



12310484



08012.001387/2019-11



Ministério da Justiça e Segurança Pública
Secretaria Nacional do Consumidor
Coordenação de Sanções Administrativas da SENACON

NOTA TÉCNICA Nº 62/2020/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.001387/2019-11

Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor *ex-officio*

Representado: Cia Hering

Assunto: Prática abusiva.

Classificação documental: CPS680

Ementa: Processo Administrativo. Utilização de tecnologia para a coleta de dados de consumidores sem conhecimento prévio e consentimento. Prática abusiva e violação de princípios e direitos do Código de Defesa do Consumidor. Infração aos artigos 4º, incisos I e III; 6º, incisos II, III, IV e VI; 39, IV; e 43 do Código de Defesa do Consumidor. Aplicação de sanção de multa no valor de R\$ 58.767,00 (cinquenta e oito mil setecentos e sessenta e sete reais).

I. RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo instaurado *ex-officio* pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC/representante), da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) em face da empresa Cia Hering (representada), em razão de suposta coleta de dados de clientes por meio recursos tecnológicos de reconhecimento facial.

Com a finalidade de apurar a prática em comento, em 21 de maio de 2019, por meio da Notificação n. 278/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON, este Departamento solicitou esclarecimentos à representada acerca dos referidos fatos também noticiados pelo IDEC e pelo site Tecmundo, conforme documentos SEI ns. 8761132 e 8761145.

Segundo divulgado pelo IDEC, a representada inaugurou uma loja chamada *Hering Experience*, que possuiria diversos recursos tecnológicos de personalização para o usuário. Na loja, os sistemas monitoram a reação de clientes às roupas por meio do reconhecimento facial, que seria, segundo a representada, uma ‘experiência’ para a publicidade personalizada. Essa prática, no entendimento do IDEC, seria abusiva por carecer do consentimento do consumidor, configurando um tipo de pesquisa de mercado compulsória e por violar a privacidade. Ademais, violaria preceitos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), ainda não vigente, por capturar dados sensíveis e o tratamento que será conferido a esses dados.

No tocante ao noticiado pelo site Tecmundo, nele foi informado acerca da atuação do IDEC, bem como diversas questões foram levantadas, tais como: “*os consumidores são informados? Se eles são, como eles são? Quais são os procedimentos de segurança dos dados coletados? Quem pode colocar as mãos nestes dados?*”. Além disso, a publicação ainda apontou que o reconhecimento facial poderia violar a

Constituição Federal por não respeitar os direitos à intimidade, à imagem e vida privada e ainda mencionou que o tratamento de dados deveria observar a LGPD.

Em resposta, a representada sustentou que não realizava o reconhecimento facial de quaisquer indivíduos. Afirmou que *“a tecnologia implementada na loja conceito do Morumbi Shopping, de Video Analytics e Digital Signature, se destinavam à realização de diagnóstico estimado de dados estatísticos (não pessoais), relacionados a gênero, faixa etária e humor dos clientes, a partir de câmeras instaladas no local e da detecção de sinais de wi-fi”*. Quanto ao diagnóstico estimado, explicou que se referia a dados de baixa precisão e que, portanto, não seriam aptos a identificar uma pessoa. Ademais, argumentou que as informações coletadas seriam anonimizadas e teriam relação apenas com a loja e o fluxo de consumidores. Sendo assim, reforçou que não se referem ao tratamento de dados pessoais e que a loja não possui mais a tecnologia em questão.

Em seguida, este Departamento enviou o Ofício n. 159/2019/CSA-SENAACON/CGCTSA/DPDC/SENAACON/MJ ao IDEC, a fim de solicitar cópia de eventual documentação sobre o assunto em tela. Em resposta, o IDEC apresentou a documentação solicitada e explicou que a representada *“alega que esse sistema se utiliza das imagens de 80 modelos homens e de 80 modelos mulheres com base para identificar o humor, faixa etária e gênero dos consumidores. Assim, segundo a empresa, as informações são anonimizadas e armazenadas temporariamente para compor relatórios estatísticos para melhor veiculação de conteúdos publicitários na loja”*.

Considerando os indícios de infração, este Departamento instaurou o presente processo administrativo, por meio da Nota Técnica n.º 294/2019/CSA-SENAACON/CGCTSA/DPDC/SENAACON/MJ, para apurar violação ao disposto nos artigos 4º, incisos I e III; 6º, incisos II, III, IV e VI; 39, IV; e 43 do Código de Defesa do Consumidor, em razão de suposta coleta de dados de consumidores por meio recursos tecnológicos de reconhecimento facial. Ato contínuo, a representada foi intimada para apresentar Defesa Administrativa.

Antes da apresentação da defesa, o representante da Cia Hering compareceu nas dependências do MJSP, para realização de reunião (9774889). Consta da Memória de Reunião, nos seguintes termos: *o representante buscou esclarecimentos sobre a instauração do presente processo. O DPDC mencionou que seria importante apresentar mais informações sobre os dados colhidos e a finalidade da coleta, bem como sobre o consentimento do consumidor e a observância ao direito à informação quanto a esse processo de coleta. Em síntese, o DPDC apura se a coleta está de acordo com o ordenamento jurídico. O representante afirmou que, basicamente, os dados coletados teriam relação ao gênero e à faixa etária do consumidor, sem qualquer tipo de tratamento. Questionados sobre a apresentação de relatório de auditoria independente sobre a prova de conceito feita na loja do Morumbi, o representante mencionou que encaminhará a proposta aos seus constituintes.*

Em seguida, a representada apresentou Defesa Administrativa (9816271), informando que atualmente, em razão de aspectos negociais, a loja *Hering Experience*, localizada no Morumbi Shopping, não possui mais a tecnologia de detecção facial, e frisou que a sua implantação se deu de forma temporária em caráter de testes. Explicou que as soluções tecnológicas implementadas não realizavam qualquer tipo de reconhecimento facial, tampouco a individualização de consumidores; produziam apenas informações estatísticas sobre a loja e sobre o fluxo de pessoas que nela transitavam, de forma totalmente anonimizada.

A representada também explanou acerca das ferramentas utilizadas: *Video Analytics* e *Digital Signage (VTSign)*. Consoante apresentado, a *“Video Analytics”* atuava em duas frentes: análise e produção de mapa de calor que demonstrava os pontos mais frequentados da loja, bem como estimação de gênero, faixa etária e humor dos consumidores no ambiente da loja, a partir da detecção facial feita por uma única câmera instalada próximo ao caixa da loja, para contar as pessoas e produzir relatórios estatísticos. De acordo com a representada, as informações coletadas eram utilizadas para medir a circulação interna na loja, dias e horários de maior pico, bem como áreas de maior interesse dos consumidores. Ressaltou que todas as estimativas geradas a partir dos dados estatísticos tratados eram de baixa precisão.

Quanto à ferramenta do *“Digital Signage”*, explicou que atuava basicamente na otimização da transmissão de conteúdo publicitário no ambiente daquela loja, com direcionamento de campanhas a partir da classificação de gênero, de maneira anonimizada e, posteriormente, na medição estatística da audiência.

Ressaltou que não era possível realizar o reconhecimento facial, uma vez que a referida base de dados não possuía imagens da pessoa em ambiente de loja e que o sistema *Digital Signage* não era apto para tanto; realizava apenas a detecção facial. Frisou, ainda, que não era possível identificar quem era o consumidor, nem suas preferências pessoais; bem como que não houve segmentação de publicidade voltada para o público infantil a partir da detecção feita pela ferramenta. Esclareceu também que as imagens são descartadas, de forma que só ficam armazenados nos servidores do fornecedor da solução os dados agregados e que, assim como a ferramenta *Video Analytics*, o *Digital Signage* também não realizava tratamento de dados pessoais, na medida em que não existia a possibilidade de identificação do usuário.

A representada também apontou a distinção entre detecção e reconhecimento facial; e argumentou no sentido de que os consumidores que adentraram na loja Hering do Shopping Morumbi não tiveram suas faces reconhecidas por nenhuma das ferramentas utilizadas, sendo a detecção facial utilizada para a geração de relatórios anonimizados e estimados, não sendo possível individualizar nenhuma pessoa que frequente a loja nem capturar, armazenar dados pessoais ou utilizar essas informações para o envio de mensagens direcionadas aos consumidores individualizados.

No mérito, a representada aduziu que não é possível extrair qualquer violação aos direitos do consumidor em sua conduta, pois os sistemas utilizados operavam apenas com dados anonimizados e relatórios meramente estatísticos, não havendo qualquer incursão nos direitos de personalidade ou na intimidade do consumidor. Ressaltou que a prática por ela adotada é exemplo claro da harmonização entre o desenvolvimento tecnológico e econômico com a proteção do consumidor, afastando qualquer violação ao art. 4º, incisos I e III, do CDC. Ainda, também pontuou que não há hipersegmentação de publicidade nos anúncios realizados na loja e que não há publicidade direcionada ao público infantil, destacando, inclusive, que possui estabelecimento próprio, no mesmo *shopping center*, destinado a esse público.

Argumentou que o consentimento não é o único elemento a ser considerado quando se fala em proteção ao consumidor; e que, uma vez que não há tratamento de dados pessoais, esvazia-se a discussão sobre a necessidade de consentimento. Outrossim, salientou que o fato de o consentimento dos consumidores não ser exigível na espécie não quer dizer que a representada não tenha adotado salvaguardas e mecanismos de proteção ao consumidor, explicando que os mecanismos que resguardam a esfera privada do consumidor estão incorporados no próprio bojo da tecnologia.

Explicou que não é o caso de se falar em violação ao artigo 43 do CDC, pois não houve coleta de dados pessoais de consumidores e que os dados não são armazenados em qualquer banco de dados ou cadastro. A representada também negou violação aos artigos 39 e 6º, IV, do CDC, alegando que não houve indução maliciosa ou prática que se aproveitasse da hipossuficiência de um grupo de consumidores específicos para induzi-lo a adquirir determinado bem.

A representada alegou, ainda, que não se cogita qualquer dano ao consumidor a partir da sua conduta, pois sequer houve identificação de qualquer consumidor, sendo inviável se cogitar em repercussões à sua esfera íntima.

Em manifestação complementar, a representada juntou parecer do IBPTECH acerca dos fatos em questão (10521283). O referido parecer foi ao encontro dos argumentos já apresentados pela representada, com as seguintes conclusões: *i. As soluções implementadas pela Representada não possibilitam qualquer tipo de reconhecimento facial, dado que: a. Os dados gerados pelos sistemas são meramente estatísticos e anônimos; b. Nenhuma imagem é salva nos servidores da Representada; c. Não há base de dados com informações específicas de indivíduos para comparação; d. Os algoritmos não permitem aprimoramento de base de dados ou treinamento automatizado; e. Não é possível o cruzamento de informações de diversas fontes, dada a anonimização dos dados. ii. A patente utilizada pelo Idec para alegar que seria possível a realização de reconhecimento facial refere-se a sistema de vigilância e não se aplica ao caso em questão; iii. O reconhecimento de emoções não é suficiente para identificar um indivíduo, dado que os avatares de comparação são genéricos e não retratam informações específicas; iv. A Representada implementou as soluções apenas em loja destinada ao público adulto.*

No dia 20 de dezembro de 2019, foi encaminhada a Notificação nº 659/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON, ao representante legal da Cia Hering, solicitando a indicação das provas a serem produzidas nos presentes autos. Em resposta (10767575), a representada informou que já

forneceu todos os subsídios necessários à demonstração da legalidade e da regularidade das ferramentas que foram utilizadas em sua loja conceito, as quais se destinavam unicamente a propiciar uma melhor experiência de compra aos consumidores. Contudo, a representada solicitou a designação de reunião para eventuais esclarecimentos.

Posteriormente, a representada foi intimada, por meio do OFÍCIO Nº 31/2020/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ, para, querendo, impugnar a média da receita mensal bruta apresentada no Despacho nº 84/2020/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ e documentos (11054191 e 11054346). Em resposta (11197784), a representada impugnou os números apresentados, argumentando que a receita total da companhia não pode ser utilizada como referencial para o cálculo de eventual pena base, uma vez que a suposta irregularidade em questão se restringiu a uma única loja. Ressaltou que tanto a instalação da tecnologia quanto seus efeitos foram limitados à unidade do Morumbi Shopping; e, nesse sentido, juntou aos autos o extrato da receita bruta da loja Hering Experience, referente ao ano de 2019, estratificada por mês.

Em atendimento ao pedido formulado pela representada, foi realizada reunião entre os representantes da Cia Hering e do DPDC, no dia 24 de março de 2020, por videoconferência, conforme memória de reunião (11325442). Na ocasião, *questionados se os consumidores, ao entrarem na loja, sabiam de alguma forma, que essa situação estava acontecendo em algum lugar, responderam que não houve um aviso específico sobre as câmeras em questão, pois o fornecedor entendeu se tratar de questão simples, que não exigia comunicação específica sobre isso. Ressaltou que, por se tratar de ferramenta de teste, em caráter temporário, pela sua informalidade, não houve comunicação específica nesse sentido aos consumidores.*

Devidamente intimada, por intermédio do OFÍCIO Nº 54/2020/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ, a representada apresentou Alegações Finais, reiterando os argumentos já apresentados nas manifestações no decorrer da instrução processual.

No dia 13 de maio de 2020, o IDEC apresentou manifestação complementar (11686858), destacando que a Hering não realiza mera detecção facial, mas sim o reconhecimento facial. Nesse sentido, explicou que detecção facial implica somente na contagem de rostos, sem atribuição de características como idade e gênero; e destacou que o reconhecimento facial passa por pelo menos quatro etapas, sendo a detecção facial apenas uma delas.

Destacou que os sistemas adotados pela representada, *Digital Signage e Video Analytics*, vão muito além da simples detecção facial, uma vez que realizam controle demográfico, diagnóstico de gênero e idade e o último sistema é capaz até de identificar as emoções dos consumidores no caixa da loja. Explicou que para obtenção dessas informações estatísticas de seus consumidores, era necessário realizar: a captura da imagem, detecção facial, normalização da imagem obtida, extração de atributos da face, e, somente então, a análise dos dados obtidos.

Outrossim, salientou que independentemente da nomenclatura adotada, existe tratamento de dados pessoais, uma vez que, para a obtenção da análise almejada sobre gênero, faixa etária e emoção dos consumidores, mesmo que estatisticamente, é necessária a coleta da imagem (primeira etapa do reconhecimento facial), bem como sua utilização, acesso, processamento, modificação e eliminação; e todos esses processos de utilização da imagem são definidos como tratamento de dados pessoais pela LGPD e são necessários para as etapas de reconhecimento facial. Reforçou também que a posterior eliminação da imagem e anonimização das informações extraídas não imuniza a empresa, tampouco apaga o fato de que houve tratamento de dados pessoais sem qualquer informação, transparência e consentimento dos consumidores. Ressaltou, ainda, que o consumidor é facilmente identificável a partir do cruzamento de dados pessoais em posse da empresa.

A representada foi intimada, por meio do OFÍCIO Nº 356/2020/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ, para se manifestar a respeito dos pontos ventilados pelo IDEC.

Em resposta (12080661), a representada reforçou que o presente procedimento versa sobre tecnologia localizada, utilizada em uma única loja da empresa, pelo período de poucos 2 meses, em caráter de teste, que não identifica qualquer pessoa natural, consumidora ou não de seus produtos. Ressaltou que as ferramentas utilizadas na loja não realizavam reconhecimento facial, na medida em que não há identificação

do usuário. Do início ao fim da operação, o cliente permanece anônimo, não sendo identificado em nenhuma fase do processo. Salientou que as imagens sequer chegavam a qualquer computador ou servidor da loja, vez que eram imediatamente deletadas após a estimativa dos dados. Os sistemas trabalhavam unicamente com números/dados agregados e anonimizados e não com imagens. Outrossim, aduziu que os dados em questão não são pessoais, não havendo que se falar em qualquer violação à privacidade ou à autodeterminação informativa dos consumidores.

Argumentou ainda que são totalmente descabidas as afirmações do IDEC sobre a suposta existência de coleta de dados biométricos e/ou sensíveis e a suposta “facilidade” na reversão da anonimização dos dados, uma vez que o IDEC sequer conhece os sistemas utilizados na loja. Repisou que, no caso em questão, não há acesso de qualquer colaborador da representada às imagens captadas, vez que o acesso é apenas aos dashboards que mostram os dados em sua forma agregada e anonimizada.

Quanto à questão do consentimento, afirmou que não há qualquer dispositivo legal que determine essa exigência, seja no Código de Defesa do Consumidor, tampouco na LGPD, que sequer entrou em vigor. Também argumentou no sentido de que o artigo 43 do CDC é inaplicável ao presente caso, uma vez que não há armazenamento, análise ou coleta de dados associados a um indivíduo, pois a representada possui acesso tão somente à planilha numérica que indica quantidades, valores e características agregadas. Assim, não existe sequer a possibilidade de fornecimento de dados ao cliente X, Y ou Z, porque não há como se saber que esses consumidores passaram pela loja.

Ao final, ressaltou que, embora as ferramentas utilizadas possam ser úteis à análise de desempenho da loja em questão, subsidiando a tomada de decisões que propiciem uma melhor experiência para o consumidor, o fato é que as tecnologias foram utilizadas apenas em caráter de testes. Assim, devido à descontinuidade da ferramenta, a representada não aferiu qualquer vantagem mercadológica significativa por meio da adoção das tecnologias em questão.

É o relatório. Passa-se a opinar.

II. FUNDAMENTAÇÃO

A. Da competência da SENACON

Segundo o art. 13 do Regimento Interno da Secretaria (Anexo I da [Portaria nº 905, de 24 de outubro de 2017](#), publicada no DOU de 26/10/2017), infere-se que o exercício do poder de polícia administrativa da Senacon, sob responsabilidade do DPDC, circunscreve-se a situações que envolvam relevante interesse geral e de âmbito nacional. Outrossim, dos artigos 55, do CDC, e 4º, do Decreto nº 2.181, de 1997, conclui-se que cabe ao DPDC a análise de questões que tenham repercussão nacional e interesse geral, competindo aos órgãos regionais e locais de proteção e defesa do consumidor assuntos de cunho restrito às respectivas circunscrições territoriais e casos individuais específicos.

Nos presentes autos, a prática da representada, referente a tecnologia de reconhecimento facial dos consumidores, embora tenha sido implementada apenas na loja conceito do Morumbi Shopping, é situação de interesse geral, pois envolve proteção e tratamento de dados pessoais, tema cuja importância cresce diariamente. Ademais, a loja situa-se na cidade de São Paulo, centro econômico do país, capital de grande circulação de pessoas, presumindo-se ter atingido consumidores de diferentes regiões do país, além do fato de que a representada é conhecida e possui lojas em boa parte do território nacional. **Infere-se daí a abrangência nacional do caso em apreço e, por essa razão, a questão ultrapassa contornos individuais e atinge a coletividade.**

B. Das questões preliminares

Cabe endereçar certas questões de modo preliminar, previamente ao tratamento do mérito da demanda.

Inicialmente, a representada informou que, atualmente, em razão de aspectos negociais, a loja *Hering Experience*, localizada no Morumbi Shopping, não possui mais a tecnologia de detecção facial, e frisou que a sua implantação se deu de forma temporária para fins de prova de conceito. No entanto, isso não elide, *per se*, a ocorrência da infração analisada, uma vez que a análise trazidas nestes autos deve atentar para possíveis violações ocorridas à época dos fatos que ensejaram a presente investigação. As questões mencionadas pela representada, no entanto, serão oportunamente apreciadas como circunstâncias atenuantes da pena.

Em tempo, cumpre esclarecer que, conforme consignado em reunião com a representada (9774889), o que se discute no presente processo sancionatório é a responsabilização por infração administrativa às normas que tratam da proteção e da defesa do consumidor, especialmente quanto à observância à vulnerabilidade dos consumidores e o direito à informação, referente aos dados colhidos pela tecnologia em comento e a finalidade da coleta, bem como sobre o consentimento do consumidor e a observância ao direito à informação quanto a esse processo de coleta. Em síntese, o DPDC apura se a coleta está de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Dessa forma, por não existir qualquer impedimento à atuação do DPDC, é forçoso concluir que o feito reúne as condições necessárias a sua apreciação. Superadas essas questões introdutórias, passa-se ao cerne da demanda.

C. Da utilização de tecnologia para a coleta de dados de consumidores sem conhecimento prévio e consentimento, com conseqüente ofensa ao direito básico do consumidor à informação

O Código de Defesa do Consumidor define, em seu artigo 6º, os chamados ‘direitos básicos’ dos consumidores. Dentre eles, destacam-se aqui, de forma especial, aqueles insertos em seus incisos II (a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações), III (informação), e IV (proteção contra abusos de toda sorte, nas diversas fases da relação de consumo, incluído quanto práticas abusivas em publicidade e em cláusulas contratuais).

O direito à informação pressupõe que ela seja prestada de forma adequada, clara e inequívoca (quantidade, características, composição, qualidade, preço, riscos) sobre os diferentes produtos e serviços ofertados ao consumidor. A informação a ser prestada ao consumidor deve ser completa, gratuita e útil, de forma que o consumidor compreenda o que está adquirindo ou contratando. Ela é a essência do contrato e assegura a transparência na relação de consumo.

Além do direito à informação, o artigo 6º, no inciso IV, traz a proibição às práticas e cláusulas abusivas impostas aos consumidores. Estas proibições asseguram ao consumidor que aquilo que está sendo ofertado seja realmente o que ele irá contratar, sem nenhuma distinção ou alteração da oferta apresentada, bem como que a ele não serão impostas condições de contratação que lhe causem prejuízos e, ainda, que o fornecedor não se valerá, em sua relação com ele, de métodos e práticas comerciais coercitivas ou desleais.

Nesse diapasão, compreende-se que a implementação da solução tecnológica da maneira como foi realizada configura ofensa ao direito de informação, não pelo contexto da sua utilização pela representada, mas sim pela forma como foi realizada. A utilização da referida tecnologia de captura da imagem dos consumidores deveria ter sido objeto de uma preocupação com o cumprimento do dever formal de informar por parte da representada. Na medida em que o consumidor dispusesse de dados e elementos para a ciência e compreensão sobre o que estava acontecendo, poderia exercer livre e conscientemente seu direito de escolha. É certo que a representada, ao realizar o uso de qualquer tipo de tecnologia para fim ora apresentado, deveria, ao menos, ter alertado adequadamente os consumidores, ainda que por um aviso inserido na entrada do estabelecimento, munindo-os com todas as informações, especialmente quanto à extensão da coleta e quanto à finalidade de aplicação dos dados coletados.

Questionados por ocasião da reunião realizada (11325442), se os consumidores, ao entrarem na loja, sabiam, de alguma forma, que essa situação estava acontecendo em algum lugar, responderam que não houve um aviso específico sobre as câmeras, pois o fornecedor entendeu se tratar de questão simples, que não exigia comunicação específica sobre isso. Ressaltou que, por se tratar de ferramenta de teste, em caráter

temporário, pela sua informalidade, não houve comunicação específica nesse sentido aos consumidores. Aliás, cumpre registrar que essa circunstância levou ao deferimento de pedido de tutela de urgência nos autos da ação 1090663-42.2018.8.26.0100, em trâmite na 37ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP, em que se discute questão de fundo semelhante à constante dos autos, proposta em face de terceiro.

Outrossim, consta, em uma das manifestações da representada, argumento no sentido de que o fato de o consentimento dos consumidores não ser exigível na espécie não quer dizer que a representada não tenha adotado salvaguardas e mecanismos de proteção ao consumidor. Nesse ponto, a representada explica que os mecanismos que resguardam a esfera privada do consumidor estão incorporados no próprio bojo da tecnologia. É importante ressaltar, no entanto, que o referido argumento carece de qualquer comprovação nesse sentido. De qualquer forma, ainda que ficasse devidamente comprovada que os dados sido comprovadamente captados e aplicados de forma anônima ou anonimizada, isso é despidendo para a caracterização da infração ora apurada, uma vez que a ideia de dado anonimizado serve para afastar o conceito de dado pessoal – enquanto informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável – para fins de aplicação da LGPD (art. 12 da Lei 13.709/2018), que sequer se encontra em vigência no presente momento.

Assim, do modo como ocorreu o uso da tecnologia em pauta, sem a devida informação aos consumidores, de forma clara e inequívoca, constata-se que a representada ofendeu direitos básicos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

D. Da violação aos princípios que orientam a proteção ao consumidor no caso em exame: vulnerabilidade, transparência, boa-fé e equilíbrio.

A Constituição Federal (CF) de 1988 situa o Direito do Consumidor no rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e da coletividade (art. 5º, inciso XXXII) e estabelece que é dever do Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, além de determinar ser a proteção do consumidor baliza para a atividade econômica, nos termos do art. 170, inciso V, da Carta Magna.

O CDC é um microsistema jurídico que determina a prevalência dos princípios da boa-fé e da transparência nas relações de consumo, com o intuito de garantir a harmonização dos interesses das partes. Nesse sentido, o Código instituiu o princípio da proteção da confiança do consumidor, que possui como um dos seus principais aspectos “*a proteção da confiança na prestação contratual, que dará origem às normas cogentes do CDC, que procuram garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquirido, assim como evitar riscos e prejuízos oriundos destes produtos e serviços*” (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 3. Ed. 1999, p. 126 e 127).

A transparência, confiança, harmonia nas relações de consumo, reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, assim como a harmonização de interesses, com base na boa-fé e no equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, são princípios que estão expressamente previstos no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Para tanto, na disciplina conferida ao tema pelo CDC, foi estabelecida a *vulnerabilidade* do consumidor, no mercado de consumo, como o primeiro dos princípios orientadores da Política Nacional das Relações de Consumo, cujo objetivo envolve, de forma expressa, orientar relações mais *transparentes e harmoniosas* (CDC, art. 4º, *caput* e I). É justamente com base nessa premissa maior, a *vulnerabilidade* do consumidor, que outros princípios e regras se entrelaçam, formando uma moldura protetiva bastante abrangente e sólida, claramente focada no delineamento de relações pautadas na *boa-fé e equilíbrio* entre consumidores e fornecedores (CDC, art. 4º, III).

Observa-se, no caso em comento, que o consumidor não sabia que estava se submetendo à captação de sua imagem. Dessa forma, a representada prevalece da ignorância do consumidor para, segundo ela, “propiciar uma melhor experiência de compra aos consumidores”. Verifica-se, portanto, clara violação à vulnerabilidade do consumidor, tendo em vista o desconhecimento e a ausência de concordância expressa dos consumidores da representada, acerca do uso da tecnologia em questão.

Embora a representada argumente no sentido de que as soluções tecnológicas implementadas não realizavam qualquer tipo de reconhecimento facial, tampouco a individualização de consumidores, mas que apenas produziam informações estatísticas sobre a loja e sobre o fluxo de pessoas que nela transitavam, de forma totalmente anonimizada, fato é que os consumidores tinham o direito de saber, ao menos, o que estava acontecendo. Assim, a representada, nitidamente, aproveitou-se não só da vulnerabilidade, mas também da ignorância dos consumidores, para usar tecnologia sob a justificativa de melhoria da experiência de compra dos consumidores, cuja existência, entretanto, eles sequer possuíam conhecimento, em detrimento de sua autonomia de vontade.

No caso em exame, toda essa rica base principiológica, indispensável à legalidade e legitimidade das práticas verificadas no mercado de consumo, vê-se maculada pela postura da representada, consubstanciada na falta de respeito a formação de relações de consumo transparentes, equilibradas e harmoniosas, como almejadas pelo CDC.

E. Da constatação de prática abusiva

Diante do contexto ora exposto, observa-se que a representada ultrapassa os limites da liberdade de mercado, da transparência e da boa-fé para com seus consumidores, incorrendo em prática abusiva, vedada pelo Código de Defesa do Consumidor.

A representada, ao explicar sobre as ferramentas utilizadas, argumentou que a “*Video Analytics*” atuava em duas frentes: análise e produção de mapa de calor que demonstrava os pontos mais frequentados da loja, bem como estimação de gênero, faixa etária e humor dos consumidores no ambiente da loja, a partir de uma única câmera instalada próximo ao caixa, para contar pessoas e produzir relatórios estatísticos. De acordo com a representada, as informações coletadas eram utilizadas para medir a circulação interna na loja, dias e horários de maior pico, bem como áreas de maior interesse dos consumidores. Ressaltou que todas as estimativas geradas a partir dos dados estatísticos tratados eram de baixa precisão.

Quanto à ferramenta do “*Digital Signage*”, explicou que atuava basicamente na otimização da transmissão de conteúdo publicitário no ambiente daquela loja, com direcionamento de campanhas a partir da classificação de gênero, de maneira anonimizada e, posteriormente, na medição estatística da audiência. Esclareceu, também, que as imagens eram descartadas, de forma que só ficam armazenados nos servidores do fornecedor da solução os dados agregados.

Dessa forma, constata-se que a representada se prevaleceu da ignorância do consumidor a respeito das práticas realizadas, tendo em vista a ausência de informações, para prospectar a venda de seus produtos, na medida em que, através das ferramentas supracitadas, conseguia traçar perfis de consumo em seu estabelecimento e realizar um mapeamento dos padrões de consumo da loja com as informações coletadas, em detrimento da ciência dos consumidores acerca desses fatos, incorrendo em prática abusiva nos termos do artigo 39 do CDC.

F. Das informações constantes nos bancos de dados e cadastros de consumidores

O artigo 43, *caput* e § 2º, do CDC, estabelece acerca do direito de acesso à informação, bem como de comunicação acerca de *informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes*; e que *a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele*.

Nesse particular, a representada afirmou que não é o caso de se falar em violação ao artigo 43 do CDC, pois não houve coleta de dados pessoais de consumidores e que os dados não são armazenados em qualquer banco de dados ou cadastro. Alega que apenas produzia dados estatísticos sobre a loja e sobre o fluxo de pessoas que nela transitavam, de forma totalmente anonimizada; que todas as estimativas geradas a partir

dos dados estatísticos tratados eram de baixa precisão; que as imagens eram descartadas. Além disso, em reunião (11325442), informou que não houve gravação de imagem; apenas dados de perfil, gênero e faixa etária. Em que pesem as considerações da representada, é notório que existiam registros de dados, ainda que posteriormente eliminados. Esses registros, ainda que arquivados ou descartados em pouquíssimo tempo, deveriam ser objeto de informação e comunicação aos consumidores.

G. Dos direitos da personalidade e da utilização da imagem dos consumidores para fins comerciais

Embora não exista comprovação acerca da inserção dos dados obtidos através da utilização da tecnologia pela representada na internet, o que poderia afastar a aplicação do Marco Civil da Internet, isso não impede que sejam aplicadas as disposições do Código Civil referentes aos direitos da personalidade. Nesse sentido, vejamos o que estabelece o artigo 20, *caput*, do Código Civil (grifos acrescidos):

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. ([Vide ADIN 4815](#))

De acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da mencionada ADIN 4815, apenas em determinadas hipóteses é que a autorização mencionada no *caput* do artigo 20, do Código Civil seria dispensada, o que não se enquadra no caso da representada. Ao contrário, conforme mencionado pela própria representada em suas manifestações, a utilização da imagem dos consumidores através da tecnologia implementada na loja se destinava a fins comerciais, ou como a representada menciona, com a finalidade de “propiciar uma melhor experiência de compra aos consumidores”. Assim, verifica-se que, também sobre a ótica do Código Civil, a representada violou dos direitos da personalidade de seus clientes, na medida em que não obteve autorização para o emprego da tecnologia mediante que fazia uso da imagem dos consumidores e sequer os alertou acerca da utilização da referida solução tecnológica em seu estabelecimento comercial.

III. CONCLUSÕES E DA DOSIMETRIA DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA DE MULTA

Diante disso, constata-se que a representada incorreu em conduta que substancia violação aos artigos 4º, incisos I e III; 6º, incisos II, III, IV e VI; 39; e 43, do CDC, passando-se, agora, à dosimetria de multa.

Para a dosimetria da pena de multa, considera-se:

- o Despacho do Diretor nº 1167/2019 (SEI 9497488), de 30 de agosto de 2019, publicado no DOU em 2 de setembro de 2019 (SEI 9601152), que instaurou o presente processo administrativo decorrente de averiguação preliminar, como ato equivalente ao auto de infração de que trata o § 1º do art. 12 da [Portaria nº 7, de 5 de maio de 2016](#), que disciplina a aplicação de sanções administrativas, no âmbito da Senacon, por decidir pela existência de indícios de infração nos fatos relatados nos autos;

- os meses referentes ao 2º trimestre de 2019 com os 03 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, nos termos do § 1º do art. 12 da citada Portaria, para se apurar a condição econômica do fornecedor;

De acordo com o art. 13 do aludido ato administrativo, a fórmula de cálculo $PB = (NAT \times ED \times CEPE \times CERBM)$, a partir da qual se chegou à pena base a ser aplicada à infração, onde:

$PB = \text{Pena-Base};$

NAT = Enquadramento da infração no grupo equivalente à sua natureza e gravidade;

ED = Extensão do Dano (individual, coletivo ou difuso);

CEPE = Condição Econômica - Porte Econômico da Empresa;

CERBM = Condição Econômica - Renda Mensal Bruta.

- **Grupo II** como o enquadramento da infração Inserir ou manter registros, em desacordo com a legislação, nos cadastros ou banco de dados de consumidores (artigos 43 e §§ e 39, caput), quanto sua **natureza e gravidade**, correspondendo ao **fator de multiplicação 2**;

- **dano individual** quanto à sua **extensão**, correspondendo ao **fator de multiplicação 5**;

- que o faturamento da loja Hering *Experience* do Morumbi Shopping **no exercício de 2019**, atingiu o montante de R\$ 9.522.980,80 (nove milhões, quinhentos e vinte e dois mil novecentos e oitenta reais e oitenta centavos), v. Petição (SEI 11323140), classificando-se, portanto, a representada como **EMP (Empresa de médio porte)**, pois possui faturamento anual entre R\$3.600.000,01 e R\$ 90.000.000,00, correspondendo o **CEPE** da representada ao **fator de multiplicação 60**;

- para o cálculo da Receita Mensal Bruta, a **média mensal** referente ao exercício de 2019, no valor de **R\$ 793.581,73** (setecentos e noventa e três mil, quinhentos e oitenta e um reais e setenta e três centavos). Corresponde, assim, o **CERBM** da representada ao **critério 0,025%** da receita mensal bruta, por se tratar de EMP, equivalendo a **R\$ 195,89** (cento e noventa e cinco reais e oitenta e nove centavos). Nesse particular, utiliza-se o faturamento do aludido estabelecimento, uma vez que os fatos em apuração se deram dentro de seu recinto, sem demonstração de uso generalizado pelo fornecedor e sem adoção da prática de forma generalizada dentro de seu modelo de negócios.

Assim:

$$PB = (NAT \times ED \times CEPE \times CERBM)$$

$$PB = 2 \times 5 \times 60 \times 195,89$$

$$PB = 117.534,00$$

Fixada, dessa maneira, a **pena-base em R\$ 117.534,00 (cento e dezessete mil quinhentos e trinta e quatro reais)**.

Quanto às atenuantes, reconhece-se a ser a infratora primária (art. 25, inc. II, do Decreto nº 2.181, de 1997), além de ter cessado a prática de forma a minimizar os seus efeitos danosos (art. 25, inc. III, do Decreto nº 2.181, de 1997).

Não se constata a presença de agravantes.

Assim, reduz-se a pena-base pela metade.

Diante disso, diminui-se a pena-base de multa para **R\$ 58.767,00 (cinquenta e oito mil setecentos e sessenta e sete reais)**, que é tornada **definitiva**.

Conclui-se, por fim, que não é o caso da aplicação de outras penalidades cominadas na Lei n.º 8.078, de 1990.

IV. CONCLUSÃO

Considerando, portanto, estar caracterizada a prática de infração à legislação consumerista, observando-se os artigos 56 e 57, da Lei nº 8.078, de 1990; 18, 22, 24 e 28 do Decreto nº 2.181, de 1997; e 9º, 12 e 13 da Portaria Senacon nº 7, de 2016, **recomenda-se a aplicação de sanção administrativa de multa no valor de R\$ 58.767,00 (cinquenta e oito mil setecentos e sessenta e sete reais)** a Cia Hering, CNPJ nº 78.876.950/0001-71.

Recomenda-se, igualmente:

- intimar a representada para recolher o valor definitivo da multa em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), nos termos da [Resolução CFDD nº 30, de 26 de novembro de 2013](#), consoante determina o art. 29 do Decreto nº 2.181, de 1997, sendo que, nos termos da [Portaria Senacon nº 8, de 5 abril de 2017](#), Capítulo IV, que trata do recolhimento da multa aplicada nos processos administrativos que tramitem nesta Secretaria, o preenchimento da Guia de Recolhimento da União (GRU), realizado conforme instruções constantes do Anexo I dessa Portaria, e sua expedição são deveres da parte interessada, bem com a juntada de cópia dessa Guia aos autos no prazo de 5 (cinco) dias a partir do recolhimento, a fim de que seja arquivado o processo, cuja não ocorrência acarretará a falta de identificação de pagamento da multa e, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, ensejará a inscrição do débito em dívida ativa da União. Registra-se que em caso de renúncia ao direito de recorrer desta decisão, a representada fará jus a **um fator de redução de 25%** (vinte cinco por cento) no valor da multa aplicada, em conformidade à [Portaria Senacon nº 14, de 19 de março de 2020](#), desde que observadas as condições ali estabelecidas;

- transcorrido o prazo recursal sem interposição de recurso pela representada, remeter os autos à Coordenação-Geral de Administração, Orçamento e Finanças (CGAOF), para verificar o pagamento da multa;

- não havendo, nos autos, comprovação de recolhimento da multa, encaminhá-los à CGCTSA para requerer à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) a inscrição do débito, vencido e não-pago, em Dívida Ativa da União (DAU), em respeito ao art. 39 da [Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964](#), e ao art. 2º da [Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980](#);

- expedir ofício circular aos órgãos e entidades integrantes do SNDC, com cópia deste documento e do Despacho decisório do DPDC, ao propósito de cientificá-las, em observância ao art. 19, inc. V, do RI-Senacon.

Enfim, em cumprimento ao art. 22, incisos II e III, do RI-Senacon, submete-se o presente ato opinativo à consideração superior.

À consideração superior.

LOUISE GABRIELLE ESTEVES SOARES DE MELO

Chefe da Divisão de Investigação

De acordo.

À apreciação do Diretor de Proteção e Defesa do Consumidor substituto.

RAFAEL A. LOURENÇO

Coordenador de Sanções Administrativas substituto



Documento assinado eletronicamente por **Louise Gabrielle Esteves Soares de Melo, Chefe da Divisão de Investigação**, em 13/08/2020, às 10:53, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



Documento assinado eletronicamente por **Rafael Alves Lourenço, Coordenador(a) de Sanções Administrativas- Substituto(a)**, em 13/08/2020, às 11:04, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **12310484** e o código CRC **12EA4CCB**

O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/aceso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Referência: Processo nº 08012.001387/2019-11

SEI nº 12310484