### DISCRIMINAÇÃO INJUSTA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Bruno Miragem<sup>1</sup>

Sumário: 1. Introdução. 2. Discriminação de consumidores e seu enquadramento jurídico. 2.1. Discriminação e recusa a contratar. 2.2. Discriminação e diferenciação ao contratar. 3. A discriminação de consumidores e o tratamento de dados pessoais. 3.1. Discriminação algorítmica. 3.2. Meios de prevenção ao tratamento de dados discriminatório de consumidores. 4. Síntese conclusiva.

#### 1. Introdução

A consagração do direito fundamental de igualdade entre todos os seres humanos é um dos fundamentos do direito moderno: "todos são iguais perante a lei". É a concepção de *igualdade formal*. Já o direito do consumidor tem sua origem no reconhecimento de desigualdade fática entre consumidores e fornecedores, recuperando a antiga noção de igualdade, derivada do pensamento de Aristóteles, na proposição de que se devem tratar os iguais de modo igual, e os desiguais, desigualmente, na medida da sua desigualdade — a *igualdade material*. Os critérios pelos quais se realiza essa diferenciação, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor — nos termos do art. 4°, I, do Código de Defesa do Consumidor —, têm origem constitucional, com a previsão da defesa do consumidor como um direito fundamental (art. 5°, XXXII, da Constituição da República). Trata-se, portanto, a exemplo de outras situações, de uma intervenção do Estado, a partir de critérios juridicamente legítimos, visando à tutela de uma determinada posição jurídica do sujeito vulnerável.<sup>2</sup>

<sup>1.</sup> Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul nos cursos de graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito. Advogado e Parecerista.

<sup>2.</sup> MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 55 e ss.

Situações como essa do consumidor, e todas aquelas que digam respeito à proteção de interesses dos vulneráveis, são muitas vezes definidas como uma discriminação positiva, assim entendida aquela que é legitimada por critérios não apenas reconhecidos, mas promovidos pelo Direito (assim também as ações destinadas à promoção de grupos vulneráveis = *ações afirmativas*).<sup>3</sup> Ao tratar-se da discriminação, contudo, o sentido mais comum conduz ao exame da conduta antijurídica, de *discriminação injusta*, sobretudo, nos casos de proibição àquela que se dê a por critérios expressamente vedados. No direito brasileiro, a proibição à discriminação (artigo 3°, IV), e a igualdade entre homens e mulheres "em direitos e obrigações" é expressa e solenemente afirmada na Constituição da República (artigo 5°, I).<sup>4</sup> O Código de Defesa do Consumidor, de sua vez, assegura como princípios a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações (artigo 6°, II), cujo sentido e alcance supõem a incidência das normas que proíbem a discriminação.

A livre iniciativa econômica assegurada pela Constituição é delimitada pela proibição à discriminação injusta. No âmbito dos contratos do consumo, o exercício da autonomia privada, especialmente por intermédio da liberdade de contratar, será conformado pela legislação. Não há, em abstrato, como se obrigar alguém a celebrar contrato com outra pessoa. Contudo, se alguém se dispõe a ofertar no mercado produtos e serviços, a recusa de contratar deve fundar-se em motivo legítimo. Outra situação é a relativa à diferenciação sobre o conteúdo do contrato, como ocorre em relação à prática de preços ou condições distintas entre consumidores, quando motivada por critério subjetivo, depreciativo de uma das partes. É o que pode ocorrer, por exemplo, no caso da diferenciação de preços entre homens e mulheres, se ela não estiver fundada em critérios legítimos. No direito comunitário europeu, diretiva específica sobre o tema estabelece que a diferenciação só será admitida "se o fornecimento de bens e a prestação de serviços exclusivamente ou prioritariamente aos membros de um dos sexos for justificado por um objetivo legítimo e os meios para atingir esse objetivo forem adequados e necessários" (artigo 4°, item 5, da Diretiva 2004/113/CE).

No direito norte-americano, a discriminação nas contratações observou caso paradigmático, julgado pela Suprema Corte, envolvendo florista que, em razão de sua crença religiosa, negou-se a fornecer flores para a decoração de um casamento entre pessoas do mesmo sexo, que já eram seus clientes há cerca de nove anos. A

<sup>3.</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 10.

<sup>4.</sup> A proibição constitucional à discriminação injusta projeta-se, inclusive, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade de leis que a promovam ou expressem (ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 28/10/2015, *DJE* de 11/05/2016), bem como ao favorecer a punição dos crimes que a favoreçam (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, j. 17/09/2003, *DJ* de 19/03/2004).

florista em questão foi demandada pelos próprios consumidores e pelo estado de Washington, por discriminação e consequente violação da lei de proteção do consumidor daquele estado (*Arlene's Flowers* Inc. v. *Washington*). O caso foi julgado procedente pela Suprema Corte do Estado de Washington, com base na violação do *Washington State Law Against Discrimination*, que prevê expressamente a proibição de discriminação por orientação sexual em locais públicos. A decisão estadual, contudo, foi anulada pela Suprema Corte dos Estados Unidos por razões processuais, retornado para novo julgamento, que ocorreu em junho de 2019. Na ocasião, a corte estadual confirmou sua decisão anterior. Novo recurso (*writ of ceritiorari*) foi apresentado, então, pela defesa da florista à Suprema Corte dos Estados Unidos.

Um segundo caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos foi o *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, no qual foi objeto de exame a possiblidade de uma confeitaria negar-se a fornecer o bolo para os festejos de um casamento entre pessoas do mesmo sexo, também sob o fundamento da liberdade de crença religiosa. Nesse caso, a Suprema Corte decidiu, por maioria (7 a 2), que a decisão da Comissão de Liberdades Civis do Estado do Colorado – que havia considerado discriminatório o ato praticado – não respeitou a liberdade religiosa e o direito de propriedade do fornecedor.

No direito brasileiro, no tocante à disciplina das relações de consumo, duas situações fundamentais devem ser consideradas para identificar a extensão da proteção contra a discriminação. A primeira é a recusa imotivada de contratação com o consumidor, o que é expressamente proibida pelo art. 39, II, do CDC, como espécie de prática abusiva. A segunda é a diferenciação quanto às condições da contratação, sem que exista critério objetivo legítimo que a justifique. Nesse caso, será objeto de divergência, precisamente, o critério da distinção entre consumidores diversos. Além da recusa de contratar sem razão legítima, o CDC prevê como prática abusiva "repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos" (art. 39, VII). No caso dessa informação ser utilizada como critério para a diferenciação do consumidor, será o caso de discriminação injusta.<sup>6</sup>

<sup>5.</sup> Segundo o entendimento dominante, divulgado pela Comissão de Direitos Humanos do Estado de Washington, o place of public accommodation a que se refere a norma, compreende qualquer lugar que vende mercadorias, oferece comida ou bebida por um preço, é um local de entretenimento, recreação, ou hospedagem, assim como escolas, prédios governamentais, bibliotecas, museus, médicos, escritórios, transportes públicos e teatros. Veja-se, a respeito, o Guide to sexual orientation and gender identity and the Washington State Law Against Discrimination, publicado pela Washington State Human Rights Comission, disponível em: https://www.hum.wa.gov/sites/default/files/public/publications/Updated%20SO%20GI%20Guide.pdf. (acesso em 15 de julho de 2020).

<sup>6.</sup> A regra do art. 39, VII, do CDC, tem o objetivo de impedir a formação das denominadas "listas negras" de consumidores, criando embaraço para o exercício regular do

O exame do tema, neste estudo, será feito em duas partes. Na primeira, examina-se os fundamentos da proibição da discriminação ao consumidor, em especial, na *recusa* e na *diferenciação das condições de contratação*. Na segunda, a proibição de discriminação do consumidor no tratamento de dados pessoais, em especial, frente às novas possibilidades de sua realização por intermédio de estratégias de programação de algoritmos (*discriminação algorítmica*), e os meios para prevenir os riscos de sua realização.

#### 2. Discriminação de consumidores e seu enquadramento jurídico

Discriminação é expressão resulta de *discrimen*, de origem latina, indicando o que separa, separação, diferença. Discriminar é diferenciar, pressupõe escolhas. E fazer escolhas é algo inerente à liberdade humana: separam-se do conjunto das pessoas um grupo de amigos, ou entre produtos, os de melhor qualidade, ou que tenham certas características, em toda sorte de preferências. Toda escolha separa, elege alguns em detrimento de outros. Porém, o que transforma uma escolha, ato de liberdade, em discriminação injusta – daí, portanto, objeto de repressão pelo Direito?

Entre as propostas de explicação compreensiva da questão, merece registro a oferecida por Roger Raupp Rios, segundo a qual são merecedores de proteção contra discriminação grupos que a) se sujeitam histórica e intencionalmente a um tratamento desigual pela maioria; b) são vítimas de um processo de estigmatização; c) são objeto de preconceito e hostilidade difusos; d) recebem tratamento desigual decorrente de estereótipos sobre suas capacidades; e) constituem parcela minoritária e pouco expressiva, com participação política seriamente prejudicada; f) têm nas características próprias, imutáveis, (ou muito dificilmente modificáveis) e constituintes de sua identidade, o fundamento da diferenciação; e g) apresentam, como causa da discriminação, uma característica irrelevante para sua participação positiva na sociedade.<sup>8</sup>

direito. Caso em que, conforme já mencionamos, "nada impede a inversão do ônus da prova quando as circunstâncias do caso o autorize, indicando ao fornecedor que recusa fornecimento – e de que se suspeita basear-se em uma "lista negra" – que seja instado a demonstrar as razões objetivas que determinaram a recusa da contratação ou a inadequação do consumidor a um determinado padrão de contratação admissível." MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 404.

<sup>7.</sup> NEUNER, Jörg. Diskriminierungsschutz durch Privatrecht. *JuristenZeitung*, v. 58, n. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, jan./2003, 57-66, em especial, p. 63.

RIOS, Roger Raupp. Direito antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.

Esses critérios são indissociáveis de certa compreensão histórico-cultural, que fazem com que tais fatores sirvam, em determinado estágio, a promover a discriminação injusta. No direito alemão, a Lei Geral de Igualdade de Tratamento (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*), de 2006, proíbe a diferenciação por raça, origem étnica, gênero, religião ou crença, deficiência, idade e identidade sexual (§ 1°). Seu âmbito de aplicação envolve, entre outros, o acesso e fornecimento de bens e serviços ao público, incluindo habitação (§ 2°). Admite-se, contudo, a possibilidade de diferenciação por critérios objetivos, sem que se caracterizem como discriminação injusta (§ 20).

No mercado de consumo, as situações de discriminação são diversificadas. Alguns anos atrás, o tema envolveu, no Brasil, a tentativa de restrição do acesso a *shopping centers* por grupos de adolescentes pobres, ou de classe média baixa, para encontros agendados pelas redes sociais (o que se denominou, à época, de "rolezinho"). A pergunta era se seria lícito aos administradores dos *shopping centers* impedirem o acesso desses grupos sob a alegação de razões de segurança ou bem-estar dos demais clientes.<sup>9</sup>

Nas relações econômicas de mercado, há inúmeras questões que suscitam reflexões apuradas no ponto. Constitui-se infração à ordem econômica, segundo

<sup>9.</sup> A jurisprudência brasileira, nesse tema, oscila entre o entendimento de que se trata de uma discriminação inadmissível, especialmente de crianças de classe social mais baixa (e.g. TJSP, Apelação Cível 1035431-30.2014.8.26.0506; Rel. Francisco Casconi, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 03/03/2020), e outras que identificam a necessidade de proteção da livre-iniciativa e do direito de propriedade dos lojistas e da própria administradora do shopping center (e.g. TJSP, Apelação Cível 1038186-34.2017.8.26.0114; Rel. Paulo Ayrosa, 31ª Câmara de Direito Privado, j. 16/09/2019). Por essa razão, identifica-se o exercício regular do direito ao restringir o ingresso de jovens para participar da atividade, sob o fundamento de proteger a segurança dos demais consumidores (TJRS, Apelação Cível 70078178514, Rel. Eduardo Kraemer, 9<sup>a</sup> Câmara Cível, j. 08/08/2018). Da mesma forma, encontra-se o entendimento que, ao exigir a demonstração da conduta ilícita da administradora do shopping, ausente ela, julgou improcedente a demanda (TJSP, Apelação Cível 1027562-71.2016.8.26.0562, Rel. Donegá Morandini, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 25/03/2019). Em sentido contrário, há decisões sustentando a responsabilidade objetiva da administradora do shopping center pelo impedimento indevido de ingresso do consumidor, sob o argumento de que iria participar de "rolezinho" (TJRS, Apelação Cível 70082595422, Rel. Tasso Caubi Soares Delabary, 9<sup>a</sup> Câmara Cível, j. 27/05/2020). Registre-se, ainda, situações em que foi reconhecida a discriminação injusta em razão da orientação sexual dos consumidores que foram impedidos de ingressar no shopping center após terem participado de manifestação pacífica de orgulho LGBT (TJSP, Apelação Cível 1015946-60.2015.8.26.0554, Rel. Ruy Coppola, 32ª Câmara de Direito Privado, j. 03/03/2020). Por outro lado, regular a restrição de ingresso em estabelecimento ao consumidor que esteja com seios e nádegas à mostra, exigindo certa austeridade na vestimenta, não cabendo, per se, a alegação de discriminação por orientação sexual (TJRS, Apelação Cível 70074526799, Rel. Eduardo Kraemer, 9<sup>a</sup> Câmara Cível, j. 25/10/2017).

a Lei de Defesa da Concorrência, "discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços" (artigo 36, §3°, alínea d, X, da Lei 12.529/2011). Ninguém terá dúvida, contudo, que se um empresário for procurado por alguém que lhe compre dez mil itens de um determinado produto, será lícito que defina preço unitário menor do que o que cobrará de quem adquira apenas um ou dois itens. A liberdade de formação do preço, que é parte da liberdade de formação do conteúdo do contrato (liberdade contratual), compreende-se no exercício da autonomia privada. Apenas o excesso ou o motivo ilegítimo — como será o caso da decisão motivada pela discriminação segundo critério que a Constituição proíbe — poderá ser considerado espécie de atuação antijurídica.

A discriminação injusta também é objeto de necessária atenção no domínio dos seguros privados. Afinal, a matéria prima dos seguros é a correta avaliação dos riscos, sua estimação econômica e diluição entre uma massa de segurados, sob a administração e *expertise* do segurador. <sup>10</sup> Conceitualmente, o prêmio a ser pago pelo segurado ao segurador, para a garantia de determinados riscos, será calculado conforme as características do risco, para tanto, servindo-se da ciência atuarial na análise de uma série de informações disponíveis sobre ele. Admite-se, em termos técnicos, a seleção do risco. Vale referir que, nos estudos sobre discriminação no direito privado, distinguem-se também as situações de restrição ou exclusão que se fundamentem em decisões voluntárias da pessoa eventualmente prejudicada e aquelas que se apoiem em critérios sobre os quais o prejudicado não tenha qualquer interferência (como sua raça, por exemplo). <sup>11</sup>

Percebe-se, portanto, as dificuldades do sensível tema da discriminação injusta no direito do consumidor. As premissas do debate, contudo, são conhecidas. De um lado, a oferta de produtos e serviços pelos fornecedores no mercado de consumo lhes impõe um dever de cumprimento, nos exatos termos de seu conteúdo (art. 30 do CDC). Regras do CDC como as que proíbem a recusa de atendimento às demandas dos consumidores (artigo 39, II), ou recusar a venda de bens ou a prestação de serviços diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto

<sup>10.</sup> MIRAGEM, Bruno. O direito dos seguros no sistema jurídico brasileiro: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (Org.) Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor. São Paulo: RT, 2014, p. 25 e ss.

<sup>11.</sup> NEUNER, Jörg. Diskriminierungsschutz durch Privatrecht. *JuristenZeitung*, v. 58, n. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, jan./2003, p. 62. No direito norte-americano, registre-se o entendimento da Suprema Corte em caso envolvendo planos de pensão com contribuições distintas para homens e mulheres (*City of Los Angeles Departament of Water and Power v. Manhart*, 1978), considerando também sua expectativa de vida, no qual se consagrou o entendimento de que tal diferenciação não poderia ser feita com base exclusivamente da diferença de sexo entre os segurados.

pagamento (artigo 39, IX) conduzem à ideia de um *dever de contratar* que afasta do fornecedor qualquer discricionariedade para a escolha de quais consumidores serão atendidos. A recusa da contratação, assim, para que não se caracterize como discriminação injusta, deverá ser suportada por critério lógico e juridicamente admitido para diferenciação (exemplo: não se concede crédito àquele que não oferece garantias), a ser reproduzido sem distinção a todos os consumidores que se encontrem na mesma condição. Fala-se, por outro lado, que seja "juridicamente admitido", o que naturalmente excluirá a possibilidade que se utilize, como critério de diferenciação, algum fator que ofenda direitos fundamentais do consumidor (entre os quais os expressamente proibidos pela Constituição).

Da mesma forma, cláusulas contratuais que impliquem discriminação de consumidores podem ser decretadas nulas, pela incidência do art. 51, inciso IV, do CDC, que define como abusivas aquelas que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade". Entre elas, estarão as cláusulas cuja vantagem imposta "ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence" (art. 51, § 1°, I, do CDC). A interpretação das cláusulas do contrato de consumo e do próprio parâmetro normativo definido para seu reconhecimento como abusivas levará em conta as normas constitucionais, em especial no tocante à proteção da igualdade e de proibição do preconceito e discriminação. 12

Examina-se, desse modo, as duas situações principais em que incide a proibição de discriminação injusta, os casos em que, sem razão legítima, haja (a) recusa ou (b) diferenciação ao contratar.

#### 2.1. Discriminação e recusa a contratar

Quem oferta produtos e serviços no mercado de consumo pode recusar-se a fornecê-lo a alguém que se interesse em contratar? O sentido tradicional da liberdade de contratar como expressão da autonomia privada sempre compreendeu a possibilidade de as partes decidirem celebrar ou não o contrato. Decidirem, portanto, segundo sua conveniência, se contratam, com quem contratam e quando o fazem. Sob tais fundamentos é que a oferta ao público, segundo disciplina do art. 429 do Código Civil, é revogável, um "convite a contratar" (*invitatio ad offerendum*), de modo que o ofertante pode decidir não efetivar o contrato, ainda que tenha prometido originalmente fazê-lo.

<sup>12.</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro. *Revista de direito civil contemporâneo*, v. 1. São Paulo: RT, out.-dez./2014, p. 41-64.

No contrato de consumo, o perfil tradicional da oferta é pontuado por alterações significativas. O art. 30 do CDC dispõe que "toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar [...]". Nesse sentido, a eficácia vinculativa da oferta não se estende apenas ao conteúdo da contratação se ela vier a ser celebrada, mas a um dever de contratar imposto ao fornecedor. Em outros termos, se o fornecedor promove a oferta, deve contratar com os consumidores que aceitarem seus termos.

Trata-se de efeito próprio do regime especial da oferta nos contratos de consumo. Há, contudo, exceções. No caso do contrato de transporte, o art. 729 do Código Civil autoriza o transportador a recusar passageiros em casos previstos nos regulamentos, "[...] ou se as condições de higiene ou de saúde do interessado o justificarem". Da mesma forma, no seguro, o segurador pode recusar a contratação, desde que comunique formalmente ao proponente (Circular SUSEP nº 251/2004), sempre protegendo a confiança despertada (no caso de seguros com vigência reduzida ou por período intermitente, por exemplo, a recusa deve ser comunicada sempre antes da vigência da apólice – art. 4º da Circular nº 592/2019).

O art. 39, II, do CDC define como prática abusiva, proibida, "recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes". É norma que complementa o disposto no art. 30 do CDC. Concebida, originalmente, para a defesa da livre concorrência, assegura o direito de acesso do consumidor a produtos e serviços, convertendo-se em obstáculo à discriminação. Seu preceito, contudo, é limitado. Fundada em critérios objetivos – disponibilidade de estoque e usos e costumes – incide nas situações em que o consumidor se disponha ao pagamento à vista. Não tem aplicação nos casos de cumprimento diferido ou que envolvam a outorga de crédito. Nesse ponto, aliás, reside aspecto fundamental: no caso da contratação com concessão de crédito pelo fornecedor para pagamento futuro pelo consumidor, ou, ainda mesmo, nos contratos de concessão de crédito financeiro em geral, há um direito a contratar por parte daquele que pretende obter o crédito?

A rigor, não se deve reconhecer direito subjetivo ao crédito. A oferta de crédito – seja o diferimento do pagamento por produto ou serviço prestado, seja o empréstimo de dinheiro – não significa assumir a *obrigação de contratar*, mas de *examinar a possibilidade de contratar*, segundo critérios objetivos e pertinentes aos riscos que envolvem a espécie de contratação. A admissão da recusa firma-se na própria liberdade negocial, desde que submetido, quem tenha sido recusado, a critérios semelhantes daqueles com quem o fornecedor se disponha a contratar. Assim, por exemplo, se a situação concreta envolve alguém que pretende obter um financiamento bancário para aquisição de imóvel para moradia no preço de alguns

milhões de reais, porém comprove renda líquida mensal na ordem de um ou dos salários mínimos, será intuitiva a decisão do banco de negar o crédito. Se, por outro lado, a negativa de crédito se der com fundamento em critérios pouco claros, ou ainda, não associados à finalidade ou utilidade do negócio, poderá ser questionada.

A discussão sobre a transparência dos critérios para concessão de crédito tem destaque na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em especial a partir do exame do caso dos sistemas de pontuação de crédito (*crediscore*). Frente à possibilidade de conferir pontuação ao histórico de crédito dos consumidores, cujo resultado pode implicar a recusa ou diferenciação das condições de contratação pelo consumidor, a Corte concluiu pela legalidade do sistema, destacando, contudo, a necessidade de que se preserve a transparência e clareza sobre os critérios para atribuição dos pontos.<sup>13</sup>

Da mesma forma, não se obriga o fornecedor que oferte determinado produto ou serviço específico. Apenas, se o oferecer no mercado, não pode recusar a

<sup>13.</sup> "Recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC). Tema 710/STJ. Direito do consumidor. Arquivos de crédito. Sistema 'Credit Scoring'. Compatibilidade com o direito brasileiro. Limites. Dano moral. I - TESES: 1) O sistema 'credit scoring' é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5°, IV, e pelo art. 7°, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema 'credit scoring', configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3°, § 3°, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados. II - CASO CONCRETO: 1) Não conhecimento do agravo regimental e dos embargos declaratórios interpostos no curso do processamento do presente recurso representativo de controvérsia; 2) Inocorrência de violação ao art. 535, II, do CPC. 3) Não reconhecimento de ofensa ao art. 267, VI, e ao art. 333, II, do CPC. 4) Acolhimento da alegação de inocorrência de dano moral 'in re ipsa'. 5) Não reconhecimento pelas instâncias ordinárias da comprovação de recusa efetiva do crédito ao consumidor recorrido, não sendo possível afirmar a ocorrência de dano moral na espécie. 6) Demanda indenizatória improcedente. III - Não conhecimento do Agravo Regimental e dos Embargos Declaratórios, e Recurso Especial parcialmente provido" (STJ, REsp 1.419.697/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 12/11/2014, DJe 17/11/2014).

contratação de modo arbitrário – como ocorre no caso de operadoras de planos de saúde que, oferecendo planos de saúde individuais, recusam-se a celebrar sua contratação com os consumidores.<sup>14</sup>

Outras situações, contudo, implicam, claramente, hipóteses de recusa discriminatória, como é o caso em que se impede a entrada de pessoas em estabelecimentos comerciais ou *shopping centers* apenas em razão de sua aparência – a exemplo das situações em que a suspeita do cometimento de ilícitos e a consequente abordagem por seguranças do estabelecimento se orientem pelo mesmo critério. <sup>15</sup> Não raro é o critério abstrato de aparência, ou, ainda, de "boa aparência", ocultar em si critérios de discriminação étnica e racial. <sup>16</sup> Pontue-se que toda a discriminação racial, para além de uma violação a normas específicas

<sup>14.</sup> É ilustrativo o argumento do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, em voto que terminou vencido, julgando caso relativo ao oferecimento de plano de saúde individual ao consumidor, ao afirmar que "não é ilegal a recusa de seguradoras ou operadoras de planos de saúde de comercializarem planos individuais por atuarem apenas no segmento de planos coletivos. Com efeito, não há nenhuma norma legal que as obrigue a atuar em determinado ramo de seguro ou plano de saúde. O que é vedado, na verdade, é a discriminação de consumidores a produtos e serviços que já são oferecidos no mercado de consumo por determinado fornecedor, como costuma ocorrer em recusas arbitrárias na contratação de planos individuais quando tal tipo estiver previsto na carteira da empresa" (REsp 1.819.894/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04/08/2020, *DJe* 13/08/2020).

<sup>15.</sup> Diga-se que a não explicitação dos critérios para diferenciação não elimina a existência de discriminação. Ao contrário, trata-se de situação de discriminação direta, ainda que de forma velada, ou escondida, conforme ensina também a lição do direito comparado: KERN, Gisela. Rassendiskriminierung im Zivilrecht. Zivilrechtliche Problemstellungen und Lösungsvorschläge bei der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG unter Berücksichtigung der Rechtslage in Portugal. Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 39.

<sup>16.</sup> TJSP, Apelação Cível 1013970-39.2017.8.26.0007 Rel. José Joaquim dos Santos, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 10/08/2018; e TJSP, Apelação Cível 1000995-89.2019.8.26.0079, Rel. Carlos Dias Motta, 26ª Câmara de Direito Privado, j. 02/04/2020. É ilustrativo, ainda, o caso julgado pelo TJSP: "Indenizatória – danos morais – prática de discriminação social contra menor negro de oito anos de idade, extensivos a dor e o sofrimento ao pai adotivo presente ao evento – funcionário da loja ré que confundiu a criança com ambulante vendendo adesivos defronte do estabelecimento comercial e o expulsou do local – injustificável equívoco cometido em razão de crianças frequentadoras da região, pobres e negras, reiteradamente praticarem tal comércio na calçada, devido à degradação social reinante na cidade de São Paulo - culpa por imprudência, conduta apressada e precipitada no exercício do trabalho – ato ilícito e defeito na prestação do serviço, bem como risco da atividade com responsabilidade objetiva, pelos quais responde o empregador - danos morais caracterizados em favor de pai e filho em proporções diversas - demanda procedente – improvido recurso da ré – provimento parcial ao do genitor autor" (TJSP, Apelação Cível 1041653-97.2016.8.26.0100, Rel. Jovino de Sylos, 16ª Câmara de Direito Privado, j. 11/12/2018; p. 23/05/2019).

do direito privado (como a que veda a recusa à contratação), ofende a própria dignidade da pessoa humana.<sup>17</sup>

#### 2.2. Discriminação e diferenciação ao contratar

Um segundo vetor da discriminação injusta do consumidor refere-se às situações de diferenciação das condições contratuais entre consumidores, motivada por critérios subjetivos e sem fundamento racional de parte do fornecedor. Mais uma vez aqui, registre-se: a autonomia privada, por intermédio do exercício da liberdade contratual, permite o preenchimento do conteúdo do negócio jurídico a ser celebrado pelos contratantes em acordo com o interesse das partes. No caso da relação de consumo, não se impede *a priori* a diferenciação entre as condições do contrato celebrado por consumidores diversos.

É conveniente destacar, porém, a distinção afirmada entre duas espécies de discriminação reconhecidas – cujo desenvolvimento é tributário, especialmente, ao direito norte-americano: a discriminação direta (disparate treatment) pela qual se confere a um determinado indivíduo tratamento menos favorável em relação a outro, em razão de critérios contrários ao Direito; e a discriminação indireta (disparate impact), pela qual, em razão da aplicação de critérios aparentemente não discriminatórios, resulta um efeito ou resultado desfavorável a um indivíduo ou grupo, de modo não autorizado pelo Direito (mesmos critérios para situações distintas).<sup>18</sup>

<sup>17.</sup> NEUNER, Jörg. Diskriminierungsschutz durch Privatrecht. *JuristenZeitung*, v. 58, n. 2. Tübingen: Mohr Siebeck, jan./2003, p. 58.

<sup>18.</sup> O reconhecimento da discriminação indireta deve-se, especialmente, a um caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, Griggs v. Duke Power Co., em 1971, pelo qual foi considerada discriminatória a definição de critérios para transferências internas entre departamentos da empresa, que, embora aparentemente objetivos, disfarçavam o resultado final de manter a segregação racial proibida por lei (no caso norte-americano, pela Lei dos Direitos Civis, de 1964). No caso, a empresa Duke Power Co. admitia o trabalho de negros apenas em um dos seus departamentos, no qual o maior salário pago era inferior ao menor salário pago pelos demais departamentos. Após o advento da lei dos direitos civis, a fixação de critérios para contratação e transferência entre departamentos foi questionada, não havendo comprovação sobre a necessidade de seu atendimento para a realização do trabalho a ser executado, de modo que seu resultado era desproporcional entre brancos e negros. Estes tinham quase dez vezes menos condições de atender a tais critérios, considerados, por isso, discriminatórios. Por influência dessa decisão, o Reino Unido introduziu a noção de discriminação indireta em seu Sex Discrimination Act, de 1975, e no âmbito europeu, o art. 2º da Diretiva 76/207/CEE sobre igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho. A norma europeia, de sua vez, já foi alterada, ao longo do tempo, pelas Diretivas 2002/73 /CE e 2004113/CE. Para a distinção,

No caso das relações de consumo, predomina, em boa parte das situações, o poder negocial do fornecedor para a definição das condições do contrato. A formação do preço e das condições contratuais gerais são predispostas, cumprindo ao consumidor aderir a elas. Apenas em menor escala alguns contratos de consumo poderão admitir certa margem de negociação do consumidor, em especial, quanto ao preço, ou alguma vantagem adicional à prestação principal. A regra é de que o fornecedor fixe as condições do negócio e eventuais diferenciações que porventura se definam. É no exercício da liberdade do fornecedor que surgem situações nas quais eventuais condições diferenciadas podem ser cotejadas com os critérios que as justificam, de modo a caracterizar, ou não, discriminação injusta.

A discriminação injusta também é objeto de necessária atenção no domínio dos seguros privados. Ora, a matéria-prima dos seguros é a correta avaliação dos riscos, sua estimação econômica e diluição entre uma massa de segurados, sob a administração e *expertise* do segurador.

Contudo, não é desconhecida a dificuldade de precisar-se, em relação à atividade securitária, o que se deva considerar seleção de riscos e o que passe a ser considerado discriminação injusta. É o que se debate, ademais, em relação à diferenciação quanto ao sexo do segurado. No direito europeu, a mesma Diretiva 2004/113/CE, antes mencionada, admitiu a diferenciação "sempre que a consideração do sexo seja um fator determinante na avaliação de risco com base em dados atuariais e estatísticos relevantes e rigorosos". Porém, ela proíbe que "custos relacionados com a gravidez e a maternidade" sejam admitidos para diferenciar a prestação de homens e mulheres (artigo 5°). Essa diferenciação, contudo, foi

veja-se: FREDMAN, Sandra. Discrimination law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 166-189. No direito brasileiro, veja-se: RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 36 e ss; CORBO, Wallace. Discriminação indireta: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017. Para o caso Griggs, veja-se, em especial, o exame de: GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social (A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 181 e ss.

<sup>19.</sup> Sustentamos, especialmente frente às novas tecnologias, a necessidade de um *gerenciamento ético do risco*, em estudo para o qual seja consentido enviar: MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. Seguro e inteligência artificial: novo paradigma tecnológico e seus reflexos na causa e na estrutura do contrato de seguro. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. *O direito civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: RT, 2020, em especial 508 e ss.

<sup>20.</sup> A vedação prevista na diretiva foi incorporada nos ordenamentos jurídicos dos países-membros, como é o caso da Lei Geral de Igualdade de Tratamento alemã (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*), de 2006, que dispõe sobre as mesmas restrições nos seus §§ 20 e 33, (5). No direito brasileiro, veja-se, a respeito, o estudo do Professor Thiago

posteriormente rejeitada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em 2011, ao definir que a regra é contrária à concretização do objetivo de igualdade de tratamento entre homens e mulheres, devendo ser considerada inválida após um período de transição adequado. <sup>21</sup> O risco de práticas discriminatórias, contudo, existe. Daí, inclusive, a preocupação presente em Projeto de Lei sobre o contrato de seguro, em tramitação no Congresso Nacional, para expressamente proibir, no tocante aos critérios comerciais e técnicos de subscrição ou aceitação de riscos, "políticas técnicas e comerciais conducentes à discriminação social ou prejudiciais à livre iniciativa empresarial". <sup>22</sup>

- Villela Junqueira: Notas sobre a discriminação em virtude do sexo e o contrato de seguro, publicado em obra coletiva: Bruno Miragem/Angélica Carlini (Org.) *Direito dos seguros*. São Paulo: RT, 2014, p. 291 e ss. Em maior profundidade, registre-se, do mesmo autor, sua excelente tese de doutoramento: JUNQUEIRA, Thiago Villela. *Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros*. São Paulo: RT, 2020, p. 131 e ss.
- 21. "Reenvio prejudicial Direitos fundamentais Luta contra as discriminações Igualdade de tratamento entre homens e mulheres - Acesso a bens e serviços e seu fornecimento – Prémios e prestações de seguro – Fatores atuariais – Tomada em consideração do critério do sexo enquanto fator de avaliação de risco de seguro – Contratos privados de seguro de vida – Diretiva 2004/113/CE – Artigo 5., n. 2 – Derrogação sem limite temporal – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 21. e 23. – Invalidade" Consta do acórdão da Grande Seção do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 11 de março de 2011: 'O artigo 5., n. 2, da Diretiva 2004/113, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, é inválido, com efeitos a 21 de Dezembro de 2012. É pacífico que a finalidade prosseguida pela Diretiva 2004/113 no sector dos serviços de seguros é, como reflete o seu artigo 5., n. 1, a aplicação da regra dos prémios e das prestações unissexo. O décimo oitavo considerando desta diretiva enuncia expressamente que, para garantir a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, a consideração do sexo enquanto fator atuarial não deve resultar numa diferenciação nos prémios e benefícios individuais. O décimo nono considerando da referida diretiva identifica a faculdade concedida aos Estados Membros de não aplicarem a regra dos prémios e das prestações unissexo como 'derrogação'. Assim, a Diretiva 2004/113 assenta na premissa de que, para efeitos de aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres consagrado nos artigos 21. e 23. da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, as situações respectivas das mulheres e dos homens no que respeita aos prémios e às prestações de seguro que contratam são equivalentes. O artigo 5., n. 2, da Diretiva 2004/113, que permite aos Estados Membros em causa manter sem limite temporal uma derrogação à regra dos prémios e das prestações unissexo, é contrária à concretização do objetivo de igualdade de tratamento entre homens e mulheres prosseguido pela referida diretiva e incompatível com os artigos 21. e 23. da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Por conseguinte, esta disposição deve ser considerada inválida após um período de transição adequado".
- 22. Artigo 52, § 5º, do Projeto de Lei n. 3555/2004, segundo texto final aprovado pela Câmara dos Deputados, ora em tramitação no Senado Federal.

A questão tem grande alcance também na contratação dos planos de saúde, em relação à proibição da discriminação genética, informada por razões jurídicas (privacidade), mas também de natureza ética, <sup>23</sup> assim como a questão relativa à formação do preço para consumidores idosos. O Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) veda a discriminação dos consumidores idosos nos contratos de planos de assistência à saúde, mediante cobrança de valores diferenciados em razão da idade (artigo 15, § 3°). A norma que o faz, todavia, tem sua constitucionalidade discutida em relação aos contratos celebrados antes de sua vigência. <sup>24</sup> Questão de interesse é a que defina o conceito de discriminação no caso. Em especial, na comparação entre o aumento de custos decorrentes da maior utilização dos serviços de saúde pelos idosos e a cobrança de preços diferenciados, ou sua diluição aos demais consumidores. O propósito da norma, contudo, é impedir a exclusão dos idosos da contratação quando mais precisam, considerando a crescente fragilidade de sua condição de saúde com o avanço da idade.

O aspecto mais difícil em relação à vedação da discriminação injusta, contudo, se dá, nos dias de hoje, em relação à política de formação de preços pelos fornecedores, em situações nas quais certas condições subjetivas dos consumidores sejam avaliáveis para definir diferenciações. Nesse caso, será o escrutínio dos critérios técnicos que fundamentem a formação do preço o instrumento decisivo para identificar a regularidade ou não da atuação do fornecedor.

Na questão relativa à formação do preço, duas questões devem ser examinadas: a) a primeira, sobre quais os limites, em um sistema de livre iniciativa, para o controle da formação de preços pelo fornecedor; b) a segunda, se a prática de preços diferenciados pode representar situações de discriminação injusta.

No primeiro caso, a regra é a liberdade de precificação, que, embora decorra do direito de livre iniciativa consagrado na Constituição da República (art. 170),

<sup>23.</sup> Nos Estados Unidos da América, a proibição da discriminação genética é expressa, por intermédio do *Genetic Information Nondiscrimination Act (GINA)* de 2008, que, entre outras medidas, proíbe o uso de informações genéticas nos planos de assistência e seguro saúde para recusar contratação com um indivíduo saudável ou cobrar valores mais elevados exclusivamente em razão de predisposição genética para desenvolver uma doença. Da mesma forma, proíbe os empregadores de usarem informações genéticas de indivíduos ao tomar decisões relativas a contratações, despedidas ou promoções de pessoas com o mesmo fundamento. Nesse sentido, veja-se: PAYNE, Perry W.; GOLDSTEIN, Melissa M.; JARAWAN, Hani; ROSENBAUM, Sara. Health insurance and the Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008: Implications for public health policy and practice. *Public Health Reports*, v. 124, n. 2, march-april/2009, p. 328-331.

<sup>24.</sup> No caso, o Recurso Extraordinário 630852/RS, em curso no Supremo Tribunal Federal, de que é relatora originária a Min. Rosa Weber, e que teve repercussão geral reconhecida e julgamento iniciado em 19/06/2020, sendo suspenso com pedido de vistas do Min. Dias Toffoli.

foi recentemente reafirmado pelo art. 3°, III, da Lei 13.874/2019 ("Lei da Liberdade Econômica"). Essa liberdade, contudo, é delimitada, nos termos do próprio art. 3°, § 3°, da Lei 13.874/2019 e não se aplica: "I - às situações em que o preço de produtos e de serviços seja utilizado com a finalidade de reduzir o valor do tributo, de postergar a sua arrecadação ou de remeter lucros em forma de custos ao exterior; e II - à legislação de defesa da concorrência, aos direitos do consumidor e às demais disposições protegidas por lei federal". Desse modo, a conformação que o legislador confere à liberdade de formação do preço não admitirá seu aumento arbitrário, tanto aí as situações vinculadas às restrições à livre concorrência e aproveitamento de posição dominante no mercado quanto em relação à ausência de justa causa, na intepretação estrita que deve ser dada ao art. 39, X, do CDC. 25 Novas tecnologias, contudo, vêm imprimindo condições de diferenciação de preços mediante tratamento de dados dos interessados, do que são exemplos mais conhecidos a formação de preços em razão da localização do consumidor (geopricing), ou, ainda, o bloqueio de uma determinada oferta ou condição negocial em razão dessa mesma localização (geoblocking). Coloca-se em exame se tais estratégias configurariam atuação legítima do fornecedor, com fundamento na liberdade fundamental de iniciativa econômica (art. 170 da Constituição da República), ou se feriria a igualdade entre os consumidores (art. 6°, II, do CDC), configurando prática abusiva (art. 39, incisos V e X, do CDC).

O argumento que aponta para a discriminação injusta, sustentando sua proibição, refere que "a geodiscriminação de consumidores constitui meio de diferenciar arbitrária e injustificadamente os consumidores, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em suma, a prática deve ser combatida, tal como qualquer outra forma de discriminação injustificada. Especificamente em relação às normas consumeristas, deve-se lembrar que a não discriminação constitui direito básico do consumidor, consagrado no artigo 6º, II, do CDC, sob a forma da liberdade de escolha e da igualdade nas contratações". <sup>26</sup> O exame da questão, contudo, não prescinde da análise se o critério de diferenciação para efeito de caracterizar uma discriminação injusta deve considerar simplesmente a existência de uma distinção, ou um efetivo prejuízo ou menoscabo em relação a uma das partes a quem se refira o tratamento.

De um lado, levado ao extremo o argumento que considere a existência de discriminação injusta, estaria tolhido o fornecedor de oferecer quaisquer condições negociais diferenciadas entre consumidores distintos; em sentido contrário,

<sup>25.</sup> MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 409.

<sup>26.</sup> FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. O consumidor contemporâneo no show de Truman: a geodiscriminação digital como prática ilícita no direito brasileiro. *Revista de direito do consumidor*, v. 124. São Paulo: RT, jul.-ago./2019, p. 235-260.

também não se afasta que da utilização do critério objetivo da localização se possa inferir um resultado discriminatório. Tal como ocorra ao se oferecer preços mais elevados e condições mais restritas a consumidores que se localizem em regiões periféricas, sob justificativas distintas e ocultas, como o risco ou a preservação de certa imagem/identidade da marca do produto ou serviço, em hipótese que pode se caracterizar como discriminação indireta.

A discriminação injusta do consumidor na determinação das condições contratuais pelo fornecedor tem lugar quando não se identifique o fundamento racional, segundo o interesse pressuposto de obtenção de vantagem econômica legítima na relação contratual estabelecida pelas partes. Desse modo, a diferenciação dos consumidores deve ser acompanhada da ofensa a um limite definido pelo ordenamento (proibição de distinção de raça, por exemplo) e, geralmente, da ausência de uma justificação econômica para a discriminação.<sup>27</sup> A intenção de discriminar, embora possa estar presente, é irrelevante para exame sobre a licitude da conduta do fornecedor.

#### 3. A discriminação de consumidores e o tratamento de dados pessoais

As transformações tecnológicas das últimas décadas com o protagonismo da internet nas relações sociais e econômicas, e o desenvolvimento do mercado de consumo digital, transformaram o acesso e utilização dos dados pessoais dos consumidores em um dos principais ativos empresariais, essencial à atuação negocial dos fornecedores. <sup>28</sup> O tratamento de dados pessoais a partir do crescimento

<sup>27.</sup> Assim, por exemplo, no caso do aumento por faixa etária nos planos de saúde, em vista da proibição expressa de discriminação dos idosos pelo art. 15, § 3°, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), para a qual, a par de divergências na interpretação da regra, inclina-se a jurisprudência a considerar que "a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade, apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato". De modo a evitar que sejam "aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano". Para tanto, reconhecendo a necessidade de exame *in concreto* das situações de reajuste para concluir por seu caráter excessivo ou não, verificando-se a existência de "base atuarial idônea" (STJ, REsp 1568244/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2ª Seção, j. 14/12/2016, DJe 19/12/2016).

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 159.
Também desenvolvo essa ordem de ideias em: MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. Revista de direito do consumidor, v. 125. São Paulo: RT, set.-out./2019.

exponencial da capacidade de seu processamento permite, no âmbito das relações de consumo, o desenvolvimento de diversos instrumentos, como a segmentação dos consumidores para quem se dirige uma oferta, maior precisão na análise dos riscos de contratação (seleção de risco), formação de bancos de dados com maior exatidão e eficiência do uso das informações coletadas, aperfeiçoamento da interação em redes sociais, ou a personalização da negociação com consumidores mediante uso de regras predeterminadas ou de inteligência artificial (os denominados *Chatbots*). O controle dessas informações favorece o poder do fornecedor nos contratos celebrados com os consumidores, uma vez que passa a conhecer mais detalhadamente seu comportamento e suas preferências.<sup>29</sup>

As repercussões dessas novas possibilidades do tratamento de dados pessoais não se esgotam nas suas inovações para o mercado de consumo, afetando, profundamente, relações sociais e políticas, assim como os direitos de liberdade, igualdade e privacidade dos titulares dos dados. Daí a preocupação, em diferentes sistemas jurídicos, com a disciplina legislativa da atividade. No direito brasileiro, ela se fez a partir da edição da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – denominada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).<sup>30</sup> Após tergiversações legislativas em relação ao seu período de *vacatio legis*, a norma entrou em vigor no Brasil em setembro de 2020, tendo, entre seus fundamentos, a defesa do consumidor (art. 2°, VI).

Um dos riscos mais evidenciados no tratamento de dados pessoais é o de que dele resulte a discriminação indevida dos respectivos titulares a quem as informações digam respeito. Daí a afirmação de um *princípio da não discriminação*, consagrado na própria lei como a "[...] impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos" (art. 6°, IX). Seu significado parte do conceito de que as vantagens do processamento dos dados pessoais para maior precisão da segmentação e personalização dos consumidores no mercado não podem servir para prejudicar, restringir ou excluir qualquer consumidor da possibilidade de acesso ao consumo.

O tratamento de dados pessoais não pode ser realizado para fins discriminatórios ou abusivos. Para tanto, inclusive, define-se disciplina específica ao tratamento dos dados sensíveis (art. 11 da LGPD), pelo risco maior que, da sua utilização, resulte discriminação. Já se observou, contudo, que a interpretação constitucionalmente adequada da norma deve compreender a proibição não apenas da finalidade discriminatória ou abusiva, mas também quando o resultado do tratamento de

<sup>29.</sup> RUBISTEIN, Ira; LEE, Ronald D.; SCHWARTZ, Paul M. Data mining and internet profiling: emerging regulatory and technological approaches. *University of Chicago Law Review*, v. 75, 2008, p. 261 e ss.

<sup>30.</sup> Sobre as repercussões da LGPD sobre o direito do consumidor, veja-se: MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 1009. São Paulo: RT, nov./2019.

dados possa dar causa à discriminação. A proibição da discriminação injusta não se limita apenas ao comportamento que se dirige a discriminar, senão também em qualquer situação na qual ela é resultado de uma determinada conduta.<sup>31</sup>

A utilidade essencial do tratamento de dados é justamente segmentar, personalizar, especializar dados pessoais; portanto, discriminar é noção que se vincula à separação, diferenciação. É preciso atentar aos exatos termos da proibição presente na lei, que compreende a proibição à discriminação ilícita ou abusiva – portanto, injusta. Ilícita será a discriminação baseada em critérios que a lei proíbe serem utilizados para fins de diferenciação. Nesse caso, é a Constituição da República que proíbe preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3°, IV). Da mesma forma, estabelece que "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política [...]" (art. 5°, VIII). Além deles, pode haver discriminação abusiva em razão de critérios que não estejam em acordo com a finalidade para a qual se realize determinada diferenciação. Afinal, há abuso quando qualquer exercício de liberdades, direitos, faculdades ou poderes se desviem dos fins legítimos. Assim é o exemplo da recusa de fornecimento de produto ou serviço a quaisquer pessoas em razão de sua orientação sexual.<sup>32</sup> No tocante ao tratamento de dados pessoais, a própria definição legal de dado sensível compreende uma série de critérios cuja utilização, para fins de discriminação, deve ser considerada proibida (o art. 5°, II, da LGPD relaciona os dados relativos à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou à 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).

O exercício da liberdade individual é delimitado pela proibição à discriminação injusta. O que não significa a impossibilidade absoluta de serem feitas diferenciações ou separações, de acordo com critérios idôneos e legítimos à luz da Constituição da República e da legislação. No tocante ao tratamento de dados, a diferenciação e segmentação constituem, inclusive, uma das utilidades mais relevantes. Nesse sentido, não basta que o critério de diferenciação seja aferido objetivamente, ou que não impeça o acesso de qualquer dos titulares de dados a quaisquer bens ou serviços em questão.

No âmbito do mercado de consumo, como se viu, a proibição à discriminação injusta tem efeito na rejeição de diferenciação entre consumidores em razão de critérios inidôneos ou ilegítimos que tenham por resultado a recusa do fornecimento de produto ou serviço, ou a imposição de condições diferenciadas, em violação ao princípio da igualdade. Em relação ao tratamento de dados pessoais, é exemplo a

<sup>31.</sup> MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 175.

<sup>32.</sup> TJRS, ApCiv 70049609944, 9a Câmara Cível, Rel. Leonel Pires Ohlweiler, j. 24/10/2012.

diferenciação em banco de dados por raça dos consumidores (*racial profiling*), de modo a oferecer vantagens para contratação a um determinado grupo. <sup>33</sup> A rigor, o problema da discriminação se estabelece, sobretudo, nas situações em que a distinção por critérios proibidos se dá para impor diferenciação desvantajosa para um determinado grupo, que tanto pode ser uma condição mais onerosa do que a dos demais que não pertencem àquele grupo quanto restrições de acesso ou de realização de determinados interesses legítimos, infirmando uma desigualdade de tratamento. Caracteriza tratamento discriminatório, igualmente, não apenas aquele baseado em características pessoais, mas também em relação a fatos cuja adoção como critério de diferenciação se afigure inidôneo ou ilegítimo, como é o caso em que o titular dos dados possa ser prejudicado de algum modo em razão de informação que indique o exercício regular de seu direito. Estabelece o art. 21 da LGPD: "Os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo".

Em algumas situações, não basta o exame do critério utilizado para a diferenciação ou, isoladamente, a finalidade da diferenciação realizada mediante o tratamento de dados. A idoneidade e legitimidade do critério devem ser justificáveis a partir de uma determinada contextualização. Assim, por exemplo, a utilização do dado relativo ao endereço residencial do consumidor como critério de formação do preço pelo fornecedor. Se o caso envolver o valor do prêmio a ser pago por um determinado segurado em um contrato de seguro de automóvel, o risco que se identifique em razão das estatísticas de furto ou roubo de veículos na região em que se situa seu domicílio, a princípio, pode configurar critério idôneo de diferenciação, em relação a segurados que residam em lugares com menor ocorrência desses crimes. Se o mesmo dado, todavia, for utilizado, sem quaisquer outros elementos, para a cobrança de juros mais altos em empréstimos bancários, ou, ainda, para negar a contratação, o critério torna-se inidôneo, e o tratamento de dados discriminatório.

Merecem exame, portanto, as decisões que resultam do tratamento de dados e que se apresentem como discriminatórias em relação aos consumidores a que se refiram. O que deverá ocorrer, sobretudo como resultado da incidência dos algoritmos cuja programação determina as segmentações/diferenciações realizadas. Daí a doutrina, comumente, ocupar-se do tema reconhecendo a necessidade de examinar e coibir a denominada discriminação algorítmica.

<sup>33.</sup> MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 213.

#### 3.1. Discriminação algorítmica

Algoritmos caracterizam-se como um conjunto de instruções que, traduzidos em linguagem computacional, definem um caminho para realização de certa atividade. A funcionalidade dos algoritmos computacionais supõe sua incidência sobre uma base de dados, de modo que sua utilidade reside, precisamente, em viabilizar o tratamento de dados disponíveis, de modo a atingir um determinado resultado. <sup>34</sup> Todavia, o tratamento desses dados pode dar causa a resultados discriminatórios, sobretudo em razão do denominado viés algorítmico, que pode favorecer a consideração a fatores raciais, de sexo, orientação sexual, entre outros vedados pelo Direito. A rigor, o viés algorítmico decorre de falhas no desenvolvimento do *software* do tratamento de dados, podendo repercutir, inclusive, na utilização de inteligência artificial ou no aprendizado de máquina (*machine learning*) que venha a ocorrer no curso de sua utilização.

A discriminação algorítmica, como regra, revela-se como modalidade de discriminação indireta, por intermédio da definição de variáveis e escolha de atributos que determinem associações e correlações cujo resultado seja discriminatório, mediante reprodução de preconceitos estabelecidos, de modo intencional ou não. Em outros termos, algoritmos podem exibir tendências discriminatórias tanto do processo de mineração dos dados objeto de tratamento quanto da atribuição de pesos impróprios aos fatores objeto de exame. Um exemplo trazido pela doutrina é o caso de uma instituição inglesa (o St. George's Hospital) que desenvolveu um programa de computador para ajudar a classificar os candidatos à faculdade de medicina com base em decisões de admissão anteriores. Ocorre que essas decisões anteriores sistematicamente haviam sido desfavoráveis a minorias raciais e mulheres com qualificações iguais a dos demais candidatos. Ao incorporar em seu critério as decisões anteriores, <sup>35</sup> sem saber, a instituição acabou reproduzindo o mesmo

<sup>34.</sup> Atualmente, inclusive, já se utiliza tratar de contratos algorítmicos, pelos quais as partes definem a possibilidade dos algoritmos determinarem, em todo ou em parte, a execução do contrato, ou o modo como deverão ser preenchidas eventuais lacunas. Utilizados em contratos financeiros, observam a tendência de utilização crescente com distintos objetos. O grande desafio em relação a eles será o de assegurar a clareza e compreensão dos critérios que definem para a tomada de decisão, conforme se percebe da doutrina comparada: SCHOLZ, Laura Henry. Algorithmic contracts. *Stanford Technology Law Review*, v. 20, Fall 2017, p. 128-169.

<sup>35.</sup> O papel do contexto histórico na reprodução da discriminação é apontado a partir da noção de discriminação estrutural ou institucional, objeto do estudo de diversas áreas, em especial da sociologia. Nesse sentido, os efeitos da discriminação nas várias formas de interação social serão correlacionados em áreas completamente distintas, como é o caso da discriminação racial nas formações familiares e seus efeitos para a desigualdade econômica, ou a avaliação de consumidores da raça negra e seus efeitos sobre litígios

preconceito.<sup>36</sup> Outro exemplo é o que resulta de pesquisas em programas de busca na internet, nos quais se percebe a associação de atributos a certos critérios utilizados de pesquisa de modo desproporcional àquele de fato existente na realidade, reforçando preconceitos.<sup>37</sup>

No caso do direcionamento de anúncios publicitários pela internet, sua segmentação conforme os interesses identificáveis do consumidor por intermédio do tratamento de seus dados pessoais não é, em si, discriminatório. Nada obsta que se dirija a pessoas de sexos diferentes, por exemplo, anúncios de vestuário comumente relativos ao respectivo sexo (roupas femininas a mulheres e masculinas para homens). O mesmo ocorre quando é o próprio consumidor quem define, ainda que parcialmente, o conteúdo dos anúncios que deseja receber. Outro é o entendimento, contudo, quando se direcione, a partir do critério do gênero, anúncios de empregos diferentes, privilegiando-se os de maior remuneração a um gênero em detrimento do outro.<sup>38</sup>

Em relação ao acesso ao consumo, o exemplo já mencionado dos sistemas de pontuação de crédito (*credit scoring*) pode também, por intermédio de algoritmos, produzir discriminação indireta, daí a importância de transparência dos critérios afirmada pela jurisprudência brasileira. <sup>39</sup> Estudos realizados em diferentes serviços de pontuação de crédito, inclusive, identificaram diferenças significativas no *score* atribuído aos mesmos consumidores, o que leva à discussão sobre o caráter relativamente arbitrário de certos critérios ou seu sopesamento para o resultado final. <sup>40</sup> Uma das dificuldades que se acentua em relação à discriminação algorítmica, embora presente também em outras formas de discriminação, <sup>41</sup> diz respeito

com fornecedores no varejo, conforme apontam: SMALL, Mario L.; PAGER, Devah. Sociological Perspectives on Racial Discrimination. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 34, n. 2 (Spring 2020), p. 49-67.

<sup>36.</sup> AROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big Data's Disparate Impact. *California Law Review*, v. 104, 2016, p. 671-732.

<sup>37.</sup> MILLER, Clair Cain. *When algorithms discriminate*. July, 9, 2015. https://www.nytimes.com/2015/07/10/upshot/when-algorithms-discriminate.html. [Acesso em 10 de julho de 2020].

<sup>38.</sup> DATTA, Amit, TSCHANTZ, Michael Carl; DATTA, Anupam. Automated Experiments on Ad Privacy Settings A Tale of Opacity, Choice, and Discrimination. *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies 2015*. De Gruyter, 2015 (1): 92-112, p. 96.

<sup>39.</sup> Assim, já mencionado: STJ, REsp 1419697/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 12/11/2014, *DJe* 17/11/2014.

CITRON, Danielle Keats; PASQUALE, Frank. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions. Washington Law Review, v. 89 (1), 2014: 1-33, p. 12.

<sup>41.</sup> Em relação à discriminação racial, registra essa dificuldade de demonstração, inclusive com a atribuição do ônus da prova à vítima: GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação* 

à própria possibilidade de sua identificação e demonstração, seja para prevenir sua ocorrência ou reparar suas consequências.

No direito brasileiro, a Lei 12.414/2011, que dispõe sobre o "Cadastro Positivo" e os sistemas de pontuação de crédito, proíbe o arquivamento de *informações excessivas*, assim entendidas aquelas que não estiverem diretamente relacionadas ao risco de crédito ao consumidor (artigo 3°, § 3°). Assim como de *informações sensíveis*, ou seja, relacionadas com a origem social e étnica, saúde, informação genética, orientação sexual, bem como com as convicções políticas, religiosas e filosóficas do consumidor.

Também o art. 7°-A da Lei 12.414/2011 proíbe que sejam utilizados, para composição de nota ou pontuação de crédito da pessoa cadastrada, elementos e critérios que conduzam a situações de discriminação ilícita ou abusiva do consumidor. Assim dispõe a norma em destaque: "Art. 7°-A Nos elementos e critérios considerados para composição da nota ou pontuação de crédito de pessoa cadastrada em banco de dados de que trata esta Lei, não podem ser utilizadas informações: I - que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito e aquelas relacionadas à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, ao sexo e às convições políticas, religiosas e filosóficas; II - de pessoas que não tenham com o cadastrado relação de parentesco de primeiro grau ou de dependência econômica; e III - relacionadas ao exercício regular de direito pelo cadastrado, previsto no inciso II do caput do art. 5° desta Lei. [...]".

Nesses casos, a proibição de utilização dos critérios apontados para a composição de nota ou pontuação não se restringe à simples anotação dessas informações. Logo, é possível, por exemplo, que se indique o sexo do cadastrado, mas não que se utilize essa informação para efeito de, em conjunto com outras informações arquivadas, influenciar a composição da nota ou pontuação. O inciso I do art. 7-A proíbe que se utilize informações não relacionadas ao risco de crédito e outras que representem prejuízo ao cadastrado em razão de discriminação prevista na Constituição (art. 3°, IV e art. 5°, I, VI e VIII). Por outro lado, impede-se que informações atribuídas a terceiros, com os quais o cadastrado não tenha relação de parentesco próxima ou dependência econômica, possam ser utilizadas de modo a repercutir na sua avaliação de crédito – *a contrario sensu*, admite-se, por conseguinte, a vinculação de informações relativas a parentes de primeiro grau, ou pessoas com quem tenha relação de dependência econômica. E, por fim, não é permitida a utilização de informações, para o fim de atribuir nota ou pontuação em razão do exercício

social (*A experiência dos EUA*). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 20. Corroborando o entendimento do autor: TJRS, Recurso Cível 71005197710, Rel. Glaucia Dipp Dreher, 4ª Turma Recursal Cível, j. 27/03/2015; TJRS, Apelação Cível 70054200621, Rel. Elisa Carpim Corrêa, 6ª Câmara Cível, j. 03/04/2014; p. 14/04/2014; TJRS, Recurso Cível 71004313649, Rel. Pedro Luiz Pozza, 3ª Turma Recursal Cível, j. 22/08/2013.

regular do direito pelo cadastrado de acessar as próprias informações do "cadastro positivo de crédito".

O art. 7°-A da Lei 12.414/2011, ao impedir a utilização de informações que possam conduzir a situações ilícitas ou abusivas em prejuízo do consumidor cadastrado, não exaure, contudo, os limites aos sistemas de pontuação. Tomando em consideração que a disciplina dos "cadastros positivos de crédito" dirige-se, predominantemente, a consumidores, incide sobre sua formação e funcionamento as normas do CDC. Nesses termos, terão incidência sobre a formação dos cadastros e o tratamento dos dados que os integrem — caso da composição de nota ou pontuação atribuída ao consumidor —, por exemplo, as normas que proíbem as práticas abusivas de discriminação previstas no CDC (caso do art. 39, incisos II e VII). No caso do art. 39, VII, inclusive, que proíbe repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos, sua intepretação adequada compreende a noção tanto da informação diretamente relatada quanto nos casos em que ela é utilizada de modo indireto, mas resulta, igualmente, em prejuízo ao consumidor; é o caso em que venha a configurar critério para composição de nota ou pontuação de crédito para o consumidor.

Em recente estudo publicado no Brasil, Laura Mendes e Marcela Matiuzzo, com fundamento na doutrina estrangeira, propõem o reconhecimento de quatro formas de discriminação algorítmica: a) discriminação por erro estatístico; b) discriminação por generalização; c) discriminação por uso de informações sensíveis; d) discriminação limitadora de direitos. No primeiro caso (erro estatístico), a discriminação decorreria de erros de técnica estatística, na coleta de dados, problemas de código que façam com que se contabilizem erroneamente as informações, entre outros. A discriminação por generalização seria caracterizada pelo erro de classificação de determinadas pessoas em grupos cujas características não lhe podem ser reportadas. O exemplo formulado pelas autoras é o de uma pessoa que, por residir em determinada localização, é identificada com a renda média dos demais integrantes da sua vizinhança, razão pela qual lhe é recusado um empréstimo, mesmo que se dissocie, como caso atípico, na medida em que possua uma renda maior. Nesse caso, a aferição estatística não tem como contemplar situações excepcionais. Essa espécie de discriminação, contudo, deve ser cotejada também com a dificuldade na sua determinação em vista a certas atividades que se baseiam essencialmente em aferições estatísticas, como ocorre na formação de preços nos seguros, dos quais surge mesmo a pergunta sobre a possibilidade de uma discriminação estatística. A terceira espécie, de discriminação pelo uso de informações sensíveis, resulta em situações nas quais, embora se baseiem em demonstrações estatísticas corretas, fixam-se a partir da utilização de critérios não autorizados (o exemplo citado será o da avaliação e crédito baseados na orientação religiosa do consumidor, o que é expressamente vedado por lei). Por fim, a discriminação limitadora de direitos resulta na definição de que, embora a avaliação estatística esteja correta, seu resultado se revele discriminatório pelo grau de afetação/sacrifício de um direito. 42

Identificados os riscos de discriminação algorítmica dos consumidores no contexto do tratamento de dados pessoais, é de relevo examinar os meios para sua prevenção.

## 3.2. Meios de prevenção ao tratamento de dados discriminatório de consumidores

A Lei Geral de Proteção de Dados prevê alguns instrumentos com o objetivo de prevenir os riscos de tratamento discriminatório dos dados pessoais dos consumidores. O primeiro deles compreende a previsão de um direito subjetivo do titular dos dados de revisão das decisões "[...] tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade" (art. 20, *caput*).

O próprio CDC já previa a possibilidade de revisão/retificação dos dados constantes em bancos de dados de consumidores (art. 43). A LGPD, ao lado do que define como *princípio da qualidade dos dados* (art. 6°, V), segundo o qual é assegurado "aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento", prevê a revisão das decisões tomadas unicamente com base no seu tratamento automatizado. Sua redação original dispunha que a revisão da decisão se desse por pessoa natural. Contudo, essa exigência foi retirada pela Medida Provisória n. 869/2018, posteriormente convertida na Lei 13.853/2019. Desse modo, deixou-se em aberto o modo como a revisão da decisão deverá ser realizada.

Não se desconhece, contudo, que o tratamento de dados, ao operar com correlações entre diferentes informações, pode dificultar a identificação do critério que dê causa à discriminação do consumidor. Razão pela qual a LGPD prevê, ao lado do dever do controlador de fornecer, quando solicitadas, as informações sobre critérios e procedimentos utilizados para a decisão automatizada a possibilidade de, no caso de recusa, ser realizada auditoria para verificação dos aspectos discriminatórios no tratamento dos dados (art. 20, §§ 1º e 2º).

Ou seja, não se resume o direito do consumidor a exigir a revisão da decisão automatizada, mas também acessar e conhecer os critérios que a determinaram. Pode-se inferir do art.  $20, \S 1^{\circ}$ , um *direito à explicação*, em vista mesmo de uma garantia

<sup>42.</sup> MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. *Revista Direito Público*, v. 16, n. 90. Porto Alegre: Síntese, nov.-dez. 2019, p. 39-64.

de transparência prevista expressamente na Lei (art. 6°, VI), e sem desconhecer que a regra em questão ressalva seu alcance ao mencionar que deverão ser observados (portanto, como exceção) os segredos comercial e industrial. Compreende o direito à explicação, o "de receber informações suficientes e inteligíveis que permitam ao titular dos dados e à sociedade entenderem a lógica, a forma e os critérios utilizados para tratar dados pessoais e prever seus impactos". <sup>43</sup> Esse direito à explicação vincula-se a outro, que é o "direito a inferências razoáveis" – proposto pelos professores Sandra Wachter e Brent Mittelstadt em artigo publicado em 2019. 44 Nesse caso, trata-se de identificar, frente ao uso crescente do Big Data e da inteligência artificial no tratamento de dados, um dever de justificação ex ante, de modo proativo pelos controladores dos dados, sobre o fundamento normativamente aceitável dos modelos de tratamento a serem utilizados, em especial no tocante à finalidade pretendida ou ao tipo de decisão automatizada, bem como os métodos utilizados para realizar tais inferências de modo preciso e estatisticamente confiável. <sup>45</sup> Nesse caso, não se desconhece a dificuldade de determinar-se tais inferências em vista de algoritmos complexos, de sistemas de aprendizado não supervisionado, cujo processo decisório pode não ser necessariamente compreensível pelos próprios programadores.

Outro meio de prevenção ao tratamento discriminatório reside na possibilidade de *anonimização dos dados*, ou seja, a adoção de meio técnico pelo qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um determinado indivíduo, impedindo eventual discriminação. *Anonimização* significa tornar anônimo, ou simplesmente, desidentificar, tornando impossível a associação direta ou indireta entre os dados objeto de tratamento e a pessoa do seu titular. É definida no art. 5°, XI, da LGPD como a "[...] utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo". Da mesma forma, o bloqueio (art. 5°, XIII) e a eliminação dos dados (art. 5°, XIV) são hipóteses em que se visa preservar o titular dos dados, impedindo que informações em desacordo com a lei possam ser associadas a ele, de modo a violar direitos fundamentais (sobretudo

<sup>43.</sup> MONTEIRO, Renato Leite. Desafios para a efetivação do direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados e na General Data Protection Regulation. In: SOUZA, Carlos Affonso; MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscilla. Lei geral de proteção de dados. Caderno especial. São Paulo: RT, novembro/2019, p. 124.

<sup>44.</sup> WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI. Columbia Business Law Review, 2019(2), p. 1-130.

<sup>45.</sup> WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent. A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI. Columbia Business Law Review, 2019(2), p. 128.

no caso de informações desnecessárias ou excessivas), 40 ou, ainda, seus legítimos interesses, inclusive, para prevenir riscos de dano (em especial, no caso de dados incompletos). Não se desconhece, contudo, que a anonimização dos dados, em relação aos consumidores, enfrenta o desafio da própria finalidade de segmentação, o que, na utilização das informações objeto do tratamento, pode revelar, em diferentes momentos, a identidade dos consumidores.

A própria concepção dos *softwares* utilizados no tratamento de dados deve se pautar, conforme definição consagrada, pelo conceito do *Privacy by Design*, que sustenta uma atuação proativa de todos os envolvidos na atividade, mediante associação de três critérios: a) sistemas de tecnologia da informação (*IT systems*); b) práticas negociais responsáveis (*accountable business practices*); e c) design físico e estrutura de rede (*physical and networked infrastructure*), visando priorizar a preservação da privacidade dos usuários. <sup>47</sup> A partir dele, os fornecedores devem promover a privacidade do consumidor em todas as etapas de desenvolvimento de seus produtos e serviços, envolvendo a segurança dos dados, limites razoáveis de coleta e boas práticas para conservação, descarte e precisão dos dados. Da mesma

<sup>46.</sup> Embora em outro contexto, foi o caráter excessivo e a perda da relevância das informações com o decurso do tempo que levou o STJ, em 2018, a reconhecer o direito à desindexação em sites de busca do nome do autor e de notícias desabonadoras a seu respeito: STJ, REsp 1660168/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 08.05.2018, *DJe* 05.06.2018.

<sup>47.</sup> O desenvolvimento da noção de Privacy by Design é atribuído ao informe de projeto comum da Autoridade de Proteção de Dados holandesa e do Comissariado de Informação de Ontário, liderado por Ann Cavoukian: CAVOUKIAN, Ann. Privacy by design: The 7 foundational principles. Toronto: Information and Privacy Comissioner of Ontario, 2011. Disponível em: https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/7foundationalprinciples.pdf. No mesmo sentido, ensina: HUSTINX, Peter. Privacy by design: delivering the promises. Identity in the information society, n. 3, 2010, p. 253 e ss. No direito brasileiro, veja-se: VAINZOF, Rony. Comentários ao art. 6º. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (Coord.). LGPD: Lei geral de proteção de dados comentada. São Paulo: Ed. RT, 2019, p. 158-159; JIMENE, Camilla do Vale. Reflexões sobre privacy by design e privacy by default: da idealização à positivação. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (Coord.). Comentários ao GDPR: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. São Paulo: Ed. RT, 2019, p. 169 e ss. Inspirado na definição, Thiago Junqueira sugere a noção de "equidade por design" para proteção antidiscriminação nos contratos de seguro, sustentando que a própria programação do software evite esse resultado e, inclusive, acentuando a "possibilidade de exigência de alteração razoável do algoritmo quando estiver causando impacto desproporcional em grupos protegidos contra a discriminação": JUNQUEIRA, Thiago. Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros, p. 321 e ss.

forma, devem conservar procedimentos abrangentes de gerenciamento de dados durante todo ciclo de vida de seus produtos e serviços.<sup>48</sup>

A proteção contra a discriminação injusta resulta não apenas do controle sobre a espécie de dados objeto de tratamento, mas, sobretudo, da finalidade e do modo como é realizado, em especial no tocante à definição dos critérios para diferenciação entre consumidores e seu resultado concreto. Para tanto, confluem também os princípios da finalidade, da adequação e da necessidade, previstos na Lei Geral de Proteção de Dados (art. 6º, incisos I, II e III). Apenas desse modo torna-se efetivo, no tratamento de dados pessoais, a ampla proteção contra a discriminação injusta, direta ou indiretamente.

#### 4. Síntese conclusiva

No âmbito do mercado de consumo, a proibição à discriminação injusta tem efeito na rejeição de diferenciação entre consumidores em razão de critérios inidôneos ou ilegítimos que tenham por resultado impedir ou dificultar o fornecimento de produto ou serviço, ou permitir a imposição de condições diferenciadas, em violação ao princípio da igualdade. Essa discriminação se manifesta tanto em relação à recusa indevida à contratação (recusa a contratar) quanto em relação à de diferenciação das condições contratuais sem critério objetivo que a justifique (diferenciação ao contratar).

A projeção dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República sobre as relações de consumo permite o reconhecimento da legitimidade ou não das razões para restringir o acesso ao consumo por parte de consumidores, tomados individualmente ou em grupo. Para além dos critérios definidos na própria Constituição (art. 3°, IV e art. 5°, I), o princípio da igualdade e a proteção da dignidade da pessoa humana informam tanto a interpretação das regras legais que proíbem expressamente a discriminação injusta (em especial no preenchimento dos critérios considerados proibidos) quanto outras que, sem fazer referência expressa, atendem à mesma finalidade a partir de sua incidência (art. 39, I e X, e art. 51, IV e § 1°, I, do CDC).

As transformações mais recentes do mercado de consumo, em especial frente às possibilidades do tratamento de dados pessoais, dão causa a uma nova fronteira da proteção do consumidor em relação à discriminação injusta, tanto pelos riscos de uso indevido de dados não autorizados quanto pelo tratamento automatizado, a partir de *softwares* cuja programação assuma definições das quais decorram

<sup>48.</sup> Nesse sentido, as recomendações da Federal Trade Comission para elaboração de políticas públicas de proteção da privacidade do consumidor: FTC, Protecting consumer privacy in an Era of Rapid Change. Recomendations for businesses and policymakers. FTC Report, march/2010, p. vii.

resultados discriminatórios. Os riscos representados pela discriminação algorítmica, ao permitir que a correlação entre dados promova resultado excludente e prejudicial aos consumidores (discriminação indireta), exigem que se assegure a transparência sobre os critérios para diferenciação entre pessoas ou grupos, visando ao controle e à restrição de sua utilização quando forem identificados como contrários ao Direito. Os meios para prevenir os riscos de discriminação injusta no tratamento de dados pessoais dos consumidores compreendem a imposição de deveres aos fornecedores e controladores de dados. Estes se orientam no sentido de antecipar medidas mitigadoras na própria concepção dos *softwares* aplicados a essa finalidade, bem como para assegurar o direito de revisão das decisões e a transparência sobre os critérios utilizados para a diferenciação entre pessoas e grupos, visando demonstrar sua legitimidade frente à finalidade pretendida no exercício da atividade econômica.

Bem se demonstra, assim, que a proteção da igualdade dos consumidores e o combate à discriminação se colocam como um dos grandes desafios do direito do consumidor contemporâneo.

# O Direito do Consumidor no mundo em transformação

Em comemoração aos 30 anos do Código de Defesa do Consumidor

Adalberto de Souza Pasqualotto

ANTONIO CARLOS MORATO

ANTONIO HERMAN BENJAMIN

ANTÔNIO PEDRO DIAS

Bruno Miragem

CLARISSA COSTA DE LIMA

CLAUDIA LIMA MARQUES

FABIO ULHOA COELHO

FERNANDO RODRIGUES MARTINS

GABRIEL STIGLITZ

GUILHERME MAGALHÃES MARTINS

**G**USTAVO **T**EPEDINO

INGO WOLFGANG SARLET

KAZUO WATANARE

Kell a Pacheco Ferreira

LEONARDO ROSCOE BESSA

MILENA DONATO OLIVA

OTÁVIO LUIZ RODRIGUES JÚNIOR

RICARDO LUIZ LORENZETTI

RODRIGO XAVIER LEONARDO

Rosângela Lunardelli Cavallazzi

SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO

**ELÁDIO LECEY**Prefaciador



Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuguerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorgis: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

Produção Editorial

Coordenação

Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thaís Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfouri

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Lucas Kfouri

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

Mauricio Alves Monte

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

O Direito do consumidor no mundo em transformação /

Antonio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, coordenadores. -- 1. ed. --São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Vários autores Bibliografia

ISBN 978-65-5614-355-2

1. Direito do consumidor 2. Direito do consumidor - Brasil 3. Direito do consumidor -Leis e legislação I. Benjamin, Antonio Herman. II. Marques, Claudia Lima. III. Miragem, Bruno.

20-46427

CDU-34:381.6(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito do consumidor 34:381.6(81) Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964