforme o objetivo a ser perquirido pelo ato de ordenar ou permitir determinada conduta, de forma imperativa ou como modelo de conduta. (ALEXY, 2008, p. 50-52). Já as normas de direitos fundamentais podem ser definidas tanto abstrata como concretamente, todavia, como a Constituição Federal brasileira possui característica dogmática, concernente com o modelo da Constituição Alemã, objeto de pesquisa de Robert Alexy, deve-se questionar quais normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição são consideradas de direitos fundamentais, e quais não. (ALEXY, 2008, p. 65).

Nesse sentido, a norma de direito fundamental, quanto ao seu critério formal, relativo à sua forma de positivação, pode ser definida, portanto, como disposições de direitos fundamentais e essas como disposições do capítulo da Constituição alemã intitulado "Os Direitos Fundamentais". Da mesma forma, está para a Constituição Federal brasileira o conceito de normas de direitos fundamentais, que são todas as disposições de direito fundamentais constantes no Título II da Constituição Federal brasileira intitulado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais" (ALEXY, 2008, p. 68). Esses direitos e garantias fundamentais ou normas de direito fundamental, presentes na Constituição Federal, encontram-se também disciplinados no Código de Defesa do Consumidor, conforme seu art. 1º, e nos termos dos arts. 5º inc. XXXII, e 170, inc. V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Ademais, por Código entende-se como um conjunto sistemático e logicamente ordenado de normas jurídicas, guiados por uma ideia básica. No caso do Código de Defesa do Consumidor, o objeto da defesa daquele é o grupo específico de indivíduos denominados de consumidores, através de um conjunto de normas ordenado segundo princípios, esses disciplinados no art. 4º, do mesmo Código, indicando em seu texto os objetivos por ela perseguidos e esclarecendo os princípios fundamentais que a conduzem. Igualmente, os princípios fundamentais presentes no Código de Defesa do Consumidor encontram-se de forma não exaustiva, sendo o sistema aberto para outros direitos "do consumidor" assegurados em leis ordinárias, tratados e regras administrativas. (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2013, p. 71-72 e 350).

A LGPD, por sua vez, adotou o modelo do regulamento europeu, o RGPD (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), buscando o equilíbrio entre as novas práticas comerciais, que se baseiam na análise e no uso dos dados pessoais para delimitações de

estratégias de mercado, bem como na proteção à privacidade, e no consentimento dos titulares desses dados. Dessa forma, trazendo como fundamentos para a utilização de dados pessoais o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais, conforme art. 2º, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Desse modo, pode-se dizer que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais tem natureza de norma, visto que garante ao usuário, detentor dos dados pessoais, direitos fundamentais disciplinados formalmente na supradita lei, que vão de encontro aos mesmos direitos constantes tanto na Constituição Federal quanto no Código de Defesa do Consumidor, conforme será retratado no tópico a seguir.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, CONSUMERISTAS E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS.

Destarte, é evidente que a sociedade está em constante transformação, principalmente nas áreas relativas ao meio tecnológico e ao direito. Entretanto, embora o processo legislativo tenda e tenha recursos que o tornem mais célere, o direito não tem a capacidade de acompanhar de imediato os desdobramentos e as transformações constantes das evoluções sociais, justamente pelo seu grau de mutabilidade. Nesse sentido, os princípios agregam tamanha importância, visto que, mesmo havendo atraso legislativo, aqueles alcançam eventos futuros, possuindo maior abrangência e aplicabilidade. Serão realizados, portanto, comparativos entre os princípios constitucionais e consumeristas frente à nova Lei Geral de Proteção de Dados, de modo que se complementem.

O art. 6º, *caput*, da LGPD retrata o princípio primordial da proteção de dados, a boa-fé, que é a forma pela qual os agentes devem se portar em suas condutas. Esses devem agir de forma ética, reprovando qualquer procedimento eivados de má-fé, dolo ou que objetivem a fraude no tratamento de dados. (TEIXEIRA; ARMELIN, 2021, p. 49). A boa-fé também se encontra disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, no art. 51, inciso IV, o qual, de forma objetiva, estabelece que as partes das relações de consumo devam agir de forma ética e equitativa.

Similarmente, princípios como a finalidade, a adequação e a necessidade, presentes simultaneamente nos incisos I, II e III, do art. 6º da LGPD, são o mínimo essencial, conforme Teixeira e Armelin, para que se faça o uso dos dados pessoais em menor quantidade, uma vez que a finalidade demonstra se o uso de dados por determinado agente extrapolou o fim para o qual ele foi destinado, encontrando igual previsão no Código de Defesa do Consumidor, respeitando sempre o binômio necessidade-utilidade para sua devida aplicação. (TEIXEIRA; ARMELIN, 2021, p. 50-51)

Não menos importantes, estão os princípios do respeito à privacidade e do acesso à informação. O primeiro desses está presente no art. 2º, inciso I, da LGPD, retratado de forma proporcional àquela do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Já o acesso à informação encontra-se disciplinado no inciso XIV, do mesmo artigo e diploma legal do já mencionado art. 5º da Constituição Federal, bem como no art. 43, do Código de Defesa do Consumidor, que em conjunto garantem ao consumidor o direito ao acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, além de ciência sobre as suas respectivas fontes.

Nesse íterim, o art. 18 da LGPD, também garante o direito ao acesso à informação, assim como o art. 6º, incisos IV, V e VI, do mesmo diploma legal, uma vez que dispõem sobre o direito do titular de dados pessoais de requerer de seu controlador os dados por ele tratados ou, também, de definirem a sua destinação, existência ou consentimento, podendo, inclusive, dispor sobre sua anonimização, bloqueio, eliminação ou revogação de seu consentimento. Dessa forma, são oferecidas as ferramentas necessárias para que o titular possa ter o conhecimento de como ocorre todo o processo do tratamento dos seus dados pessoais. (TEIXEIRA; ARMELIN, 2021, p. 90). Ademais, a autodeterminação informativa, presente no art. 18, inciso II, da LGPD, possui intrínseca relação com os artigos acima delineados, bem como, dos princípios deles decorrentes, uma vez que oferece ao titular dos dados a possibilidade de optar pelo término do tratamento a qualquer momento, exigindo do controlador o apagamento dos dados pessoais que o mesmo obtiver. (KASEMIRSKI, 2020, p. 95).

Além dos princípios e fundamentos retratados pelas supraditas leis, vale ressaltar os conceitos basilares para compreensão da LGPD, alguns desses retratados pela primeira vez em seu diploma normativo. O legislador brasileiro disciplinou, embora de maneira mais abrangente, que os dados pessoais são informações relacionadas às pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, capazes de identificar um indivíduo direta ou indiretamente, conforme previsto nos artigos 1º, *caput*, e 5º, inciso I, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Destarte, o artigo 5º da LGPD, em seus incisos II e III, também conceitua dados pessoais sensíveis e anonimizados:

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

Em compêndio inicial, conforme o que delimita a Lei Geral de Proteção de Dados, no art. 5º, inciso IV, o banco de dados é conceituado brevemente como o “conjunto de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico”. Entretanto, não se pode resumir essa importante ferramenta apenas a isso, pois se trata de uma coleção de dados ou um conglomerado de informações, inter-relacionados e presentes corriqueiramente na dinâmica da sociedade. Assim, são fatos que podem ser registrados de maneira física ou eletrônica, os quais terão uma utilização específica, com qualquer tamanho e complexidade. Por exemplo, um supermercado armazena em forma de lista seus produtos, dividindo-os conforme quantidade disponível em estoque e preço, essa lista pode ser feita em programa específico ou fisicamente no papel, e esse conglomerado de informações destinadas ao controle da venda dos seus produtos será um banco de dados.

Uma vez que fora precisado o conceito de banco de dados, pode se definir o conceito de *Big Data*, consoante Hugo Crivilim Agudo e Tarcisio Teixeira, como: conjunto de informações, fragmentadas ou não, cruzadas ou integrais, captadas pela simples utilização de plataformas digitais, que constituem um relevante e voluptuoso banco de dados online. (KASEMIRSKI., 2020, p. 235). Trata-se, portanto, de um enorme acervo de banco de dados, capaz de analisar e interpretar um conglomerado de informações, os dados, coletados e tratados de modo a atenderem as mais diversas utilidades.

4 O DIREITO DOS TITULARES DOS DADOS PESSOAIS E AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS DO MARKETING DIGITAL

Os consumidores na era informacional estão o tempo todo imersos, mesmo que de

forma indireta, no mercado digital, visto que seus dados estão sendo utilizados a todo o momento a fim de que sejam precisadas informações a seu respeito. A focalização de propagandas é tamanha que, quando direcionadas a um determinado público, lhes é passada a impressão de haver um monitoramento constante dos usuários o qual, de certa forma, existe, pois, embora não utilizem de mecanismos de espionagem ou ilícitos, tal procedimento faz uso de dados que os próprios usuários fornecem, possibilitando que seus comportamentos sejam previsíveis. Por isso é de tamanha importância que sejam levantados quais os direitos dos titulares dos dados pessoais tutelados pela nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, e quais as práticas comerciais são consideradas abusivas na publicidade comportamental, principalmente no marketing digital.

Conforme supracitado, é sabido que os dados são gerados a todo o momento, sejam por intermédio de notícias, reclamações, pesquisas, redes sociais ou aplicativos, dentre outras diversas maneiras, mas referindo-se especificamente dos dados obtidos por meios digitais, esses ficam armazenados de forma binária nos computadores, à espera de uma atuação, de uma análise que o transformará em informação e essa, por sua vez, poderá ser usada de forma específica. Todavia, não se confunde dados com informação, aquele é o estado originário da informação, que não acrescenta conhecimento além de fatos, aquela, entretanto, é o processamento desses fatos brutos, sua interpretação para determina fim, que no caso do marketing digital, será o reconhecimento do perfil de compra do consumidor. (BIONE, 2019, p. 55-56).

Essa dinâmica pode ser visualizada conforme exemplo a seguir: ao acessarem determinado aplicativo de compra, diversas consumidoras realizam a pesquisa de um vestido, tamanho G, de cor azul, com determinada faixa de preço; os dados serão exatamente esses, as especificações das preferências de compras dessas consumidoras. Entretanto, ao se obter esses dados, tal site contabiliza que mais de 80% (oitenta por cento) de suas vendas tem como base esse tipo de preferência acima descrito, isso será a informação, a análise dos dados adquiridos. Vale ressaltar que atualmente uma das maiores tecnologias para o processamento dessas informações é o sistema de *Big Data*, ao qual será apresentado ao decorrer do trabalho.

Por conseguinte, tomando como base essa análise, esse mesmo site envia promoções de vestidos de modelo, preço e cores similares para o e-mail de cada consumidora que realizou a compra anterior ou pesquisa desses modelos, uma vez que o seu perfil já fora definido e essas têm mais chances de realizarem a compra desses itens. Esse último passo pode ser definido como a fase de conhecimento, concordante com as três fases presentes no *BI - Business Intelligence*. Esse nada mais é do que a coleta, análise, compartilhamento e monitoramento de

informações gravadas em um banco de dados, para que posteriormente sejam utilizadas na otimização de estratégias que auxiliarão na gestão empresarial, nas tomadas de decisões e no planejamento estratégico.

Consoante Kotler e Keller, o marketing em sua definição social é um processo social pelo qual indivíduos e grupos obtêm o que necessitam e desejam por meio da criação, da oferta e da livre troca de produtos e serviços de valor com outros. (KOTLER; KELLER, 2006, p. 4). Sendo, portanto, de extrema importância na livre iniciativa e concorrência, princípios constitucionais da ordem econômica, presentes no art. 170, *caput* e inciso IV, da Constituição Federal. A Publicidade, por sua vez, não pode ser confundida com o conceito acima elencado, não sendo sinônimo deste, mas parte.

Com o advento da era digital houve o aumento significativo nas estratégias de marketing, voltadas à publicidade na era digital, sendo caracterizada pelo bombardeamento de informações relativas a produtos e serviços direcionados aos consumidores, seja por intermédio da internet, televisão, e-mail ou demais meios de comunicação. Esse bombardeamento de informações, assim como a forma pela qual o consumidor tem seus dados tratados, pode ser prejudicial e caso não sejam tomadas as devidas precauções tem potencial de se tornarem condutas abusivas ou ilegais, tanto pelo Código de Defesa do Consumidor, quanto pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Diante do que fora acima delineado, fica evidente que com o advento da sociedade da informação, por intermédio das redes sociais e das aplicações presentes nos Objetos Inteligentes (OIT's)⁴, acarretaram no acúmulo de múltiplos dados dos usuários, capazes de fornecerem um perfil detalhado que em consonância com a tecnologia de *Big Data*⁵ e as devidas análises dessas, servem de direcionamento para que os profissionais do marketing digital possam persuadir o consumidor, titulares desses dados pessoais, para que adquiram produtos ou serviços oferecidos.

Olvida-se que tal publicidade e tratamento de dados devem estar em consonância com a Lei Geral de Proteção de Dados, o Código de Defesa do Consumidor e a ordem constitucional, sujeito a serem consideradas práticas comerciais abusivas, ocasionando em sanções caso sejam descumpridas. Desse modo, um dos grandes desafios a serem enfrentados pelas empresas com o advento da nova Lei Geral de Proteção de Dados, será o de se adequarem aos novos modelos de proteção ao consumidor, uma vez que esses são constantemente colocados em situações

⁴ Objetos Inteligentes ou OIT's: são objetos físicos capazes de armazenar dados, dentre eles estão os celulares, computadores, *tablets*, *smartwatch* e muitos outros a qual a população faz uso em seu dia-a-dia.

⁵ A tradução livre de *Big Data* pode ser aproximada como Dados em Grande Volume

comerciais abusivas, prejudicando sua autonomia da vontade, seu direito ao acesso à informação e a privacidade, já que o usuário da rede é constantemente monitorado.

Consoante Bruno Ricardo Bione (2021), os dados podem ser utilizados de inúmeras formas, especialmente por intermédio do *Big Data*. Podendo causar, por meio dessa operação econômica, tanto benefícios como potenciais prejuízos, uma vez que, diferentemente das operações econômicas convencionais, nas quais a contraprestação é fixada pecuniariamente e previamente, a operação econômica informacional é incerta no quanto poderá afetar o consumidor. Além disso, a coleta de dados pessoais é contínua, sendo incerto o fluxo das informações que podem ser coletadas ao longo do usufruto do serviço. (BIONE, 2021, p. 22-23). Portanto, têm-se os dados pessoais dos consumidores como produto a ser comercializado, rompendo o modelo de negócios tradicional, em que os consumidores trocam uma determinada pecúnia por um bem ou serviço, muitas vezes sem sequer terem noção dessa troca ou de como esses dados serão utilizados, tão pouco até quando os fornecedores poderão estar em posse destes.

Conforme o que fora acima delineado, é incontestável que os titulares de dados pessoais têm importância vital para o marketing digital, não somente como destinatário de seus produtos ou serviços, mas como participantes ativos, responsáveis por influenciar os demais consumidores. O histórico de pesquisa de cada usuário, seus comentários e pesquisas feitas em redes sociais, ferramentas como *cookies*⁶, *Big Data*, e os dados produzidos pelos OIT's ao longo do dia, dentre outros, são mecanismos constantemente utilizados para monitoramento e delimitação do perfil desses consumidores. Desse modo, a abordagem publicitária passa a ser atrelada de forma precisa ao perfil do potencial consumidor e, com isso, têm-se informações sobre o que aquele indivíduo está mais suscetível a consumir, tendo como base a delimitação de seu perfil comportamental. (BIONE, 2021, p. 17).

Um exemplo prático comumente utilizado de venda direcionada feita de forma abusiva é o caso da empresa Target, que ocorreu em 2012, nos Estados Unidos. Em artigo divulgado pelo *New York Times* em 2012, a varejista conseguiu resultados financeiros extremamente positivos, entretanto, utilizando-se de dados pessoais dos consumidores de forma abusiva. Segundo matérias do jornal O Globo e da revista Preven, ambas publicadas em 2021, no caso em comento, a Target acabou revelando a um pai de família que sua filha, menor de idade, estava grávida, por intermédio do envio de um e-mail de marketing com sugestão para grávidas.

⁶ Não há uma palavra que traduza, no português, o significado de *cookies*. Tratam-se de arquivos que ficam salvos no computador após visualizar uma página na internet ou sítio virtual e registra dados e informações do acesso.

Isso só se tornou possível por causa de um algoritmo criado pela Target, capaz de identificar a gravidez considerando os tipos de produtos comprados em seu site. Esse mecanismo de *Big Data* funcionava da seguinte forma: após uma ampla pesquisa utilizando os dados pessoais fornecidos pelas suas clientes foi constatado que, se uma mulher de 23 (vinte e três) anos comprasse um hidratante de manteiga de coco, uma bolsa grande, suplementos como zinco e magnésio, e um tapete azul, haveria 87% (oitenta e sete por cento) de chances de que a mesma estivesse em gestação.

O caso acima delineado é a representação concreta da prática conhecida como *profiling*, em que os dados pessoais de um indivíduo formam um perfil a seu respeito para a tomada de inúmeras decisões. (BIONE, 2021, p. 88). Nesse caso, houve a exposição dos dados pessoais da adolescente, que, ao ser monitorada e exposta ao seu pai, sem o seu consentimento, por intermédio dos e-mails de publicidade, teve o sigilo das suas informações ferido. Ademais, os dados pessoais do caso acima delineado são sensíveis, uma vez que tratam da saúde e vida sexual do indivíduo, entretanto, foram utilizados de maneira que extrapolou a sua finalidade, causando uma série de problemas a sua titular e ferindo os seus direitos.

Além disso, o titular de dados pessoais acaba encontrando diversas dificuldades no que diz respeito às políticas de privacidade impostas de forma unilateral pelos agentes de tratamento, as quais se apresentam como um mecanismo falho na legitimação do consentimento dos consumidores, indivíduos sem poder de negociação nas cláusulas contratuais inerentes daquelas, visto que possuem natureza de contrato de adesão. Nesse sentido, os textos excessivamente longos e de difícil compreensão, somados ao custo e ao tempo para leitura desses, tornam a prática inviável e, conseqüentemente, uma barreira aos usuários, que, em geral, não realizam a sua leitura. Isso posto, a falta de conhecimento técnico e a liquidez da própria natureza dos dados pessoais, tornam a prática uma medida ineficaz, que, por sua vez, deveria se apresentar de forma adequada e clara, conforme o art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, bem como obedecendo aos critérios de transparência exigidos pelo art. 6º, inciso VI, da LGPD.

Ainda, Bione (2021) esclarece em seu estudo que a operação econômica relativa ao uso dos dados pessoais, em troca de algum benefício ao consumidor, não dá margem para um deslocamento patrimonial em que a contraprestação do bem de consumo é fixada pecuniariamente. Dessa forma, sendo os dados pessoais uma moeda de troca, o consumidor acaba sem saber os custos reais e efetivos da transação econômica, visto que, sendo incerto o alcance de seus dados pessoais, existe a inexatidão do que deles se pode extrair. Essa assimetria econômica e informacional, acaba se agravando ainda mais, uma vez que a quantidade de

agentes presentes no arranjo da economia da informação é muito maior do que aqueles presentes nas relações de consumo tradicionais, desequilibrando mais ainda essa relação. (BIONE, 2021, p. 155-156)

A hiper-vulnerabilidade que o mercado de consumo online acarreta aos titulares de dados pessoais, que se encontram constantemente ameaçados e à mercê de práticas comerciais abusivas as quais, conforme Teixeira e Armelin, acabam afetando suas liberdades de escolha, privacidade e autodeterminação informativa. Nota-se, ainda, que tais princípios encontram-se assegurados no art. 2º, inciso II, da LGPD, cujo texto legal garante ao indivíduo o direito de saber, com exatidão, quais de seus dados pessoais estão sendo coletados, com a consciência da finalidade para que se prestarão, para, assim, tomar a decisão de fornecê-los ou não, levando em conta os benefícios ou malefícios que poderão acarretar. (TEIXEIRA; ARMELIN, 2021, p.33)

Fica evidente que a prática do disposto é considerada abusiva, algo reconhecido pela Lei Geral de Proteção de Dados, em seu art. 2º, inciso I, uma vez que fora violado o direito à privacidade. Ademais, os direitos à intimidade, à honra e à imagem, também violados e que encontram-se salvaguardados no inciso IV, da LGPD, e no Código de Defesa do Consumidor, conforme art. 39, inciso IV, visto que a prática supracitada se prevaleceu da fraqueza e da ignorância da consumidora ao utilizar de seus dados de maneira imprópria, parte incontestavelmente hiper-vulnerável das relações de consumo na era do *Big Data* e do marketing digital.

5 SEGURANÇA, GOVERNANÇA E COMPLIANCE NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.

A correlação entre as boas práticas de segurança, governança e *compliance* e a proteção de dados pessoais, deságua nas visíveis e significativas mudanças que a LGPD trouxe aos usuários, bem como, aos agentes de tratamento, especialmente os controladores, no ambiente empresarial, que necessitam se adequar às exigências da nova legislação. Reforça-se, portanto, sem pretensão de se exaurir o presente tema, o posicionamento crítico acerca do uso dos dados pessoais dos consumidores pelos agentes de tratamento, visto que, apesar da proteção dada pela LGPD àqueles, os agentes econômicos também serão totalmente atingidos pela sua disciplina, utilizando-se principalmente das boas práticas de segurança, governança e *compliance* para tanto.

Diante disso, surgem inquietações a respeito de como os agentes de tratamento, sobretudo as empresas, que fazem o uso dos dados pessoais dos titulares por intermédio principalmente do marketing digital, podem vir a não causar danos aos titulares de dados, mantendo sua livre iniciativa e liberdade econômica. Visto que, o simples acesso que os agentes de tratamento têm da abundância de informações do titular, além de caracterizar uma nova vulnerabilidade deste, é o necessário para desequilibrar a relação de consumo em várias de suas fases, consolidando uma nova modalidade de assimetria informacional que deriva da informação pessoal como um ativo determinante (DONEDA, 2010, p. 9-10).

Outrossim, a relevância do tema proposto encontra-se nas sanções administrativas que entraram em vigor no dia 1º de agosto de 2021, são essas as relativas aos arts. 52, 53 e 54 da LGPD. Tais dispositivos legislativos possuem um caráter punitivo elevado, conforme pode ser observado no art. 52, inciso II, da LGPD, que estipula

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

Ainda, o art. 52, da LGPD, prevê multa diária observado o limite acima delineado, além de não impedir a aplicação de sanções de caráter civil e penal, uma vez que as penas previstas acima são de caráter administrativo.

Ademais, ainda se estipula no art. 52, inciso X, a suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo máximo de 6 (seis) meses. Essa medida torna-se tão preocupante para os agentes de tratamento quanto os valores referentes a importe limite da multa administrativo, visto que, conforme já demonstrado ao longo do estudo, as atividades de controle e operação de dados necessitam da utilização da tecnologia de banco de dados, principalmente o *big data*, para personalizar a sua linha de atuação frente ao consumidor.

Todavia, para que empresas possam continuar operando no mercado de consumo, valendo-se das tecnologias que necessitam do uso dos dados pessoais, elas devem investir em boas práticas de governança corporativa, entendido como o “sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”, conforme o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, IBGC. (IBGC, 2015, p. 20). Ademais, as empresas devem obedecer às regras concretas e aos

procedimentos adotados pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, ANPD, conforme estipulado no art. 55-J, da LGPD, bem como, consonante Bione: “é preciso que as empresas adotem modelos de governança descentralizados, porém com padrões definidos, mapeando os graus de tomada de decisão em relação à TI”. (KASEMIRSKI, 2020, p. 177).

A ANPD no mesmo artigo acima delineado, entretanto disposta no inciso VI, fica encarregada de promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e medidas de segurança, de forma que o conhecimento repassado à população sobre a importância dos seus dados pessoais para o mercado de consumo, bem como, para as complicações que o consentimento impensado do uso de seus dados pode vir a causar problemas e até mesmo danos futuros a aqueles. Nesse interim, para que o titular de dados possa gerenciar devidamente suas informações pessoais, aquele deve ter consciência de quais são os agentes de tratamento envolvidos no fluxo informacional, visto que esse é completamente mutável em virtude da quantidade de agentes envolvidos suas operações, em conformidade com a LGPD, conforme já visualizado.

Entretanto, a solução também encontra dificuldades na própria natureza humana, a qual, conforme Bione (2021), dada a sua racionalidade e habilidades cognitivas limitadas, é pouco provável que esteja capacitado para tanto, seja para absorver, memorizar ou processar todas as informações relevantes. Ademais, a teoria da decisão da utilidade subjetiva, somada à individualidade que cada agente possui em suas políticas de privacidade e às barreiras psicológicas envolvidas no processo cognitivo, dão enfoque ao fato de que o ser humano tem a tendência de focar nos benefícios imediatos, e, por essa razão deixa de sopesar os possíveis prejuízos à privacidade, os quais são temporariamente distantes. (BIONE, 2021, p. 139-140).

Nesse sentido, os consumidores, isto é, aqueles detentores da titularidade de dados pessoais que exercem relação de consumo com as demandadas, seja de forma onerosa ou não, em geral, não possuem o conhecimento necessário a respeito da gama de informações que podem ser extraídas da mineração dos seus dados. A partir desse fato é possível concluir, também, pelo desconhecimento de boa parte dos consumidores acerca da extensão dos danos que podem ser causados pelo compartilhamento de seus dados pessoais, bem como do valor mercadológico que estes possuem, resultando na tomada de decisões precipitadas tendo como base o imediatismo de uma vantagem. Desta forma, a estipulação de um prazo determinado para a utilização dos dados pessoais pelos agentes de tratamento torna-se imprescindível, conforme demonstrado por Teixeira e Armelin:

O tempo de guarda dos registros é assunto imprescindível a ser definido pela futura

autoridade nacional, considerando-se as obrigações de eliminação de dados previstas no art.16 atribuída aos agentes de tratamento, para que o agente possa manter ou eliminar dados pessoais após o término de seu tratamento de forma segura, garantindo-se assim o cumprimento da lei. (TEIXEIRA; ARMELIN, 2021, p. 125).

Essa importância foi abarcada pela LGPD em seu art. 40, que atribuiu à ANPD a capacidade de dispor sobre os padrões de tempo de guarda dos registros, tendo em vista, especialmente, a necessidade e a transparência. Em virtude do que foi acima delineado, faz-se necessária a criação e a implementação de ferramentas capazes de auxiliar o usuário, ora titular de dados, nas tomadas de decisões inerentes ao consentimento, visto que a mera exigência daquele é facilmente contornada ao tornar-se a navegação dos usuários maçante ao importuná-lo com a aceitação de seus *cookies* e políticas de privacidade, muitas vezes compulsória para utilização de seu serviço, bem como, em assistir o titular quanto as ferramentas de rastreamento de sua navegação.

Todavia, já existem tecnologias compatíveis com esses anseios, são essas as denominadas de *Privacy Enhancing Technologies – PET*⁷, que, conforme Bione, tem como dinâmica prioritária a proteção da privacidade e orientam, com a proteção de dados pessoais, a concepção de um produto ou serviço, com tecnologias que facilitam o controle a proteção das informações pessoais, como a criptografia, a anonimização dos dados pessoais e o mecanismo de navegação anônima. (BIONE, 2021, p. 167-168).

Por conseguinte, levando-se em consideração a importância do consentimento não só nas relações de consumo, mas no próprio tratamento dos dados pessoais dos titulares, é essencial uma ferramenta que faça ou colabore com controle dos dados pessoais. Resignado Bione (2021), o *Do Not Track – DNT*, de forma traduzida, Não Me Rastreie, é uma PET arquitetada para executar as escolhas dos titulares de dados pessoais no plano de coleta, facilitando o controle de dados. Em suma, em vez do usuário realizar a aceitação ou não de ferramentas como os *cookies*, bastaria acionar a ferramenta para que, de forma automática, barrasse ou não a coleta de dados, ao simples acionar de um botão. Todavia, esse avultoso aparato teve o seu movimento enfraquecido pela inexistência de consenso quanto a quem faria a sua implementação, bem como, sua concepção. Provocando, também, anseios sobre a possibilidade de esta ocasionar a destruição da indústria da publicidade comportamental. (BIONE, 2021, p. 170-171).

Destarte, nesse cenário, as empresas que realizam o tratamento de dados pessoais

⁷ Em tradução livre, Tecnologias de Incremento de Privacidade

necessitam se adequar, principalmente âmbito da segurança da informação, nos conformes do art. 46 da LGPD, cuja redação segue:

Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

Isso posto, as ferramentas de *compliance* tornam-se facilitadoras do controle das atividades internas, tanto no âmbito institucional como no empresarial, reforçando o cumprimento das leis e normas, bem como, a fundamentabilidade das atitudes éticas e idôneas, tão importantes que se tornaram princípios fundamentais da LGPD. Em comentário:

Ser *compliance* é conhecer as normas da organização, bem como seguir os procedimentos recomendados, agindo em conformidade e sentir quanto é fundamental a ética e a idoneidade em todas as nossas atitudes. Igualmente, estar em *compliance* é estar em conformidade com leis e regulamentos internos e externos. (KASEMIRSKI, 2020, p. 188).

Desse modo, devem as empresas inserirem normas de ambos os institutos em seus códigos de conduta, guia norteador do comportamento apropriado, estabelecendo:

[...] diretrizes a respeito, tanto sobre o tratamento de dados pessoais, elaboração e disponibilização de documentos eletrônicos, desenvolvimento de treinamentos indicando os comportamentos esperados e os vedados por seus empregados e demais participantes, propondo e aplicando as penalidades, caso comprovadas as violações. (KASEMIRSKI, 2020, p. 190-191).

Uma vez que, a segurança e as boas práticas de governança são fatores que devem estar intimamente ligados às técnicas de *compliance*, a fim de alcançar a maior eficácia legislativa possível tanto no âmbito pessoal das relações de consumo, quanto no âmbito empresarial. Essas medidas abarcam os princípios da segurança e prevenção, previstos, conforme já demonstrado, no art. 6º, incisos VII e VIII da LGPD, responsáveis por evitarem, em conjunto com todas as outras, a ocorrência de danos decorrentes do tratamento de dados pessoais.

6 CONCLUSÕES

Com base em todos os conceitos e reflexões apresentadas, é possível constatar que são enormes os desafios que o mercado digital apresenta, principalmente no diz respeito ao uso dos dados pessoais frente aos mecanismos do marketing digital, tão usado pelas empresas que atuam nessa área. As novas práticas de vigilância baseadas no processamento de informações, embora permitam uma maior transparência, expõem o usuário, por sua vez consumidor, a constantes monitoramentos e testes que, muitas vezes, se quer tem a noção que aqueles estão sendo realizados, muito menos, que esses passaram pelo crivo do seu consentimento. Bem como, que a qualificação rígida do consentimento, essa presente na forma de aceitação das políticas de privacidade, não é garantia de que o titular de dados tenha a habilidade de, sozinho, sem os mecanismos e conhecimentos adequados, decidir diariamente e de forma massiva sobre seus dados pessoais.

Nesse interim, a LGPD emerge como ferramenta legislativa de equidade, a fim de corrigir as desigualdades nas relações mercadológicas digitais. Protegendo o elo mais frágil, o titular, as vezes consumidor, que, muitas vezes sem saber das repercussões, acaba se submetendo aos agentes de tratamento de dados, conforme observado no caso em comento. Dessa forma, como diploma normativo, compele aos agentes de tratamento responsabilidades que interferem na operacionalização dos dados pessoais de cada titular. Os mecanismos que ela demonstra, por sua vez, empoderam o consumidor no controle de seus dados, dando a ele a capacidade de autodeterminação informacional.

Entretanto, não é objetivo deste estudo o esgotamento do tema, mas a comprovação da existência de vulnerabilidade do titular dos dados pessoais, em virtude da dificuldade de regulamentação eficaz do mercado informacional e dos que se beneficiam da ignorância e ou fraqueza daqueles, principalmente aqueles que fazem uso das ferramentas do marketing digital. Os titulares, portanto, são visivelmente mais suscetíveis de serem sistematicamente lesionados pela má utilização de seus dados pessoais, cujo potencial do dano não pode se quer ser antevisto, provada assim a sua hiper-vulnerabilidade no ambiente mercadológico digital.

Ademais, se faz necessária à implementação de mecanismos que forneçam ao cidadão o real controle de seus dados pessoais, ao contrário da ineficaz prática da mera aceitação de políticas de privacidade, ou o direito não alcançará eficácia normativa, pois não irá corresponder aos anseios e avanços da sociedade. Ademais, a implementação de ferramentas de estratégia regulatória como o DNT se faz necessário para tanto, necessitando da urgente

intervenção do Estado para sua concepção e regulamentação.

Concluiu-se, no segundo tópico desse trabalho, que a LGPD tem natureza normativa visto que garante aos usuários direitos fundamentais disciplinados formalmente em seu íterim, bem como, guardando profunda relação com os direitos fundamentais também constantes no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal. Já no tópico seguinte, identifica-se que a prática de *profiling* pode acarretar danos os consumidores quando essa se utiliza de dados sensíveis de forma excedente a sua finalidade, como o ocorrido no caso da Target, caracterizando, inclusive, atitude considerada abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor, ademais, também se identifica a hiper-vulnerabilidade que o mercado de consumo online acarreta aos titulares de dados pessoais quando os agentes de tratamento se prevalecem da fraqueza e da ignorância dos consumidores, utilizando os seus dados de maneira imprópria.

Refere-se, que, no tópico concernente a segurança, governança e *compliance*, identificou-se que boas práticas de governança em conjunto com aquele são essenciais para a eficácia legislativa da LGPD, beneficiando não só os usuários, ora consumidores, mas também as empresas que, por estarem de acordo com os requisitos legais, não sofrerão as sanções de caráter punitivo considerável, evitando prejuízos de ordem econômica à empresa e os bloqueios à utilização dos bancos de dados, sem falar que as boas práticas de governança também fazem parte dos critérios para dosimetria da pena.

Verificou-se, também, que as políticas de privacidade são formas ineficientes de se “concederem” a capacidade ao usuário para que esse exerça devidamente sua autodeterminação informativa e seu devido consentimento, visto o seu não conhecimento da importância dos seus dados pessoais para o mercado de consumo, conforme já demonstrado no decorrer deste trabalho, bem como, fisiologicamente na sua limitada racionalidade e habilidade cognitivas como ser humano. Essas evidenciam que, os usuários tem a tendência de focar nos resultados imediatos, sendo que, no que tange a utilização dos dados pessoais os resultados, na maioria das vezes, serão perquiridos a longo prazo.

Portanto, cabe a ANPD a promoção de conhecimento a população das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e medidas de segurança, através de canais de fácil acesso e comunicação, como por exemplo as próprias redes sociais e canais televisivos, bem como, que essa estipule o prazo determinado para o uso dos dados pessoais pelos agentes de tratamento, a fim de limitar o seu uso por tempo indiscriminado. Desse modo, equalizando as assimetrias para um controle mais efetivo dos dados pessoais e empoderando o titular daqueles.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BIONE, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DUHIGG, Charles. How Companies Learn Your Secrets. **The New York Times Magazine**, New York, 12 fev. 2012. Your shopping habits reveal even the most personal information -- like when you're going to have a baby. Disponível em: https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?pagewanted=1&_r=1&hp. Acesso em: 30 mar. 2021.

DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia**. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010. Acesso em: 12 mar. 2021.

ELMASRI, Ramez. NAVATHE, Shamkant B.. **Sistemas de banco de dados**. 6. ed. São Paulo: Pearson Universidades, 2010.

FRAZÃO, Ana. TEPEDINO, Gustavo. **A lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

KASEMIRSKI, André Pedrosa. Reflexões sobre segurança, boas práticas, governança e *compliance* na proteção de dados pessoais. In: MAGRO, Américo Ribeiro. TEIXEIRA, Tarcisio. (Org.). **Proteção de dados: fundamentos jurídicos**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 167 - 197

KELLER, Kelvin Lane; KOTLER, Philip. **Administração de marketing: a bíblia do marketing**. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V.. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MACIEL, Rafael Fernandes. **Manual prático sobre a lei geral de proteção de dados pessoais (lei nº 13.709/18)**. Goiânia: Rm Digital Education, 2019.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumido**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais**: comentários à lei n. 13.709/2018. São Paulo: Saraiva, 2018.

RUARO, Regina Linden. MAÑAS, José Luis Piñar. MOLINARO, Carlos Alberto (org.). **Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade digital**. Porto Alegre: Fi, 2017.

SCRIVANO, Roberta. Big Data: está todo mundo de olho em você na rede. **O Globo**, 24 jul. 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/big-data-esta-todo-mundo-de-olho-em-voce-na-rede-19774825>. Acesso em: 24 mar. 2021.

TEIXEIRA, Tarcisio. ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. **Lei geral de proteção de dados pessoais**: comentado artigo por artigo. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

GENERAL PERSONAL DATA PROTECTION LAW AND THE IMPACTS ON BEHAVIORAL ADVERTISING: AN ANALYSIS DIRECTED TO DIGITAL MARKETING AND COMPLIANCE

ABSTRACT

This article examines the LGPD's impact on behavioral advertising and digital marketing. This qualitative research employs the inductive method to deal with the use of personal data in marketing strategies. It understands that strategic management and compliance guarantee security to data subjects. It comprehends that certain digital marketing practices can harm data subjects. It identifies that good security, governance and compliance practices prevent economic losses to the company. At last, it concludes the application of the LGPD in the consumer market, bringing benefits to companies, consumers and the State.

Key words: General Data Protection Law. Digital Marketing. Behavioral advertising. Compliance.