



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO

TAMILY LIMA MASCARENHAS

**A REMESSA DE *SPAM* ATRAVÉS DO *WHATSAPP* PARA A OFERTA
DE PRODUTOS E/OU SERVIÇOS: TRANSGRESSÕES À PROTEÇÃO DE
DADOS E AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS CONSUMIDORES**

Salvador
2021

TAMILY LIMA MASCARENHAS

A REMESSA DE SPAM ATRAVÉS DO WHATSAPP PARA A OFERTA DE PRODUTOS E/OU SERVIÇOS: TRANSGRESSÕES À PROTEÇÃO DE DADOS E AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS CONSUMIDORES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Joseane Suzart Lopes da Silva

Salvador
2021

TAMILY LIMA MASCARENHAS

A REMESSA DE SPAM ATRAVÉS DO WHATSAPP PARA A OFERTA DE PRODUTOS E/OU SERVIÇOS: TRANSGRESSÕES À PROTEÇÃO DE DADOS E AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS CONSUMIDORES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 07 de dezembro de 2021.

Banca examinadora

Joseane Suzart Lopes da Silva – Orientadora _____

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Universidade Federal da Bahia

Iran Furtado de Souza Filho _____

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Universidade Federal da Bahia

Patrícia Maria Godoi Najar _____

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Universidade Católica do Salvador

AGRADECIMENTOS

À todas as pessoas que me fizeram ser quem eu sou:

A Deus, por ter iluminado o meu caminho e me direcionado à escolha da graduação em Direito.

Aos meus amados pais, Joana Angélica e Tanivaldo, que dedicaram as suas vidas à realização dos meus sonhos e dos meus irmãos.

Aos meus irmãos e grandes apoiadores, Tanivaldo Júnior e Thayse. Vocês são o meu porto-seguro.

À minha avó, Maria José, que foi impedida de estudar por fatores sociais e que, por isso mesmo, desde muito cedo, me ensinou a reconhecer a importância de lutar pelo direito à educação universal e gratuita para todos.

À minha cunhada Mariana, por sempre depositar confiança nos meus projetos.

Ao meu sobrinho e afilhado, Thiago, que nasceu recentemente preenchendo o meu coração com amor e esperança em dias melhores.

À Teodoro, meu “fiel escudeiro”, que para mim é muito mais do que um animal de estimação, é parte da minha família.

Ao meu namorado e grande incentivador, Pedro Galvão, pela paciência e companheirismo durante as minhas crises de ansiedade na produção desse trabalho de conclusão de curso, bem como durante toda a graduação em Direito.

Aos amigos de longa data, que confiaram em mim mais do que eu mesma. Aos amigos e colegas da Faculdade, que sempre se mantiveram presentes e prestativos.

À FDUFBA, por ter sido a minha casa nos últimos cinco anos.

A todos os professores, desde aqueles que, na infância, fizeram parte do meu processo de alfabetização, até aos que hoje me formam em bacharela em Direito, não existem palavras para descrever tamanha gratidão por todo o conhecimento adquirido através de vocês.

Por fim, à minha orientadora, Joseane Suzart, por tamanha atenção e seriedade, por acreditar na minha pesquisa e, sobretudo, por me trazer a certeza de que, através da defesa dos direitos dos mais vulneráveis, poderemos construir um País melhor.

Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável.

Zygmunt Bauman (2008, p. 16)

MASCARENHAS, Tamily Lima. *A Remessa de Spam Através do Whatsapp para a Oferta de Produtos e/ou Serviços: transgressões à proteção de dados e aos direitos da personalidade dos consumidores*. 2021. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Privado, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

Trata a presente monografia sobre as transgressões à proteção de dados e aos direitos de personalidade do consumidor em face das técnicas de remessa de conteúdo publicitário não autorizado (*SPAM*). Contemplou-se como hipótese central os questionamentos acerca da efetividade das normas consumerista, do Marco Civil e da Lei Geral de Proteção de Dados diante desse mecanismo publicitário facilitado pelo aplicativo *WhatsApp*. Desta conjuntura, objetivou-se examinar de forma crítica à tutela dos direitos de personalidade. Justifica-se a escolha do tema em virtude de não se observar um estudo aprofundado acerca dessa estratégia, fazendo-se mister analisar se os instrumentos utilizados se coadunam com os valores e dispositivos consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Dividiu-se a estrutura da presente monografia em quatro capítulos, com o propósito de melhor examinar os tópicos controversos acerca do tema. No primeiro capítulo, explora-se a recorrência da remessa de *SPAM* por intermédio do *WhatsApp* através da aplicação de formulários, da identificação das principais denúncias realizadas sobre o tema nos sítios eletrônicos, destacando-se a posição jurisprudencial. No segundo capítulo, trata-se brevemente sobre o conceito de *SPAM* e os seus métodos de remessa através deste aplicativo de mensagens instantâneas. No terceiro capítulo, discorre-se sobre a violação dos direitos da personalidade no ambiente digital. Por fim, o quarto capítulo disserta sobre as transgressões ao Código de Defesa do Consumidor em face da prática abusiva e a necessária atuação articulada entre os integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados. No que se refere à metodologia, adotou-se o método hipotético-dedutivo; quanto ao aspecto filosófico, optou-se pela hermenêutica, quanto ao enfoque sociológico, empregaram-se os métodos exploratório, monográfico e estudo de caso. No que tange às linhas metodológicas, seguiu-se a crítica metodológica; dentre os tipos genéricos de investigação, adotou-se a documentação indireta e a observação direta extensiva. Com relação aos objetivos projetados, utilizou-se a pesquisa exploratória. Concluiu-se no sentido de que não se faz necessária qualquer alteração legislativa, pois os dispositivos e valores consagrados no ordenamento jurídico são suficientes para combater a remessa de *SPAM* através do *WhatsApp*. O problema reside na falta de efetividade da proteção prevista, fazendo-se relevante uma atuação conjunta dos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), com vistas a proteger os consumidores desse tipo de conduta abusiva.

Palavras-Chave: Dados pessoais. *SPAM*. Direito da personalidade. Direito à proteção de dados pessoais. Direito à privacidade. Direito do consumidor.

MASCARENHAS, Tamily Lima. Spam Remittance Through Whatsapp to Offer Products and/or Services: breaches of data protection and consumer personality rights. 2021. 90 f. Course Conclusion Paper (Monograph) - Law Course, Faculty of Law, Department of Private Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

This undergraduate thesis deals with the violations of data protection and consumer personality rights in the face of techniques for sending unauthorized advertising content (SPAM). Questions regarding the effectiveness of consumer law, the Marco Civil and the General Data Protection Law (LGPD) in the face of advertising mechanisms facilitated by the WhatsApp application were considered as the central hypothesis. From this juncture, the objective was to critically examine the protection of personality rights. The choice of topic is justified by the absence of studies concerning this strategy, making it necessary to analyze whether the used instruments are in line with the principles and provisions established by the Brazilian legal system. The structure of the present work was divided into four chapters, in order to better examine the controversial topics on the subject. In the first chapter, the recurrence of the SPAM through WhatsApp is explored through the application of forms, the identification of the main complaints made concerning the subject on websites and the discussing the jurisprudential position. In the second chapter, it briefly discusses the concept of SPAM and its methods to be sent through instant messaging applications. In the third chapter, the violation of personality rights in the digital environment is discussed. Finally, the fourth chapter discusses transgressions of the Consumer's code by abusive practices and the necessary articulation between the members of the National Consumer Defense System and the National Data Protection Authority. Regarding the methodology, the hypothetical-deductive method was adopted; as for the philosophical aspect, it was opted for hermeneutics; as for the sociological focus, exploratory, monographic and case study methods were used. In terms of methodological lines, the critical-methodological was followed; among the generic types of investigation, indirect documentation and extensive direct observation were adopted. Regarding the projected objectives, exploratory research was used. It was concluded that no legislative change is necessary, as the provisions and values stipulated by the legal system are sufficient to counter the sending of SPAM through WhatsApp. The problem lies in the lack of effectiveness of the protection provided, making it important for public and private entities to act together, seeking to protect consumers from this type of abusive conduct.

Keywords: Personal data. SPAM. Personality law. Right to protection of personal data. Right to privacy. Consumer law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EU	European Union
GSM	<i>Global System for Mobile Communications</i>
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
PROCON	Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor
REsp	Recurso Especial
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
SENACON	Secretaria Nacional do Consumidor
SIM	<i>Subscriber identity module</i>
SNDC	Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor
SMS	<i>Short Message Service</i>
SPAM	<i>Sending and Posting Advertisement in Mass</i>
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A REMESSA DE SPAM POR INTERMÉDIO DO WHATSAPP: PROBLEMA RECORRENTE E CAUSADOR DE IRRESIGNAÇÕES DOS CONSUMIDORES	11
2.1 A CONFIGURAÇÃO DO ATUAL CONTEXTO ESTIGMATIZADO PELO PROBLEMA DA PRESENTE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA.....	16
2.2 ANÁLISE DE OCORRÊNCIAS OU DE CASOS CONCRETOS SOBRE O PROBLEMA INVESTIGADO.....	20
3 A DEFINIÇÃO DE SPAM E O SEU USO DESMEDIDO ATRAVÉS DO WHATSAPP PARA A REMESSA DE PUBLICIDADES ON-LINE	26
3.1 O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO DO WHATSAPP E A SUA RELEVÂNCIA PARA A INTERCOMUNICAÇÃO.....	29
3.2 OS MÉTODOS DE ENVIO DO SPAM PELO WHATSAPP: UMA BREVE ABORDAGEM.....	32
4 A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO AMBIENTE DIGITAL: A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL, DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E DO MARCO CIVIL DA INTERNET.....	37
4.1 A PRIVACIDADE COMO DIREITO PERSONALÍSSIMO E O USO DESMEDIDO DOS NÚMEROS DE TELEFONE DOS USUÁRIOS PARA O ENVIO DE SPAM.....	43
4.2 A AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DO TITULAR DO DADO PESSOAL VIOLADO PELA REMESSA DE SPAM: LESÃO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E DESCUMPRIMENTO DA LGPD	48
5 TRANSGRESSÕES AO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR EM FACE DO ENVIO DE SPAM PARA A OFERTA ELETRÔNICA DE PRODUTOS E SERVIÇOS: A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE NO CDC.	55
5.1 DIREITOS E PRINCÍPIOS BÁSICOS APLICÁVEIS AO PROBLEMA EM APREÇO.....	60
5.2 O APROVEITAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO AMBIENTE VIRTUAL PARA A REMESSA DAS PUBLICIDADES ON-LINE.	65
5.3 A NECESSÁRIA ATUAÇÃO DOS INTEGRANTES DO SISTEMA NACIONAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR (SNDC).....	70
6 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS.....	77
APÊNDICE A – Gráficos referentes à pesquisa de campo	86

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea estabeleceu com o consumo questões para além da subsistência. Em verdade, o ato de comprar está associado a diversos fatores, inclusive ao sentimento de pertencimento e a elevação da autoestima. Nesse contexto, até aos dados pessoais é atribuído um valor monetário. Diante disso, o mercado potencializa as ferramentas capazes de transformar a informação em pecúnia, sendo a publicidade a mais importante delas.

Desenvolve-se, portanto, um sistema voltado para a captação de dados pessoais e interferência na formação dos indivíduos através do estímulo incessante ao consumismo, como é o caso da remessa de *SPAM* (mensagem publicitária não autorizada). Nesta perspectiva, evidencia-se o problema a partir do momento em que as empresas se utilizam dos dados pessoais dos seus clientes para direcionar conteúdos publicitários de forma não consentida.

Dito de outra maneira, a questão é latente, pois, na sociedade de consumo, não é possível acessar ao mercado sem fornecer informações de cunho pessoal, como é o caso do número de telefone celular. No entanto, o que o consumidor não tem ciência é de que, muitas vezes, esta informação será utilizada para uma posterior remessa de publicidade indesejada.

Ademais, as situações em que as informações pessoais serão utilizadas de forma indevida não se esgotam na hipótese supramencionada. Por vezes, o consumidor, ao fazer *downloads*, cadastros em sites ou até mesmo acessar uma das famosas redes sociais, não tem a consciência de que está concordando com o compartilhamento dos seus dados e que estes formarão a remuneração indireta dessas empresas através de uma economia baseada na informação.

Diante de tudo isso, o presente trabalho de conclusão de curso destinar-se á a tratar do problema inerente à vulnerabilidade do consumidor em face das técnicas de remessa de conteúdo publicitário não autorizado por intermédio do *WhatsApp*. Oportuno destacar-se que a escolha por abordar especificamente o *SPAM* através deste aplicativo de mensagens instantâneas se justifica dada a sua importância para as relações interpessoais, bem como pelas particularidades desta ferramenta.

A hipótese central desta investigação vincula-se à indagação acerca da existência de normas constitucionais e infraconstitucionais destinadas a conferir a proteção necessária aos consumidores diante da remessa de *SPAM*, especialmente

após o advento da Lei 13.709/18 (LGPD). No que refere à relevância jurídica e social, observa-se que, após aprofundada análise da jurisprudência e doutrina, foram identificados poucos estudos que abordem a proteção jurídica desses sujeitos diante da violação do seu consentimento.

Dividiu-se a estrutura do presente trabalho em quatro capítulos, com o fito de melhor exame das controvérsias acerca do tema. No primeiro capítulo, será apresentada uma percepção dos consumidores acerca do problema em relação ao *SPAM* por intermédio do *WhatsApp*, com base em dados obtidos através de questionários e registros em sítios de denúncias e reclamações.

No segundo capítulo, discorre-se brevemente sobre o desenvolvimento do *WhatsApp* e a sua relevância social, bem como aborda-se o conceito de *SPAM*, a sua utilização desmedida para fins publicitários e os métodos de remessa em massa por intermédio do aplicativo de mensagens instantâneas supramencionado, evidenciando-se os aspectos sociais que consagram a eficácia desse modelo de negócio.

No terceiro capítulo, tratar-se sobre a proteção constitucional conferida à privacidade, a conseqüente violação aos direitos de personalidade, bem como da autodeterminação, conceito intrínseco ao livre desenvolvimento humano. Assim, disserta-se sobre as garantias conferidas pelo Código Civil, o Marco Civil na Internet e a Lei 13.709/18 (LGPD).

Por fim, no quarto capítulo, busca-se apresentar a regulamentação da publicidade conforme o CDC, bem como explorar-se os princípios e direitos básicos que regem as relações consumerista. Ademais, propõem-se alternativas para o enfrentamento das situações impostas pelos fornecedores, qual seja a necessária atuação coesa entre os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

No que concerne à metodologia, adota-se o método hipotético-dedutivo; quanto ao aspecto filosófico, opta-se pela hermenêutica; quanto ao enfoque sociológico, empregaram-se os métodos exploratório, monográfico e estudo de caso. No que tange às linhas metodológicas, seguia crítica metodológica; dentre os tipos genéricos de investigação, adotou-se a documentação indireta e a observação direta extensiva, através de pesquisas bibliográficas e aplicação de questionários. Com relação aos objetivos projetados, utilizou-se a pesquisa exploratória.

2 A REMESSA DE SPAM POR INTERMÉDIO DO WHATSAPP: PROBLEMA RECORRENTE E CAUSADOR DE IRRESIGNAÇÕES DOS CONSUMIDORES

A democratização da internet é um fenômeno que vem mudando a forma das pessoas de se relacionar com o mundo. O aparelho celular, antes utilizado exclusivamente para a comunicação através das linhas telefônicas, hoje, através do aparato da internet é capaz de oferecer funções muito além daquelas pensadas pelo seu criador, o engenheiro eletrotécnico Martin Cooper, em 1973, ao apresentar para o mundo o protótipo do Motorola DynaTAC 8000X¹.

Ao inventar o celular, Martin Cooper vislumbrou um aparelho que seria capaz de realizar ligações se utilizando de uma rede de telefonia móvel, onde apenas aqueles que tivessem acesso ao número da linha de telefone celular em questão poderiam realizar a chamada. Cooper não poderia prever que a rede mundial de computadores faria com que essa função fosse hoje a menos requisitada por quem busca adquirir um aparelho de telefone celular ou, melhor dizendo, um *smartphone*, termo em inglês utilizado para designar os celulares providos de sistema operacional com características que permitam a conexão com à internet².

Na atualidade, o consumidor, ao buscar um aparelho celular, está mais preocupado com a qualidade da sua câmera fotográfica e, sobretudo, a sua conectividade com a internet – meio pelo qual poderá acessar as inúmeras redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, em especial o *WhatsApp*, ferramenta considerada indispensável. Através do estudo realizado globalmente, em 2015, pela Deloitte, maior empresa de serviços do mundo, que, no Brasil, entrevistou 2.000 pessoas, revelou-se que 57% dos entrevistados possuem *smartphones* e afirmaram verificar seus aparelhos menos de cinco minutos após se levantarem e, pelo menos, 78 vezes durante todo o dia³.

As particularidades técnicas do *WhatsApp* facilitaram a comunicação em uma proporção inimaginável na década de 70, pois, através dele, é possível que uma

¹ HIDALGO, Louise. *O extraordinário motivo que acelerou a invenção dos telefones celulares*. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/curiosidades-52976778>. Acesso em: 08 set. 2021.

² SMARTPHONE. 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/smartphone>. Acesso em: 09 set. 2021.

³ O BRASILEIRO brasileiro é altamente conectado – e o mercado, agora, precisa compreender suas necessidades para gerar oportunidades. 2015. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/br/pt/footerlinks/pressreleasespage/Global-Mobile-Consumer-Survey-2015-Brasil.html>. Acesso em: 09 set. 2021.

mensagem chegue ao receptor em milionésimos de segundos, ou seja, praticamente em tempo real. Nesta senda, as empresas também entenderam que esse seria um excelente instrumento para a veiculação de mensagens publicitárias, a fim de angariar, cada vez mais, consumidores. Segundo a matéria da revista *exame*, em que foram divulgados dados fornecidos pelo Facebook, pelo menos 83% dos consumidores brasileiros já utilizaram o aplicativo para fazer compras⁴.

Portanto, nas palavras de Manuel Castells⁵, é inegável que atualmente existem milhões de usuários de redes no mundo inteiro, o que preenche o espectro da comunicação humana, da política, da religião, do sexo, da pesquisa, e o que apresenta o comércio eletrônico como atração principal da internet contemporânea. É justamente por essa razão que a tutela do consumidor tem sofrido diversas mudanças quando inserida no contexto das relações virtuais. Para Zygmunt Bauman⁶, o comércio eletrônico foi um divisor de águas para a proteção do consumidor. Portanto, isso requer a necessária proposição de soluções para os novos problemas.

Sem dúvidas, um desses novos problemas é a remessa de *Sending and Posting Advertisement in Mass – SPAM* por intermédio do *WhatsApp*: estratégia de publicidade adotada por inúmeras empresas. Ocorre que esse tipo de comportamento acontece, geralmente, de forma recorrente e sem prévia autorização, de modo a violar direitos fundamentais do consumidor. Neste caminhar, não há óbices ao entendimento de que a utilização de dados dos clientes, sem a sua autorização, para fins publicitários, reforça as relações de poder no âmbito consumerista.

Nesse sentido, é preciso destacar que, cada vez mais, relações sociais demandam o fornecimento de dados para o seu aperfeiçoamento. É o exemplo do consumidor que é obrigado a oferecer o seu número telefônico para acessar um produto, mas que, com isso, não autorizou o envio de mensagens publicitárias para o seu *WhatsApp*. De acordo com Bruno Bioni⁷, nem sempre existe, para o sujeito, uma concreta possibilidade de escolha. Afinal, não se pode perder de vista a vulnerabilidade do consumidor nesse processo.

⁴ SERRANO, Filipe; AGRELA, Lucas; LAVADO, Thiago. O cliente num zap: empresas apostam no WhatsApp para vendas. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/o-cliente-num-zap/>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁵ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018. p. 437.

⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 28.

⁷ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 176. *E-book*.

Por essa razão, até mesmo nas situações em que houve o consentimento para o processamento de dados pessoais, é necessário discutir a livre vontade, já que, segundo Laura Schertel Mendes⁸, uma negativa poderia afastá-lo do mercado de consumo e da sociedade, além de haver um risco da violação da proteção de dados pessoais após o tratamento ter sido consentido pelo titular, o que disponibilizaria tais informações para terceiros não autorizados. Ainda, cumpre ressaltar que a proteção de dados pessoais está diretamente ligada à dimensão da personalidade do indivíduo, fator que desautoriza a aplicação e a transposição do consentimento negocial à disciplina da proteção de dados⁹.

Por isso, o titular de dados tem direito a não ficar sujeito a decisões automatizadas, o que é comum nas hipóteses em que o empresário opta por utilizar a ferramenta da “lista de transmissão”, oferecida pelo próprio *WhatsApp*. Através dessa ferramenta é possível remeter mensagens em massa, de forma automática, para os números registrados naquele aparelho celular, ou seja, a lista de transmissão nada mais é do que uma relação de contatos salvos para os quais se pode enviar mensagens diversas vezes sem precisar selecionar os mesmos contatos a cada envio, o que automatiza o processo de remessa publicitária¹⁰.

Dessarte, com um clique é possível atingir a milhares de consumidores, encaminhando mensagens de cunho publicitário, o que otimiza a propaganda, já que pode ser direcionada especificamente para um grupo que já teve algum contato com aquele serviço. Além disso, o tempo e os custos do fornecedor são privilegiados, haja vista a celeridade do envio de mensagens pela plataforma *WhatsApp*. É por essa razão que a estratégia de remessa através da lista de transmissão no âmbito das vendas, tem sido amplamente explorada pelas empresas, em detrimento ao sossego do consumidor, que passa a sofrer com o recebimento de constantes mensagens.

Considerando que o advento do *WhatsApp* é relativamente recente na nossa sociedade, são escassas as decisões dos tribunais brasileiros acerca da remessa de *SPAM*, termo em inglês utilizado para designar o que seriam mensagens eletrônicas

⁸ MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo*. 2008. 158 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008. p. 50.

⁹ MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo*. 2008. 158 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008. p. 53.

¹⁰ COMO usar a lista de transmissão. 2021. Disponível em: https://faq.whatsapp.com/android/chats/how-to-use-broadcast-lists/?lang=pt_br. Acesso em: 15 set. 2021.

indesejadas¹¹ por intermédio desse veículo. No entanto, há registros de decisões de casos envolvendo o envio de *SPAM* por e-mail, bem como por *SMS*¹². Nessa toada, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Recurso Especial (REsp) nº 844.736, decidiu, sem dar a devida importância aos princípios constitucionais da privacidade e intimidade, e ao tempo útil do consumidor, que não haveria o dever de indenizar, quando existirem meios de o remetente bloquear o *SPAM* indesejado¹³.

No referido Recurso Especial, o autor, que é advogado, propôs uma ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais e tutela de urgência, após receber reiterados e-mails com conteúdo pornográfico de um estabelecimento que exerce atividades próprias de casa noturna. No primeiro grau, foi concedida a antecipação da tutela, determinando ao restaurante que cessasse com o envio das mensagens eletrônicas, sob pena de multa diária no valor de R\$100,00. A *posteriori*, julgou-se parcialmente procedente o pedido, condenando a requerida, a título de danos morais, ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Porém, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) proveu a apelação do estabelecimento comercial e reformou a sentença, sob os fundamentos de que a ação do réu, por si só, não ensejava em lesão à honra ou imagem do autor, não sendo passível de dano moral. No mesmo sentido entendeu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao proferir decisão que defendeu a tese de que não há o dever de indenizar quando existirem meios do remetente bloquear o *SPAM* indesejado ou solicitar o seu cancelamento. No entanto, *data máxima vênia*, é preciso ressaltar que a decisão não aborda os princípios da privacidade, tampouco reconhece a perda do tempo útil do consumidor.

Mais recentemente, a 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios assumiu postura diversa daquela adotada pelo Tribunal no caso do julgamento do REsp nº 844.736, pois julgou improvido o recurso apresentado por uma empresa de telefonia móvel, no processo de nº 0023453-93.2016.807.0001, interposto

¹¹ SPAM. 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/palavra/yV7DX/spam/>. Acesso em: 09 set. 2021.

¹² SMS é a sigla para designar o termo em inglês *short message service*, o que significa dizer serviço de mensagens curtas

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 844.736/DF*. INTERNET. Envio de mensagens eletrônicas. Spam. Possibilidade de recusa por simples deleção. Dano moral não configurado. Recorrente: Gérson Alves de Oliveira Junior. Recorrido: Wb Restaurantes. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, 02 de setembro de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16827894/recurso-especial-resp-844736-df-2006-0094695-7/inteiro-teor-16827895>. Acesso em: 24 de set. de 2021.

em face da sentença que condenou a ré ao pagamento de indenização pelos danos morais causados em razão da exacerbada remessa de mensagens publicitárias a um cliente. Nesse caso, o autor chegou a receber, no período de quatro meses, quase cinquenta mil mensagens publicitárias. Dessa forma, o Tribunal entendeu que a situação extrapolava os limites do mero dissabor, o que configura em danos morais¹⁴.

Por todo o exposto, resta claro que, independentemente do veículo pelo qual será remetido o *SPAM*, o tempo útil¹⁵ do consumidor é desperdiçado quando ele é submetido a uma extensa quantidade de mensagens indesejadas. Nesse sentido, a comparação que Amaro Moraes e Silva Neto¹⁶ faz acerca da conduta *spamming* seria a de um vendedor que liga a cobrar para vender algo que não desejamos. O tempo utilizado para a leitura desses conteúdos, para apagá-los de seu aparelho telefônico ou, até mesmo, solicitar o cancelamento ou bloqueio dos envios, poderia ser utilizado para resolver alguma questão que fosse do seu verdadeiro interesse.

Outrossim, ao discorrer sobre o direito ao sossego, Basan¹⁷ sustenta que esse é um ponto importante a ser relevado no contexto das publicidades virtuais. Na posição do autor, o direito ao sossego encontra coerência com os modelos de produção atuais, fortemente influenciados pelo uso de dados pessoais no mercado digital, permitido pelas tecnologias de processamento de informação. Nesse sentido, há uma maior exposição das pessoas, o que as coloca em uma situação de vulnerabilidade, considerando o contexto brasileiro, país com altíssimo grau de desigualdade, é ainda mais agravado.

Por essa razão, faz-se mister compreender a importância da tutela dos direitos fundamentais dos consumidores, como é o caso do direito ao sossego e à própria proteção dos dados pessoais. Assim sendo, Basan¹⁸ defende que a necessidade de

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação: 0023453-93.2016.807.0001. INTERNET. Direito do Consumidor. Empresa de telefonia. Envio excessivo de mensagens de texto. Dano moral configurado. Apelante: Claro Telecom Participações SA. Apelado: Claudio Junior Santos, 08 de agosto de 2016. Disponível em: <https://df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/458968683/20160110827207-0023453-9320168070001>. Acesso em: 24 de set. de 2021.*

¹⁵ DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2.ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. p. 270-280.

¹⁶ SILVA NETO, 2001 apud OLIVEIRA, Diogo dos Santos de. Publicidade abusiva na internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2071, 3 mar. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12399>. Acesso em: 10 set. 2021. p. 1.

¹⁷ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 29.

¹⁸ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 29.

garantir o sossego àqueles que estão expostos à publicidade virtual, se relaciona com a lógica de uma ordem social intrinsecamente ligada ao mercado de consumo. Nesse cenário, a internet é somente uma ferramenta tecnológica que pode ser utilizada de formas obscuras, especialmente se considerarmos que o uso da internet ocorre pela ação humana e esta pode ser passível a ilicitudes.

Assim, nasce para o consumidor o sentimento de irresignação, frente à violação de seus direitos fundamentais, especialmente no que tange à sua autodeterminação, haja vista a ausência de transparência no tratamento dos dados pessoais por parte dos fornecedores. Nas palavras de Canotilho¹⁹, a autodeterminação informativa compreende o poder de decisão do indivíduo quanto ao controle, à autodeterminação e à utilização de seus dados pessoais em geral. Por conseguinte, quando uma empresa se utiliza de tais dados, para a veiculação de publicidades não autorizadas, verificam-se abusos no espectro do direito da personalidade e da privacidade.

2.1 A CONFIGURAÇÃO DO ATUAL CONTEXTO ESTIGMATIZADO PELO PROBLEMA DA PRESENTE INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA

Para uma melhor análise da relevância dessa pesquisa, considerando a falta de robustez no que se tem em relação às decisões judiciais, cumpre trazer à baila, dados retirados de outras fontes além da jurisprudência. Para tanto, se fez necessária a criação de um questionário aplicado de modo virtual através da plataforma Google Forms. Foram coletadas respostas de 163 (cento e sessenta e três) pessoas, entre 15 (quinze) e 65 (sessenta e cinco) anos, a fim de questionar a pertinência da presente pesquisa em tratar do problema inerente à imprescindível efetividade do direito do consumidor à privacidade. O questionário foi divulgado através das redes sociais para um público geral de consumidores²⁰.

A partir da análise das respostas coletadas, constatou-se que 100% (cem por cento) dos respondentes utilizam o aplicativo *WhatsApp*. Ademais, aproximadamente 82% (oitenta e dois por cento), ou seja, 133 (cento e trinta e três) dos respondentes consideram o aplicativo indispensável nas relações sociais. Quanto à utilização do

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 515.

²⁰ Destaca-se que a Faculdade de Direito da UFBA não conta com um Comitê de Ética. Ademais, é possível confirmar os dados do referido questionário consultando o Apêndice desta monografia.

aplicativo para a realização de compras *on-line* e comunicação com os fornecedores, dos 163 (cento e sessenta e três) respondentes, apenas 38 (trinta e oito) informaram não utilizar a ferramenta para tal, o que representa aproximadamente 23,3% (vinte e três vírgula três por cento) do número total de respostas.

Ao adentrar a questão da remessa de publicidade por intermédio do *WhatsApp*, 119 (cento e dezenove) respondentes informaram que costumam receber esse tipo de conteúdo, o que representa um percentual de aproximadamente 73% (setenta e três por cento) do total de respondentes. Destes, 13,5% (treze vírgula cinco por cento) informaram que, comumente, concedem esse tipo de autorização; apenas 1,9% (um vírgula oito por cento) informou que sempre autoriza a remessa de publicidade; enquanto 38,7% (trinta e oito vírgula sete por cento) informaram que, na maioria das vezes, não concedem esse tipo de autorização; já 12,3% (doze vírgula três por cento) dos consumidores informaram que nunca concederam esse tipo de autorização.

Ademais, o total de 44 respondentes, o que significa um percentual de 27% (vinte e sete por cento), informaram que as empresas não costumam oferecer-lhes a opção de eleger (ou não) pelo recebimento de publicidade no *WhatsApp*. Ainda sobre o envio de mensagens publicitárias sem prévia autorização, o percentual de 52,1% (cinquenta e dois vírgula um por cento) dos respondentes informaram que tais mensagens costumam ser enviadas de forma recorrente pela mesma empresa; e 68,7% (sessenta e oito vírgula sete por cento) responderam que recebem esse tipo de conteúdo, pelo menos, de uma a cinco vezes na semana.

Insta salientar que, ao contrário do que preconiza o Código de Defesa do Consumidor (CDC) sobre a primazia da transparência e do dever de lealdade entre as partes na fase pré e pós-negocial²¹, bem como em clara divergência ao disposto na Lei nº 13.709/18²², que trata da proteção de dados pessoais, 31,9% dos respondentes denunciaram que não fazem ideia de como essas empresas conseguiram o número de seu telefone celular; 58,3% (cinquenta e oito vírgula três por cento) informaram receber mensagens publicitárias de empresas onde foi necessário a criação de um cadastro para adquirir produto ou serviço; e apenas para 9,8% (nove vírgula oito por cento) não se aplica nenhuma das opções.

²¹ O art. 4º, caput, do CDC estabelece o princípio da transparência em todas as fases da relação consumerista.

²² BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

Ademais, 15,7% (quinze vírgula sete por cento) dos respondentes informaram que, na ocasião em que solicitaram o cancelamento do envio dessas mensagens pelas empresas, não foram atendidos; 10,1% (dez vírgula um por cento) responderam que foram atendidos apenas momentaneamente; 19,5% (dezenove vírgula cinco por cento) afirmaram que foram atendidos; e, para 54,7% (cinquenta e quatro vírgula sete por cento), o questionamento não se aplica. Além disso, 68,7% (sessenta e oito vírgula sete por cento) dos questionados acreditam que há violação dos seus direitos de privacidade com a remessa de mensagens publicitárias sem a prévia autorização; os outros 31,3% (trinta e um vírgula três por cento) acreditam não haver qualquer violação.

Diante de tais estatísticas, resta clara a nova vulnerabilidade do consumidor frente àqueles que detêm os seus dados pessoais²³. Nesse sentido, o desequilíbrio nas relações consumeristas da atualidade não se revela apenas na posição privilegiada do fornecedor quanto às informações sobre o produto ou serviço, mas, também, pelo modelo de negócio na qual a própria informação pessoal se objetiva com um valor de mercado²⁴. Assim, destacam-se as técnicas como o *Profiling*, que, de acordo com Danilo Doneda²⁵, consiste na criação de perfis comportamentais de uma pessoa (ou de um grupo de pessoas) a partir de suas informações pessoais, o que pode direcionar a publicidade a potenciais consumidores.

No entanto, segundo Bruno Bioni, acreditar que o direito à proteção dos dados pessoais seria um simples aperfeiçoamento do direito à privacidade é uma construção dogmática equivocada. Ainda, na posição do autor o direito à proteção dos dados pessoais deve ser visto como uma nova espécie dos direitos da personalidade, dando maleabilidade à cláusula geral da tutela da pessoa humana²⁶. Nesta senda, o pensamento do autor é complementado pelo entendimento da ilustre Laura Schertel Mendes, ao dispor que os dados pessoais constituem uma projeção da personalidade

²³ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Trad. George Schlesinger. 1.ed. Rio de Janeiro. Edição digital, 2021. p. 56. *E-book*

²⁴ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 684. *E-book*.

²⁵ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 173. *E-book*.

²⁶ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

do indivíduo e que, portanto, merecem uma proteção robusta, o que levou à edição de legislações específicas²⁷.

Portanto, ao constatar-se que, conforme o questionário aplicado, 38,7% (trinta e oito vírgula sete por cento) informaram quem na maioria das vezes, não concedem esse tipo de autorização e 12,3% (doze vírgula três por cento) dos consumidores informaram que nunca concederam esse tipo de autorização, tem-se que a própria capacidade de decisão desses consumidores está sendo violada. De acordo com Shoshana Zuboff, essa situação é um modelo padrão do capitalismo de vigilância, que coloca em xeque os conceitos de liberdade, privacidade e autodeterminação ao controlar os indivíduos sem que estes sequer percebam²⁸.

Ainda, conforme Bruno Bioni, a capacidade do indivíduo de autodeterminar seus dados pessoais seria parcela fundamental do seu direito em livremente desenvolver sua personalidade²⁹. Nesse sentido, verifica-se a importância da participação do consumidor no processamento de seus dados, enquanto pessoa humana que deve ter preservados os seus direitos fundamentais. Apesar disso, a Constituição Federal de 1988 não reconhece expressamente a proteção de dados como um direito autônomo e fundamental. Embora, como indicou Doneda³⁰, o art. 45 da Declaração de Santa Cruz de La Sierra³¹, assinada pelo governo brasileiro em novembro de 2003, estabeleça a proteção de dados como direito fundamental³².

Outrossim, no entendimento de Danilo Doneda, no tecido normativo brasileiro, as expressões mais fortes relacionadas à segurança de dados encontram-se nas garantias constitucionais – em particular, as garantias relacionadas à intimidade, à

²⁷ MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 79, p. 45-82, jul./set. 2011.

²⁸ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Trad. George Schlesinger. 1.ed. Rio de Janeiro. Edição digital. 2021. p. 384. *E-book*.

²⁹ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

³⁰ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 173. *E-book*.

³¹ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-deprotecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021. p. 53.

³² Item 45 da Declaração de Santa Cruz de La Sierra, “Estamos também conscientes de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental das pessoas e destacamos a importância das iniciativas reguladoras iberoamericanas para proteger a privacidade dos cidadãos, contidas na Declaração de Antigua, pela qual se cria a Rede Ibero-Americana de Proteção de Dados, aberta a todos os países da nossa Comunidade”. DECLARAÇÃO de Santa Cruz de la Sierra. *In: CUMBRE IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO E DE GOBIERNO*, 13., 2003, Santa Cruz de la Sierra. *Anais [...]*. Santa Cruz de la Sierra: [s. n.], 2003. Disponível em: <https://www.segib.org/wp-content/uploads/DECLARASAO-STA-CRUZ-SIERRA.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021. p. 09.

vida privada e à ação de Habeas Data – e na proteção às informações do consumidor nos termos do Código de Defesa do Consumidor³³. No que se refere especificamente ao CDC, é importante trazer à baila o seu artigo 43 que dispõe que o consumidor terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes³⁴.

Ademais, destaca-se que 15,7% (quinze vírgula sete por cento) dos respondentes informaram que, na ocasião em que solicitaram o cancelamento da remessa de conteúdo publicitário para o seu *WhatsApp*, não foram atendidos pela empresa, e 10,1% (dez vírgula um por cento) responderam que foram atendidos apenas momentaneamente. Tal comportamento, mais uma vez, coloca em detrimento o dispositivo em comento, considerando que dele podem ser captados: o direito de acesso, o direito de retificação e o direito de cancelamento dos dados³⁵.

2.2 ANÁLISE DE OCORRÊNCIAS OU DE CASOS CONCRETOS SOBRE O PROBLEMA INVESTIGADO

Os principais sites de reclamações de consumidores do País registraram, entre 2020 e 2021, diversas ocorrências de envio de *SPAM*. Cumpre registrar que a maioria delas foi feita por pessoas que, em algum momento, já tiveram contato com um produto ou serviço oferecido por aquela empresa, ou seja, precisaram fornecer os seus dados pessoais ao fornecedor para a aquisição de um bem ou serviço, mas não anuíram com o envio de mensagens publicitárias. Ademais, na maioria das reclamações que serão analisadas nesse estudo, é notória a postura do fornecedor ao se eximir de sua responsabilidade por perpetrar ato abusivo e relativizar a situação, informando que cabe ao próprio consumidor solicitar o cancelamento das mensagens.

De acordo com Bruno Miragem³⁶, considera-se prática abusiva toda a atuação do fornecedor no mercado de consumo em que se vislumbre transgressões a padrões

³³ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo*: para além da informação creditícia. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-deprotecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021. p. 73.

³⁴ BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DF: Senado Federal, 1990.

³⁵ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 142. *E-book*.

³⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*: Fundamentos do direito consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. Prefácio: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008. p. 123.

de conduta negociais regularmente estabelecidos, seja na oferta de produtos ou na execução de contratos de consumo na fase pós-contratual. Ademais, é sabido que o art. 39 do CDC estabelece um rol exemplificativo de condutas abusivas, com isso deixando em aberto o elenco das situações inaceitáveis por parte do fornecedor³⁷. Nesse sentido, pode-se encaixar perfeitamente a conduta de *spamming*³⁸, termo inglês usado para designar o envio de *SPAM*.

Em uma breve busca no portal Consumidor.gov.br³⁹, é possível encontrar inúmeras reclamações que versam sobre o assunto. No registro protocolado no dia 29/08/2021, uma consumidora alega ter solicitado o cancelamento das mensagens publicitárias encaminhadas para o seu número de celular, mas não obteve êxito, chegando a receber mais de vinte conteúdos de *SPAM* por dia. Em resposta, a empresa que recebeu avaliação com nota mínima por parte da consumidora, apenas agradeceu o contato e informou que estaria encaminhando, de forma privada, um arquivo contendo esclarecimentos referentes à reclamação.

Em outra reclamação protocolada no mesmo site, no dia 03/09/2021, o consumidor informa que já abriu diversos requerimentos de cancelamento de remessa de mensagens publicitárias para os seus endereços eletrônicos, o que não impediu a continuidade da conduta abusiva. Em resposta, ocorrida dez dias após o protocolo da reclamação, a empresa afirma que foram tomadas providências para evitar que o consumidor continue a receber o conteúdo indesejado. No entanto, conforme réplica do consumidor, o problema não foi solucionado e a remessa de *SPAM* continuava a ocorrer de forma incessante.

A situação é a mesma em pesquisa no portal eletrônico Reclame Aqui⁴⁰, no protocolo de nº: 127528121, registrado no dia 02/08/2021, um consumidor alega já ter solicitado por seis vezes o cancelamento de remessa de *SPAM* nos seus endereços eletrônicos. No entanto, a empresa continuava a encaminhar, de forma recorrente, mensagens com conteúdo publicitário. Em resposta ocorrida no dia 07/08/2021, o fornecedor informou que os dados do consumidor haviam sido retirados da sua base de dados. Todavia, em réplica realizada no dia 14/08/2021, o consumidor reclamou

³⁷GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.p. 377.

³⁸ SPAMMING. 2021. Disponível em: <https://www.linguee.com.br/ingles-portugues/traducao/spamming.html>. Acesso em: 15 set. 2021.

³⁹ CONSUMIDOR.GOV. 2021. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/relatos/abrir>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁴⁰ RECLAMEAQUI. 2021. Disponível em <<https://www.reclameaqui.com.br/>>. Acesso em: 16 set. 2021.

da morosidade da empresa, haja vista que, segundo ele, mesmo após uma semana desde o protesto, continuou a receber o conteúdo indesejado.

Na reclamação, também constante na plataforma do Reclame Aqui, de protocolo de nº ID: 125282101, registada no dia 15/06/2021, a autora sustenta que recebe mensagens publicitárias via *WhatsApp* de uma empresa que oferece serviços de depilação; segundo ela, são inúmeras mensagens recebidas diariamente. A empresa respondeu a reclamação no dia 25/06/2021, sob o argumento de que o número telefônico da consumidora havia sido retirado da sua plataforma de dados. Contudo, no dia 28/07/2021, a consumidora apresentou réplica alegando continuar a sofrer com o recebimento da publicidade indesejada.

Ocorre que, em todos esses casos, a lógica adotada pelos fornecedores menospreza o caminho extenso e moroso pelo qual o consumidor é obrigado a percorrer. Afinal, ele é submetido à cansativa busca pela resolução de um problema que não provocou. Outrossim, em muitas das vezes, a receita “simples”, apresentada pelas empresas para a solicitação do cancelamento ou bloqueio de *SPAMs*, não funciona, como foi possível verificar nos casos apresentados em que, mesmo após a solicitação de cancelamento e do protocolo da reclamação nos sites Consumidor.gov.br e Reclame Aqui, a remessa de mensagens com conteúdo publicitário indesejado continuou acontecendo.

Nesse caminho, a remessa de *SPAM* por intermédio do *WhatsApp* parece refinar o tipo de manipulação já utilizado pelos fornecedores ao perpetrar o envio de mensagens publicitárias de forma recorrente através de e-mails, torpedos ou ligações. Sendo assim, Arthur Basan⁴¹ destaca que é sobre a liberdade da pessoa, por ora considerada como consumidora, que incidem as mais avançadas tecnologias constantemente polidas, a fim de tornar a publicidade direcionada, o energizante dos modelos de negócio na internet.

Verifica-se que o consumidor, enquanto sujeito conectado ao mundo virtual, está intrinsecamente adepto ao *WhatsApp*⁴². Portanto, faz-se imperioso o desenvolvimento de uma nova mentalidade para empreender os mecanismos de tutela, voltados para proteção da parte mais vulnerável de práticas que, muitas vezes,

⁴¹ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 36.

⁴² WHATSAPP atinge 2 bilhões de usuários. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/negocios/2020/02/whatsapp-atinge-2-bilhoes-de-usuarios>. Acesso em: 20 set. 2021.

possam parecer inofensivas, mas que são capazes de colocar em xeque princípios fundamentais como a liberdade e a autonomia. Segundo Danilo Doneda⁴³, atualmente só é possível falar em liberdade se houver a garantia de que as pessoas possuam mentes autônomas de pensamentos artificialmente elaborados pelo mercado publicitário. Portanto, a tecnologia precisa ser uma aliada da promoção da dignidade humana e não o contrário.

Mas, o que se evidencia são empresas que se aproveitam dos dados pessoais das pessoas, a fim de conseguir o que Doneda⁴⁴ destaca como um dos recursos mais escassos na sociedade atual: a atenção potencial. Dessa forma, são utilizadas as ferramentas mais rebuscadas para que sejam direcionadas aos consumidores publicidades, que lhes despertem o interesse em continuar alimentando a máquina do consumo desenfreado. Logo, a garantia de não ser importunado pelas publicidades de consumo, ressaltado pelos princípios básicos da proteção consumerista, demonstra a necessidade de uma readaptação do Direito ao novo contexto.

Em 2009, foi instituído, no estado de São Paulo, através da Lei nº 13.226/2008, o cadastro de bloqueio de *telemarketing*, conhecido como “Não me ligue”, gerenciado pela Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon) desse estado⁴⁵. A ideia era que os consumidores paulistas que não desejassem ser importunados com ofertas de produtos e serviços, e com cobranças, pudessem fazer a inscrição de até cinco linhas telefônicas de sua titularidade no site do Procon-SP. Dessa forma, as empresas de *telemarketing* e os fornecedores de produtos ou serviços, que utilizassem esta funcionalidade, não poderiam fazer ligações ou enviar mensagens para os números cadastrados.

Mais recentemente, em 2021, a Lei nº 17.334 /2021, ampliou os direitos dos consumidores, estabelecidos pela legislação anterior, e dispôs que, além das ligações, as empresas não poderão enviar mensagem SMS ou por aplicativos como,

⁴³ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41. *E-book*.

⁴⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41. *E-book*.

⁴⁵ SÃO PAULO. *Lei nº 13226*, de 07 de out. de 2008. Institui no âmbito do Estado de São Paulo, o Cadastro para o Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing. São Paulo: Assembleia Legislativa, 2008. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/original-lei-13226-07.10.2008.html/>. Acesso em: 18 set. 2021.

por exemplo, o *WhatsApp*, com conteúdo publicitário sem a prévia autorização⁴⁶. Nesse sentido, vê-se uma clara tentativa de o legislador tentar coibir as práticas abusivas perpetradas pelas empresas, especialmente no que tange à publicidade. Segundo dados do próprio Procon/SP, desde que entrou em vigor, de 2009 até a março de 2021, foram cadastradas 2.828.981 linhas telefônicas e registradas 209.850 reclamações⁴⁷.

No estado da Bahia, somente em 2019, os consumidores tiveram a oportunidade de experimentar algo semelhante através do “Não me perturbe”, que é uma iniciativa da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) para conter ligações indesejadas feitas pelos prestadores de serviços de telecomunicações⁴⁸. No entanto, não abarca o bloqueio de mensagens publicitárias por meio do *WhatsApp*. É oportuno salientar que o *ranking* apresentado pelo Procon/Ba revela que 50% das reclamações atendidas pelo órgão se referem a operadoras de telefonia e à remessa de publicidade excessiva⁴⁹.

Nesse sentido, Arthur Basan⁵⁰ acredita que a partir do reconhecimento do necessário direito ao sossego dos indivíduos, o assédio ao consumo se concretiza como um dano e, portanto, surge a necessidade de uma releitura hermenêutica dos direitos básicos do consumidor, a fim de que seja garantida a integridade psíquica das pessoas conectadas à internet, através de instrumentos que funcionem de forma efetiva. Considerando isso, é impreterível que os mecanismos de proteção “Não me Ligue” e não “Não me perturbe” sejam analisados ao viés da perspectiva dos consumidores que o utilizam.

⁴⁶ SÃO PAULO. *Lei nº 17334*, de 09 de mar. de 2021. Dá nova redação ao artigo 1º da Lei nº 13.226, de 7 de outubro de 2008, que institui no âmbito do Estado de São Paulo o cadastro para bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing. São Paulo: Assembleia Legislativa, 2008. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2021/lei-17334-09.03.2021.html> /. Acesso em: 18 set. 2021.

⁴⁷ “NÃO ME LIGUE”: cadastro do Procon-SP é ampliado. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/nao-me-ligue-cadastro-do-procon-sp-e-ampliado/>. Acesso em: 18 set. 2021.

⁴⁸ PROCON-BA presta orientações sobre nova medida de bloqueio de ligações incômodas. Disponível em: <http://www.justicasocial.ba.gov.br/2019/07/2957/Procon-BA-presta-orientacoes-sobre-nova-medida-de-bloqueio-de-ligacoes-incomodas.html>. Acesso em: 19 set. 2021.

⁴⁹ ERA ligação todo dia”: 50% das reclamações no Procon são contra operadoras. 2021. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid-era-ligacao-todo-dia-50-das-reclamacoes-no-procon-sao-contras-operadoras/>. Acesso em: 26 set. 2021.

⁵⁰ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 9.

Em rápida pesquisa no site Reclame Aqui⁵¹, é possível encontrar inúmeras queixas de pessoas que, apesar de estarem cadastradas nos serviços de bloqueio, continuam a ser vítimas dos abusos da prática de SPAM. É o caso dos protocolos nº 99546413 e nº 125447439, em que há relatos de que, após o cadastro nos sites, o número de recebimento do conteúdo indesejado não reduziu e se repete, assim como a resposta dos mantenedores dos sites, que simplesmente solicitam que o consumidor abra uma nova reclamação, mas, dessa vez, na aba correspondente do próprio site que oferece os serviços. A própria Anatel considerou que os recursos oferecidos ao consumidor eram insuficientes, sendo necessário buscar o seu aprimoramento⁵².

De certo, o cenário atual demonstra o desamparo do consumidor frente às práticas do sistema publicitário virtual. Nessa ótica, Arthur Basan⁵³ dispõe que, na atual Sociedade da Informação, a própria tutela dos direitos mais básicos da pessoa humana transmudaram, portanto, não necessariamente precisamos buscar novos direitos, mas, evidentemente, aceitar que existe um impacto das novas tecnologias nos direitos classicamente consagrados. Portanto, é importante reconhecer que a integridade humana não se restringe ao espaço real e concreto, sendo, também, sua manifestação, cada vez mais necessária socialmente no ambiente da Internet⁵⁴.

⁵¹ RECLAMEAQUI. 2021. Disponível em <<https://www.reclameaqui.com.br/>>. Acesso em: 16 set. 2021.

⁵² ANATEL abre consulta pública para endurecer regras contra ligações indevidas; saiba como participar. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2021/03/16/anatel-abre-consulta-publica-para-endurecer-regras-contraligacoes-indevidas-saiba-como-participar.ghtml>>. Acesso em: 01 out. 2021.

⁵³ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 64.

⁵⁴ Sobre o tema recomenda-se consultar: BASAN, Arthur Pinheiro; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A tutela do corpo eletrônico como direito básico do Consumidor, *Revista dos Tribunais*, v. 109, n. 1021, p. 133-168, 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/ewp-m/documents/brazil/pt/pdf/other/rt-1021-a-tutela-do-corpo-eletronico-como-direito-basico-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021.

3 A DEFINIÇÃO DE SPAM E O SEU USO DESMEDIDO ATRAVÉS DO WHATSAPP PARA A REMESSA DE PUBLICIDADES ON-LINE

De acordo com Renata Cicilini Teixeira⁵⁵, os *SPAMs* são as mensagens eletrônicas enviadas de forma não consentida, o que seria algo semelhante àquela enorme quantidade de panfletos distribuídos nos semáforos ou às ligações de *telemarketing* que se recebe frequentemente. Segundo Teixeira⁵⁶, é possível comparar tal prática a uma “praga” da era tecnológica. Afinal, o volume de mensagens indesejadas que circula na rede, é, a cada dia, mais assustador, causando como efeito colateral não apenas o mero desconforto, como, também, afetando produtividade e, conseqüentemente, gerando prejuízos aos indivíduos.

Dessa forma, o termo *SPAM* está associado ao envio de mensagens para uma grande quantidade de pessoas, de forma não autorizada. Em que pese não se tratar de uma técnica propriamente dita de publicidade, geralmente esse tipo de conteúdo é vinculado ao caráter publicitário e apelativo, tornando-se um verdadeiro incômodo aos seus receptores⁵⁷. Cumpre destacar que, neste trabalho, se utilizará o termo *SPAM* para designar, especificamente, a prática de remessa de mensagens publicitárias sem a prévia autorização do consumidor.

Assim, também cabe mencionar que ao fenômeno de envio de *SPAMs* dá-se o nome de *spamming*, às mensagens de *SPAM*, e aos autores dos *SPAMs*, *spammers*⁵⁸. Ademais, na sua forma originária, o *SPAM* estava associado ao e-mail, porém, com a evolução tecnológica, é comum sua ocorrência em outros meios eletrônicos, como é o caso do *WhatsApp*⁵⁹. Dessa forma, a própria empresa responsável pelo aplicativo tenta somar esforços a fim de coibir tal prática, inclusive

⁵⁵ TEIXEIRA, Renata Cicilini. *Combatendo o spam: aprenda como evitar e bloquear e-mails não solicitados*. São Paulo: Novatec, 2004. p. 15.

⁵⁶ TEIXEIRA, Renata Cicilini. *Combatendo o spam: aprenda como evitar e bloquear e-mails não solicitados*. São Paulo: Novatec, 2004. p. 53.

⁵⁷VIAMONTE, Guilherme Avelino; SILVA, Kim Kaznowski da; MACEDO, Rodrigo de Jesus. *O que é SPAM*. [2015?]. Disponível em: https://www.gta.ufrj.br/grad/15_1/spam/. Acesso em: 07 out. 2021.

⁵⁸VIAMONTE, Guilherme Avelino; SILVA, Kim Kaznowski da; MACEDO, Rodrigo de Jesus. *O que é SPAM*. [2015?]. Disponível em: https://www.gta.ufrj.br/grad/15_1/spam/. Acesso em: 07 out. 2021.

⁵⁹VIAMONTE, Guilherme Avelino; SILVA, Kim Kaznowski da; MACEDO, Rodrigo de Jesus. *O que é SPAM*. [2015?]. Disponível em: https://www.gta.ufrj.br/grad/15_1/spam/. Acesso em: 07 out. 2021.

estabelecendo em sua Política de Privacidade a vedação à remessa massiva de mensagens⁶⁰.

Ademais, em consonância com a matéria divulgada pela revista Forbes, o Brasil ocupa o 5º (quinto) lugar no *ranking* dos países que mais praticam *spamming*, sendo responsável por 4,87% (quatro vírgula oitenta e sete por cento) do conteúdo identificado como *SPAM* em todo o mundo⁶¹. Nesse ínterim, Arthur Basan⁶² discorre que tudo isso vai de encontro ao crescimento do número de pessoas conectadas à internet, em especial, pelo uso dos aparelhos móveis, a saber, o *smartphone*, o que promoveu o surgimento do *mobilemarketing*, ou seja, o *marketing* que tem como a fonte da mensagem os celulares e que é, comumente, disseminado através de aplicativos de mensagens instantâneas, como é o caso do *WhatsApp*.

O *mobilemarketing*, conforme Darren Bridger⁶³, é uma estratégia inteligente se bem utilizada, pois, aparelho de telefone móvel oferece um leque de novas oportunidades ao consumidor, já que é possível utilizar a internet para efetuar compras de forma facilitada, a qualquer hora e em qualquer lugar, o que potencializa a conveniência. Destaca-se que a publicidade virtual é permeada de vantagens também para o fornecedor, considerando que, além de alavancar as vendas, os custos do negócio são reduzidos⁶⁴. Por óbvio, o problema só é demonstrado quando a publicidade é remetida ao consumidor de forma não autorizada, o que seria *SPAM*.

Outrossim, a internet possibilita a remessa de publicidades direcionadas por meio do processamento de dados. Nessa conjuntura, salienta-se que o *Big Data*⁶⁵ transformou por completo o relacionamento entre consumidor e fornecedor⁶⁶, através

⁶⁰ SILVA, Rafael Rodrigues da. *WhatsApp vai processar empresas que usam o aplicativo para fazer SPAM*. 2019. Disponível em: <https://canaltech.com.br/apps/whatsapp-vai-processar-empresas-que-usam-o-aplicativo-para-fazer-spam-157641/>. Acesso em: 10 out. 2021.

⁶¹ BRASIL está entre os 10 países que mais espalham spam. 2019. Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2019/04/10-paises-que-mais-espalham-spam/>. Acesso em: 07 out. 2021.

⁶² BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 160.

⁶³ BRIDGER, Darren. *Neuromarketing: como a neurociência aliada ao design pode aumentar o engajamento e a influência sobre os consumidores*. São Paulo: Autêntica business, 2018. p. 201.

⁶⁴ PEZZOTTI, Renato. *Digital aumenta fatia no bolo publicitário nacional, aponta estudo*. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/03/16/digital-aumenta-fatia-no-bolo-publicitario-nacional-apontam-dados-do-cenp.htm>. Acesso em: 10 out. 2021.

⁶⁵ O *big data* é uma metodologia que permite o processamento e a organização de dados para inferir a (re)ocorrência de acontecimentos. Aplicado ao mercado, oferece a possibilidade de que os fornecedores descubram padrões de consumo, a fim de estimular as suas vendas. Consulta: BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 57. *E-book*.

⁶⁶ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 58. *E-book*.

da criação de uma economia de produção customizada que é possibilitada pela capacidade de ver através do consumidor, em um fenômeno denominado “consumidor de vidro”⁶⁷. O pressuposto para a manutenção desse modelo de negócio é o processamento e o armazenamento de dados pessoais, que personaliza o conteúdo remetido aos consumidores, aumentando as chances de venda.

Conforme será exaustivamente demonstrado ao longo desse trabalho, quando as empresas se utilizam dos dados pessoais a fim de remeter *SPAM*, evidencia-se o capitalismo de vigilância que é alimentado através das informações pessoais dos próprios consumidores. Os processos que envolvem tal conduta se utilizam das violações de direitos e princípios, mas especialmente da violação da autodeterminação do consumidor, já que o processo de decisão passa a ser automatizado⁶⁸.

Dessa maneira, defende-se que se que a publicidade na internet e o *e-commerce* foram repensados a partir do surgimento de novos instrumentos de *marketing* e técnicas virtuais de promoção de mensagens publicitárias⁶⁹. No caso do *SPAM* remetido pelo *WhatsApp*, tem-se a junção do que há de mais eficiente num mundo onde prevalece a efemeridade⁷⁰, mensagens enviadas de forma rápida, para um grande número de consumidores em potencial, de modo a seduzi-los e fazê-los comprar cada vez mais coisas. Assim, junto às inovações, surgem, também, os novos riscos de danos à personalidade.

Portanto, resta claro que o problema nasce a partir do momento em que há uma remessa excessiva dessas publicidades virtuais, bem como a utilização de dados pessoais sem a prévia autorização do titular. Por óbvio, como já explanado, o

⁶⁷ Sobre o tema, recomenda-se a leitura: MENDES, Laura Schertel. *Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo*. 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149028.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

⁶⁸ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Trad. George Schlesinger. 1.ed. Rio de Janeiro. Edição digital. 2021. p. 384. *E-book*.

⁶⁹ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 162.

⁷⁰ Bauman dispõe que “para ser eficaz, a tentação de consumir, e de consumir mais, deve ser transmitida em todas as direções e dirigida indiscriminadamente a todos que se disponham a ouvir. No entanto, o número de pessoas capazes de ouvir é maior do que o daquelas que podem reagir da maneira pretendida pela mensagem sedutora. Os que não podem agir de acordo com os desejos induzidos são apresentados todos os dias ao olhar deslumbrado daqueles que podem. O consumo excessivo, aprendem eles, é sinal de sucesso, uma autoestrada que conduz ao aplauso público e à fama. Eles também aprendem que possuir e consumir certos objetos e praticar determinados estilos de vida são a condição necessária para a felicidade”. Fonte: BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 125.

WhatsApp não é o único meio para a remessa de *SPAM*. No entanto, considerando a dependência do ser humano ao *smartphone*⁷¹, o fato desse ser o aplicativo de mensagens instantâneas mais utilizado no Brasil e, sobretudo, as controvérsias no que se refere ao tratamento dos dados pessoais dos consumidores, é inegável a necessidade de discutir a questão de forma mais aprofundada.

3.1 O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO DO *WHATSAPP* E A SUA RELEVÂNCIA PARA A INTERCOMUNICAÇÃO

No passado, a forma mais eficaz de se remeter mensagens em um curto espaço de tempo era o *SMS*. A primeira vez que esse recurso foi utilizado para o envio de uma mensagem de texto a um telemóvel, foi feito a partir de um computador, em 23 de julho de 1992⁷². De pronto, percebeu-se que a ferramenta possuía potencial mercadológico para a remessa publicitária. Sendo assim, em 03 de dezembro do mesmo ano, ocorreu a primeira a mensagem comercial entre telemóveis⁷³. Logo, pode-se considerar o *SMS* como a ferramenta precursora do *mobilemarketing*.

A utilização da tecnologia *SMS* pode acontecer através de várias mecânicas distintas. No entanto, a mais comum é através do *Global System for Mobile Communications (GSM)*, que requer do consumidor a contratação de uma operadora de telefonia móvel. Além disso, o serviço de mensagens curtas também não opera de forma instantânea, o tempo entre o envio e o recebimento do *SMS* pode ultrapassar minutos⁷⁴, o que aparece como uma desvantagem no atual cenário. O cartão do

⁷¹ A nomofobia é considerada um transtorno da sociedade virtual e digital contemporânea e se refere à ansiedade ou à angústia causadas pela falta de contato com a tecnologia, em especial com o *smartphone*. Para maiores informações, consultar: MAZIERO, M. B.; ANTUNES DE OLIVEIRA, L. Nomofobia: uma revisão bibliográfica. *Unoesc & Ciência - ACBS*, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 73–80, 2017. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/acbs/article/view/11980>. Acesso em: 24 nov. 2021.

⁷² FONSECA, Pedro. *SMS: a história de uma ideia que mudou a comunicação moderna*. 2007. Disponível em: <https://www.dn.pt/arquivo/2007/sms-a-historia-de-uma-ideia-que-mudou-a-comunicacao-moderna-664175.html>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁷³ FONSECA, Pedro. *SMS: a história de uma ideia que mudou a comunicação moderna*. 2007. Disponível em: <https://www.dn.pt/arquivo/2007/sms-a-historia-de-uma-ideia-que-mudou-a-comunicacao-moderna-664175.html>. Acesso em: 22 out. 2021.

⁷⁴ PENA, Marcelo. *SMS*. 2018. Disponível em: <https://blog.assertivasolucoes.com.br/sms/>. Acesso em: 22 out. 2021.

Subscriber Identify Module (SIM) é o que dá base à individualização das campanhas, por permitir a identificação de cada dispositivo e de cada usuário⁷⁵.

Neste cenário, a comunicação personalizada se solidifica. A particularidade nesse tipo de serviço é justamente as características das relações de intimidade como regime de interação entre enunciador e enunciatários, com o foco na recepção e consumo rápidos da informação⁷⁶. Portanto, com o passar dos anos e os avanços tecnológicos, embora o SMS continuasse a cumprir, com eficiência, o papel de comunicação individualizada⁷⁷, as técnicas e as ferramentas que proporcionam o *mobilemarketing*, acabaram por ser refinadas visando permitir a remessa instantânea do conteúdo direcionado a um público de potenciais consumidores.

Aqui, cabe ressaltar o surgimento do mais popular aplicativo de mensagens entre os brasileiros⁷⁸. Foi em 2009, nos Estados Unidos, que os programadores Brian Acton e Jan Koum lançaram o *WhatsApp* para o mercado mundial. Mas, o aplicativo que se consagrou por trazer uma alternativa mais eficiente em relação às mensagens via SMS, nasceu sem grandes pretensões. Segundo a matéria divulgada pelo site Tech Tudo⁷⁹, Jan Koum estava inconformado com o fato de perder inúmeras ligações ao ir para a academia e, por essa razão, teve a ideia de criar um aplicativo capaz de informar sobre a disponibilidade de comunicação do usuário. A partir do aprimoramento dessa ideia, surgiu o que hoje conhecemos como *WhatsApp*.

À época da sua criação, o aplicativo funcionava meramente como um instrumento para a remessa de mensagens instantâneas, utilizando-se de uma rede de internet para tal. Outrossim, para fazer cessar o incômodo de Jan Koum, que

⁷⁵ BAUER, H. H. *et al.* Driving consumer acceptance of mobile marketing: a theoretical framework and empirical study. *Journal of Electronic Commerce Research*, v. 6, n. 3, p. 03, 2005. Disponível em: http://www.jecr.org/sites/default/files/06_3_p02.pdf. Acesso em 14 out. 2021

⁷⁶ RAMALDES, Maria Dalva. O lugar da comunicação e da relação dialógica na era das conexões: telefone celular e novas formas de relações sociais. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 31., 2008, Natal. *Anais [...]*. 2008, Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2008/resumos/R3-1762-1.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021. p. 11.

⁷⁷ HUELSEN, Patrícia. O celular como ferramenta de comunicação. In: LAS CASAS, Alexandre Luzzi (Org.). *Marketing Móvel: tendências e oportunidades no marketing eletrônico*. São Paulo: Saint Paul Editora, 2009. p.173-187.

⁷⁸ ALVES, Soraia. *Pesquisa mostra que o WhatsApp e Instagram são os aplicativos mais populares no Brasil*. 2021. Disponível em: [https://www.b9.com.br/151640/whatsapp-instagram-aplicativos-mais-populares-brasil/#:~:text=A%20segunda%20edi%C3%A7%C3%A3o%20do%20Global,e%20da%20Netflix%20\(60%25\)](https://www.b9.com.br/151640/whatsapp-instagram-aplicativos-mais-populares-brasil/#:~:text=A%20segunda%20edi%C3%A7%C3%A3o%20do%20Global,e%20da%20Netflix%20(60%25)). Acesso em: 12 out. 2021

⁷⁹ MARQUES, Juliana. *Quem inventou o WhatsApp, veja oito curiosidades sobre a história do app*. 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/listas/2019/01/quem-inventou-o-whatsapp-veja-oito-curiosidades-sobre-a-historia-do-app.ghtml>. Acesso em: 13 out. 2021.

costumava receber ligações em horas inadequadas, o aplicativo também apresentava atualizações de *status* dos usuários. Assim seria possível saber se aquela pessoa estava *online* ou *offline*, o horário do último acesso e se estava ocupada ou livre para responder mensagens. Atualmente, a fim de preservar a privacidade, essa função foi aprimorada de forma a permitir que o usuário opte (ou não) por exibir o seu *status*.

Inicialmente, o *WhatsApp* foi disponibilizado apenas para aparelhos que utilizassem o sistema iOS, posteriormente foram feitas adaptações que permitiram a entrada dos aparelhos que utilizassem outros sistemas operacionais. Outrossim, de acordo com o aplicativo, surgiu com o compromisso de não reverter os dados pessoais dos seus usuários para fins de publicidade comportamental. Sendo assim, os próprios desenvolvedores do sistema cogitaram que fosse pago o valor de U\$ 1,00 dólar ao ano⁸⁰.

Por conseguinte, o aplicativo se popularizou e passou a fazer parte das relações interpessoais, bem como se tornou um atrativo para empresas interessadas em usá-lo como canal de comunicação e, principalmente, de vendas. De acordo com a pesquisa realizada pela revista *Panorama Mobile Time*, que entrevistou 2.072 brasileiros com mais de 16 anos de idade que acessam a internet e possuem celular, em 2020, o *WhatsApp* já estava instalado em 99% dos *smartphones* brasileiros⁸¹.

Assim, o aplicativo, que nasceu despretensiosamente, cresceu de forma exponencial e se tornou uma multiplataforma capaz de enviar, além de mensagens instantânea, áudios, chamadas de voz e vídeos. O sucesso do *WhatsApp*, chamou a atenção do grupo *Facebook*, comandado por Mark Zuckerberg, que, em 19 de fevereiro de 2014, adquiriu os direitos do aplicativo pelo valor final de 22 bilhões de dólares⁸².

Após a aquisição do *WhatsApp* pelo grupo *Facebook*, foi editada uma nova Política de Privacidade que reverteu o modelo de negócio antes implementado, já que agora os dados dos seus usuários são compartilhados entre o grupo de empresas do *Facebook*, o que, segundo a organização, ocorre para operar, fornecer, aprimorar,

⁸⁰ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

⁸¹ PAIVA, Fernando. *WhatsApp alcança presença recorde em 99 % dos smartphones no brasil*. 2020. Disponível em: <https://www.mobiletime.com.br/noticias/27/02/2020/whatsapp-alcanca-presenca-recorde-em-99-dos-smartphones-no-brasil/>. Acesso em: 12 out. 2021.

⁸² FACEBOOK finaliza aquisição do Whatsapp por US\$ 22 bilhões. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/10/preco-de-compra-do-whatsapp-pelo-facebook-sobe-us-22-bilhoes.html>. Acesso em: 12 out. 2021.

entender, personalizar, oferecer suporte e anunciar serviços⁸³. Desde então, o aplicativo tornou-se, a cada dia, mais comercial, passando a ganhar versões direcionadas exclusivamente a pessoas jurídicas.

Sob o comando do grupo *Facebook*, a ferramenta, especializada na remessa de mensagens instantâneas, passou a sofrer com severas críticas no que se refere às suas novas diretrizes. Aqui, como notável exemplo, as acusações de que o serviço aparentemente gratuito se sustenta com a remuneração indireta proveniente dos dados pessoais coletados dos seus usuários, que são comercializados com empresas interessadas em remessa de publicidade personalizada⁸⁴.

Em 2018, foi lançado, pelo grupo *Facebook*, a versão corporativa do aplicativo, o *WhatsApp Business*, a fim de otimizar a relação das empresas com os seus clientes. Assim, é possível criar um perfil comercial com informações úteis para o consumidor e, sobretudo, remeter mensagens em massa, de forma automática e eficiente, através da lista de transmissão⁸⁵, recurso que será mais bem explorado no tópico seguinte. Indubitavelmente, a relevância e as funcionalidades do aplicativo chamaram a atenção das empresas, especialmente no que se refere à publicidade.

3.2 OS MÉTODOS DE ENVIO DO SPAM PELO WHATSAPP: UMA BREVE ABORDAGEM

De acordo com as Políticas de uso do *WhatsApp Business*, retiradas do seu portal eletrônico, só há permissão para entrar em contato com usuários do *WhatsApp* se: (a) eles tiverem fornecido seus números de celular; e (b) se eles tiverem concordado em serem contatados pela empresa via *WhatsApp*. Ademais, ao comunicar-se com os usuários, o fornecedor deve tomar cuidados para não causar confusão ao entendimento do consumidor, enganos, fraudes, e fica proibido o uso de *SPAM* ou mensagens surpresas⁸⁶.

⁸³ POLÍTICA de privacidade do WhatsApp. 2021. Disponível em: https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy/?lang=pt_br. Acesso em: 12 out. 2021.

⁸⁴ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 149.

⁸⁵ De acordo com a Central de Ajuda do WhatsApp, as listas de transmissão são listas de contatos salvas para as quais você pode enviar mensagens mais de uma vez, sem precisar selecionar os mesmos contatos a cada envio. Fonte: COMO usar a lista de transmissão. 2021. Disponível em: https://faq.whatsapp.com/android/chats/how-to-use-broadcast-lists/?lang=pt_br. Acesso em: 15 de set. 2021.

⁸⁶ POLÍTICA do WhatsApp Business. 2021. Disponível em: https://www.whatsapp.com/legal/business-policy/?lang=pt_br. Acesso em: 14 out. 2021.

No entanto, na prática, não é o que se tem visto, considerando as ferramentas oferecidas pela própria plataforma de mensagens instantâneas, que facilitam a remessa de *SPAM*, como é o caso da lista de transmissão. Segundo informações do site *WhatsApp*, as listas de transmissão são relações de contatos salvos para as quais o usuário pode enviar mensagens por inúmeras vezes sem precisar selecionar os mesmos contatos a cada envio, ou seja, o envio da mensagem selecionada ocorre de forma automática para todos os números registrados naquele aparelho celular⁸⁷.

Sendo assim, percebe-se que a lista de transmissão é uma ferramenta bastante eficiente. Considerando que é capaz de enviar mensagens em massa aos números registrados na base de informações de uma empresa. Ocorre que, na maioria das vezes, o fornecedor é detentor desse número de telefone, pois ele advém de um indivíduo que já consumiu algum dos seus produtos ou, ao menos, já teve o interesse em consumir a ponto de ter criado um cadastro junto à empresa, ou seja, o anúncio está sendo direcionado a um consumidor potencial.

Nesse sentido, entende-se que na atualidade, a sociedade se qualifica como “sociedade pós-privacidade”, já que empresas gravam, armazenam, compilam e analisam as informações compartilhadas, além daquelas que sequer foram comunicadas, a fim de enganar, manipular, seduzir e, finalmente, promover o consumo cada vez mais desenfreado⁸⁸. Destaca-se que, ainda que o consumidor tenha informado o seu número de celular ao fornecedor, isso não significa necessariamente a anuência com a oferta de mensagens publicitárias, conforme amplamente explorado ao longo deste trabalho.

Logo, a situação mais comum é aquela em que o consumidor é obrigado a informar seus dados pessoais, a fim de adquirir produto ou serviço, e o fornecedor, em posse desses dados, o inclui, sem a prévia autorização ou sem os devidos esclarecimentos, em uma lista de transmissão para o encaminhamento periódico de mensagens publicitárias. Ademais, também não é estranho que o *SPAM* comece a ser remetido após o consumidor em potencial entrar em contato com a empresa através do *WhatsApp* buscando maiores informações sobre o produto ou serviço oferecido, conforme demonstrado no capítulo anterior.

⁸⁷ COMO usar a lista de transmissão. 2021. Disponível em: https://faq.whatsapp.com/android/chats/how-to-use-broadcast-lists/?lang=pt_br. Acesso em: 15 de set. 2021.

⁸⁸ LINDSTROM, 2018 apud BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 162.

Dito isto, no que se refere ao fornecedor, a utilização do *WhatsApp*, como uma ferramenta de mercado, gera vantagens econômicas incontestáveis com a veiculação de produtos e serviços, além de potencializar e otimizar o alcance das mensagens, visto que a publicidade se torna direcionada a um público predefinido. Já no que se refere ao consumidor, a ferramenta tem sido constantemente utilizada para práticas de abuso aos seus direitos, pois, de acordo com Ricardo Lorenzetti⁸⁹, sem sombra de dúvidas, o *SPAM* constitui uma invasão de privacidade.

Além disso, não se pode perder de vista que os dados pessoais se tornaram um verdadeiro produto na era tecnológica. Dessa forma, surgiram empresas especializadas na venda de informações pessoais. Nas palavras de Laura Schertel Mendes⁹⁰, se no passado a ameaça era o enorme poder do Estado em relação ao acesso a informações pessoais, na atualidade, se deve observar o enorme e crescente poder do setor privado. Nesse sentido, a autora⁹¹ reforça a existência de empresas especializadas na coleta, no armazenamento e no processamento de dados dos seus clientes, sejam eles consumidores finais ou não.

Sob esse aspecto, é importante destacar a ação das *data brokers*, entidades que se dedicam a compilar dados a fim de vender ou compartilhar informações de cunho pessoal. Em 2014, foi realizado pela *Federal Trade Commission* norte-americana, um relatório intitulado “*Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability*”. Através desse mapeamento, especialmente no que se refere à seara consumerista, revelou-se que alguns das *data brokers* estudadas moldaram a história das compras de 190 milhões de consumidores individuais a partir de dados de mais de 2.600 empresas⁹². Portanto, não restam dúvidas de que os dados são capazes de gerar as informações que guiam o mercado.

Outrossim, convém mencionar que as informações compiladas em bancos de dados se formam das mais diferentes formas. Às vezes, o fornecimento desses dados pode partir do próprio consumidor ao fazer cadastros em sites, redes sociais,

⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Informática, cyberlaw, e-commerce. In: LUCCA, Newton de; Simão Filho, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 491.

⁹⁰ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1668. *E-book*.

⁹¹ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1668. *E-book*.

⁹² FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção de dados pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena. *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2020. p. 29-30.

download de jogos, aplicativos e afins, sem que este sequer tenha noção do tratamento ao qual tais dados estarão sujeitos, bem como pode advim de vírus ou de golpes na rede que coletam dados para serem usados clandestinamente⁹³. De acordo com Laura Schertel Mendes⁹⁴, também há o compartilhamento de dados entre empresas, por meio de estratégias de cooperação.

É a partir do acesso aos bancos de dados que empresas especializadas em oferecer o serviço de disparo em massa, atuam. Essa técnica consiste na remessa simultânea de mensagens a milhares de contas no *WhatsApp*⁹⁵. Portanto, através da informação pessoal, são criados perfis de consumidores para os quais serão direcionadas a veiculação de publicidades. Em 2020, no que se refere ao julgamento dos autos de nº 1028987-25.2020.8.26.0100, o juízo da 2ª vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem de São Paulo proibiu as atividades da empresa *SallApp*, conhecida por oferecer o serviço de disparo em massa, sob pena de multa diária⁹⁶.

Apesar do disparo em massa, dentro da plataforma de comunicação, ser uma prática proibida em seus Termos de Serviço⁹⁷, essa é uma modalidade de remessa de *SPAMs* comumente utilizada. Por isso, são necessários *bots*⁹⁸ que atuam como aplicações piratas responsáveis por burlar a política de utilização do aplicativo de mensagens instantâneas, permitindo o disparo de conteúdo em grande escala para os números constantes em uma base de dados. Em meio a esse cenário, mais uma vez, se identifica a violação da autodeterminação do consumidor⁹⁹.

⁹³ COMO funcionam os esquemas de campanha de disparo em massa no whats app. 2018. Disponível em: <https://canaltech.com.br/apps/como-funcionam-esquemas-de-campanhas-de-disparos-em-massa-no-whatsapp-125246/>. Acesso em: 13 out. 2021.

⁹⁴ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 2246. *E-book*.

⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre. *Entenda como funciona o disparo em massa de mensagens no WhatsApp*. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/entenda-como-funciona-o-disparo-em-massa-de-mensagens-no-whatsapp.shtml>. Acesso em: 13 out. 2021.

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. *Autos nº: 1028987-25.2020.8.26.0100*. Procedimento Comum Cível - Propriedade Intelectual/Industrial. Requerente: Whatsapp Inc. Requerido: Yacows Desenvolvimento de Software Ltda e outros, 21 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2021/08/docwhats.pdf>. Acesso: 14 out. 2021.

⁹⁷ USO não autorizado de envio automático ou em massa de mensagens no WhatsApp. [201-?]. Disponível em: https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/unauthorized-use-of-automated-or-bulk-messaging-on-whatsapp/?lang=pt_br. Acesso em: 13 out. 2021.

⁹⁸ *BOTS*, ou robôs da Internet, são também conhecidos como *spiders*, *crawlers* e *bots da Web*, geralmente usados para executar tarefas repetitivas, como o disparo massivo de mensagens. [201-?]. Disponível em: <https://br.norton.com/internetsecurity-malware-what-are-bots.html>. Acesso em: 14 out. 2021.

⁹⁹ MENDES, Laura; FONSECA, Gabriel. Proteção de dados para além do consentimento. In: BIONI, Bruno. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 79-81.

Destaca-se que esse tipo de remessa de mensagens por intermédio do *WhatsApp* foi amplamente utilizado para a veiculação de propaganda eleitoral, bem como *Fake News*, nas eleições presidenciais ocorridas no Brasil, em 2018¹⁰⁰. Em vista disso, dispõe Stefano Rodotà¹⁰¹ que a proteção das informações pessoais é um elemento essencial não apenas da personalidade como, também, da cidadania, e, justamente por isso, coloca-se diante de uma matéria na qual não pode haver vencedores e vencidos.

Ademais, novamente, cabe salientar que esses dados pessoais organizados em bancos são, por vezes, estigmatizados, através do complexo fenômeno conhecido como *profiling*¹⁰². É através dessa prática que os dados pessoais de um sujeito formam um perfil ao seu respeito para a tomada de inúmeras decisões¹⁰³. No caso da remessa de *SPAM*, o *profiling* é útil para identificar os prováveis interessados em adquirir o produto/serviço objeto da publicidade veiculada. Todavia, conforme os estudiosos do assunto, tal fenômeno é problemático, pois possibilita a manipulação da própria vontade e representa um risco ao direito à igualdade¹⁰⁴.

Por todo o exposto, indubitavelmente, as técnicas de captação de dados pessoais, assim como a manutenção de bancos que concentram esses dados, cada vez mais corriqueiros no atual cenário, onde boa parte das relações ocorrem no ambiente digital, reconfiguram as definições de poderes sobre os dados pessoais e, conseqüentemente, sobre os próprios direitos de personalidade¹⁰⁵. Nesse sentido, surge a importância dos pontos centrais que serão levantados nos próximos capítulos acerca da autonomia, identidade e privacidade do consumidor contemporâneo.

¹⁰⁰ MELLO, Patrícia. *WhatsApp admite envio massivo e ilegal de mensagens nas eleições de 2018*. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/whatsapp-admite-envio-massivo-ilegal-de-mensagens-nas-eleicoes-de-2018.shtml>. Acesso em: 14 out. 2021.

¹⁰¹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁰² BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 122. *E-book*.

¹⁰³ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 122. *E-book*.

¹⁰⁴ Sobre o tema, recomenda-se a leitura de: ZANATTA, Rafael A. F. *Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 16 out. 2021.

¹⁰⁵ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1321. *E-book*.

4 A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO AMBIENTE DIGITAL: A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL, DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Inicialmente, faz-se mister partir da premissa de que os direitos da personalidade são uma noção em constante ampliação, especialmente frente à enorme produção e compartilhamento de dados, vivenciada na sociedade da informação e que, portanto, não estão limitados às espécies enumeradas nos arts. 11 a 21 do Código Civil¹⁰⁶. É possível vislumbrar uma nova variante dessa categoria jurídica a fim de estabelecer que o compartilhamento de dados e informações pessoais, sem o prévio consentimento do titular, para fins de remessa de conteúdo publicitário, configuram em violações aos direitos da personalidade¹⁰⁷.

Destaca-se que o sentido atrelado à personalidade, nesse contexto, extrapola a semântica substantiva, ou seja, aquela que define a personalidade como a qualidade de um sujeito ser titular de direitos e deveres¹⁰⁸. Aqui trataremos de uma semântica que coloca o ser humano no centro do Direito Civil Brasileiro, de forma que a proteção jurídica da personalidade está diretamente relacionada ao próprio desenvolvimento da pessoa humana e aos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana¹⁰⁹.

No passado, o direito civil se distanciou da pessoa para focar no patrimônio¹¹⁰. Segundo, Maria Helena Diniz¹¹¹, foi a partir da Declaração dos Direitos de 1789 que houve uma maior atenção à tutela dos direitos individuais e à valorização dos direitos inerentes à pessoa humana. Também é importante destacar que, posteriormente ao advento da Segunda Guerra Mundial, as lesões à dignidade humana, provocadas pelos regimes totalitários, denotaram a relevância de uma maior proteção à

¹⁰⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso: 20 de set. de 2021.

¹⁰⁷ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 97. *E-book*.

¹⁰⁸ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 98. *E-book*.

¹⁰⁹ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 07. *E-book*.

¹¹⁰ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 95. *E-book*.

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. v. 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 117.

personalidade. Dessa forma, o direito civil não poderia se manter inerte precisando caminhar até a “despatrimonialização”¹¹².

Assim, é essencial uma breve definição do que são dados pessoais e informações pessoais a fim de melhor relacioná-los aos direitos da personalidade, o que será mais bem explanado ao longo do capítulo. De acordo com Danilo Doneda¹¹³ apesar de ambos serem usados para representar um fato, um determinado aspecto de uma realidade, cada um carrega um peso particular a ser levado em conta. No que tange aos dados, o autor¹¹⁴ sustenta que esses estariam associados a uma espécie de cognição primária. A informação pessoal, por sua vez, é a ordenação e organização dos dados, chegando a transmitir significado e compreensão.

Portanto, os direitos da personalidade são elementos subjetivos e objetivos que definem a projeção da pessoa humana, de sorte que a imagem, a honra, a integridade física e psíquica seriam apenas alguns componentes de um rol mais extenso¹¹⁵. Assim, é possível conferir aos dados, o caráter de direito da personalidade. Afinal, conforme o entendimento de Bruno Bioni¹¹⁶, é a inserção dos dados na categoria dos direitos da personalidade que permite, como tal, o direito à correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados, conforme art. 18, inciso III, da Lei 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD).

No mesmo sentido, o princípio da qualidade dos dados, esculpido no artigo 6º, inciso V, da LGPD, garante aos titulares a exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento. Desse modo, pode-se assumir a importância da exatidão dos dados pessoais submetidos a tratamento¹¹⁷. Na posição de Bruno Bioni¹¹⁸ tal princípio é o primeiro a determinar que haja uma correspondência autêntica entre a pessoa e os

¹¹² BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 97. *E-book*.

¹¹³ DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: SDE/DPDC, 2010. p. 24.

¹¹⁴ DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: SDE/DPDC, 2010. p. 24.

¹¹⁵ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 99. *E-book*.

¹¹⁶ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 100. *E-book*.

¹¹⁷ KAMEDA, Koichi; PAZELLO, Magaly. *E-Saúde e desafios à proteção da privacidade no Brasil*. [201?]. Disponível:

https://nupef.org.br/sites/default/files/downloads/artigo%20politics_esaude%20e%20privacidade.pdf/.

Acesso em: 21 out. 2021. p. 9.

¹¹⁸ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 100. *E-book*.

seus dados pessoais. Por essa razão, no entendimento do autor¹¹⁹, os dados que interferem na projeção de uma pessoa, bem como na sua interpessoalidade, são conceitualmente direitos de personalidade.

Dessa forma, a LGPD surge com o objetivo de tutelar os direitos fundamentais, considerando que o crescimento das tecnologias da informação acarretou um fluxo crescente de informações pessoais na *internet* e uma crescente vulnerabilidade do consumidor. Isso quer dizer, conforme todo o já exposto, que como os dados passaram a ser um importante ativo para os empresários, que reformularam a maneira de criar e remeter publicidade através do uso das informações pessoais de seus clientes, foi imperioso assegurar o cuidado aos direitos no espaço virtual¹²⁰.

Em vista disso, segundo Patrícia Peck¹²¹, cumpre destacar o art. 4º da referida lei, onde há uma clara delimitação à sua aplicabilidade, já que, conforme o disposto, a LGPD deverá seguir um propósito funcional, mas que não oprimam a liberdade de expressão e informação, bem como estabelece o uso restrito da lei para a regulação de atividades que detenham o foco comercial, já que o tratamento de dados pessoais, realizado por pessoa natural com fins domésticos e não econômicos, não está regulado pelos dispositivos¹²².

Com isso, há razão em se estabelecer conceitos distintos para tais espécies de dados, conforme definição adotada por Patrícia Peck¹²³ os dados pessoais são toda informação relacionada a uma pessoa natural identificada, o que não se restringe, portanto, ao nome e ao telefone, podendo incluir dados de localização, perfil de consumo, histórico de compras e muito mais. Na definição trazida pela autora¹²⁴, dados pessoais sensíveis são aqueles relacionados a características da personalidade do indivíduo e suas escolhas pessoais como a religião, convicção política, dados referentes à sua saúde, entre outros.

¹¹⁹ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 100. *E-book*.

¹²⁰ PECK, Patrícia Pinheiro. *Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018*. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 92.

¹²¹ PECK, Patrícia Pinheiro. *Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018*. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 99.

¹²² BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Redação dada pela Lei no 13.853, de 2019. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

¹²³ PECK, Patrícia Pinheiro. *Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018*. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 42.

¹²⁴ PECK, Patrícia Pinheiro. *Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018*. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 42.

Além disso, ainda que estes não estejam sob a tutela da LGPD, conforme o caput do art.12 do diploma supramencionado, é importante trabalhar as noções de dados anonimizado¹²⁵, o que, ainda segundo Peck¹²⁶, são aqueles submetidos à utilização de meios técnicos na ocasião do seu tratamento, a fim de que não se possa fazer uma associação direta ou indireta ao seu titular, como, por exemplo, estatísticas a respeito do gênero de pessoas que realizaram a compra de determinado produto. No entanto, o processo de anonimização é falível. Assim, a ideia de que os vínculos de identificação de uma base de dados poderiam ser completamente excluídos, conferindo uma garantia plena do anonimato, é uma falácia¹²⁷.

Por isso, em uma abordagem mais abrangente, até mesmo os dados anonimizados, ou seja, aqueles que não estão diretamente associados a uma pessoa identificável, deveriam estar sob a proteção da LGPD. Dessa forma, geralmente o dado pessoal equivale a uma informação que tem o potencial para identificar alguém, ainda que de maneira remota¹²⁸, pois é sabido que existem tecnologias capazes de proporcionar um cruzamento de dados que ofereça uma identificação. Ademais, esses dados, como é o caso das estatísticas, continuam representando o poder da informação e o enriquecimento para os seus detentores.

Dessa forma, em consonância ao entendimento de Peck¹²⁹, é de suma importância que o método escolhido para o processo de anonimização, que seria a técnica utilizada para dissociar um dado de uma identidade, seja irreversível, evitando riscos de uma futura responsabilização, especialmente no que se refere às discussões em sede de Juizado Especial com matéria consumerista, o que inviabilizaria a condução de perícia técnica adequada ao nível de complexidade que exige o debate.

¹²⁵ “Art.12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido. § 1º A determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios”. BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Redação dada pela Lei no 13.853, de 2019. Brasília, DF, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

¹²⁶ PECK, Patrícia Pinheiro. *Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018*. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 42.

¹²⁷ NARAYANAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. Myths and Fallacies of “Personally Identifiable Information”. *Communications of the ACM*, v. 53, n. 6, p. 24, jun. 2010. Disponível em: www.cs.utexas.edu/~shmat/shmat_cacm10.pdf. Acesso em: 23 out. 2021.

¹²⁸ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 109. *E-book*

¹²⁹ PECK, Patrícia Pinheiro. *Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018*. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 115.

Em relação às normas internas, o Brasil já previa algum tipo de proteção aos dados pessoais antes mesmo do advento da LGPD, através da própria norma consumerista, assim como do advento da Lei 12.965/2014, o Marco Civil da Internet¹³⁰. Segundo Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos¹³¹, o Marco Civil foi um projeto de lei controlado e revisado por diversos setores da sociedade. Não se pode perder de vista que tal projeto de lei passou por consulta pública na própria internet, em 2009. Essa participação foi importante para que o Marco Civil, que, antes, tinha contornos repressivos, prevendo, inclusive, condenações criminais, passasse a ter caráter de marco regulatório civil¹³².

No tocante à proteção dos dados pessoais, o artigo 3º, III, do diploma supramencionado, traz tal previsão¹³³. No entanto, apesar da importância incontestável, sua proposta de estabelecer as linhas gerais para a proteção de dados relativos à era digital, deixou lacunas para a construção da legislação específica. A importância dessa escolha está no fato de que o Marco Civil funciona, hoje, como uma carta de direitos para o uso da internet no Brasil. Assim, nesse ponto é importante destacar que, mesmo após a vigência da LGPD, o Marco Civil continua a ser relevante ao arcabouço normativo brasileiro que se aplica às interfaces digitais.

Portanto, apesar de não se aprofundar nas questões relativas ao direito à informação, que, por sinal, também está previsto no CDC¹³⁴, ou no que se refere ao tratamento dos dados, o Marco Civil deve ser visto como um texto base para a

¹³⁰ BRASIL. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso: 20 de set. de 2021.

¹³¹ SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar, 2016. p. 13. *E-book*.

¹³² SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar, 2016. p. 17-19. *E-book*.

¹³³ “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; **III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei**; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (grifo nosso).

¹³⁴ A informação é um direito básico dos consumidores no Brasil. Consultar: BRASIL. *Lei nº 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

implementação de leis que versem especificamente sobre as relações no ambiente cibernético. Isso leva em conta principalmente o fato de que a autodeterminação informacional é um fundamento importante que norteia todo o diploma e se faz necessário na tentativa de equalizar a disparidade de poderes nesse ambiente, conforme será demonstrado ao longo desse trabalho.

Ademais, algumas questões referentes à proteção de dados no Marco Civil, ficaram a cargo de decreto regulamentador de nº 8.771, de 11 de maio de 2016¹³⁵, que dedicou um capítulo específico sobre o tema “Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas”. Nesse sentido, nota-se que a LGPD coaduna com o Marco Civil, ao proporcionar uma previsão mais expansiva do que seriam dados pessoais e, conseqüentemente, de como esses poderiam estar relacionados ao direito de personalidade, na medida em que se baseiam na possibilidade de categorização de uma pessoa através de projeções virtuais¹³⁶.

¹³⁵ BRASIL. *Decreto nº 8.771*, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm. Acesso em: 24 out. 2021.

¹³⁶ GOMES, Maria Cecília de Oliveira. *Cookie notice: o que é e por que é importante?* 2018. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/institucional/midia-publicidade/>. Acesso em: 24 out. 2021.

4.1 A PRIVACIDADE COMO DIREITO PERSONALÍSSIMO E O USO DESMEDIDO DOS NÚMEROS DE TELEFONE DOS USUÁRIOS PARA O ENVIO DE SPAM

Arthur Basan¹³⁷ define o conceito de privacidade como a ideia daquilo que é privativo, individualizador e íntimo, correspondendo à esfera mais interna da pessoa, e, por isso, só interessaria a ela mesma. A Constituição Federal¹³⁸ prevê o direito à privacidade em seu artigo 5º, inciso X. Além disso, é importante destacar que o Código Civil¹³⁹, em seu artigo 21, também assegura que a vida privada da pessoa natural é inviolável. Logo, resta óbvio o caráter personalíssimo da privacidade no ordenamento jurídico brasileiro, considerando que tanto a norma constitucional quanto o diploma cível tornam tal direito inerente à toda pessoa humana.

Em um retrospecto histórico, segundo Stefano Rodotà¹⁴⁰, a origem da privacidade está intrinsecamente associada à queda do regime feudal, já que, nesse momento, o isolamento era um privilégio de poucos eleitos ou daqueles que, por alguma necessidade, precisavam viver distantes da comunidade, como os monges, místicos e os bandidos. Posteriormente, de acordo com o autor¹⁴¹, essa possibilidade se estendeu a todos que possuíam os recursos materiais para a reprodução, no ambiente urbano, de condições que possibilitassem a intimidade.

Assim, ainda em consonância com o Rodotà¹⁴², a privacidade configurou-se como um privilégio da burguesia, que consegue realizá-la devido às transformações socioeconômicas relacionadas à Revolução Industrial. No entanto, o autor¹⁴³ conclui que se, no passado, a privacidade serviu para a consolidação dos privilégios de um grupo, na atualidade ela atua de forma a promover a equalização de tratamento entre

¹³⁷ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 88.

¹³⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

¹³⁹ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 11 jan. 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso: 20 de set. de 2021.

¹⁴⁰ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

¹⁴¹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

¹⁴² RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26.

¹⁴³ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 30.

os cidadãos e realizar a igualdade, o que rompeu o seu nexos de identificação com a classe burguesa.

No atual contexto, Stefano Rodotà¹⁴⁴ argumenta que as novas dimensões da coleta e tratamento de informações provocaram o alto crescimento de apelos à privacidade, o que exige uma nova definição desse instituto, capaz de abarcar as relações próprias do cenário atual. Sendo assim, Laura Schertel Mendes¹⁴⁵ defende que o desenvolvimento tecnológico transformou o direito à privacidade para dar origem à disciplina da proteção de dados pessoais, de modo a se adaptar aos desafios impostos pelas inovações técnicas.

Sob essa perspectiva, Rodotà¹⁴⁶ dispõe que a proteção de dados contribui para algo definido como a “constitucionalização da pessoa” e proporciona o pleno desenvolvimento da personalidade, podendo ser configurado, em suas palavras, como uma coleção de direitos que compõem a cidadania no novo milênio. Sendo assim, pode-se entender que, ao tutelar os dados e a privacidade, o direito fundamental, atrelado a todo e qualquer ser humano, está protegendo a própria capacidade de livre e pleno desenvolvimento dos indivíduos.

Logo, tendo em vista que qualquer informação que permita determinar, direta ou indiretamente, uma pessoa que esteja viva, é um dado pessoal¹⁴⁷, o uso desmedido do número do telefone dos consumidores para a remessa de *SPAM*, por parte de empresas, está em total desconformidade com o ordenamento jurídico, violando o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 e no Código Civil, o que representa um grave risco ao instituto da privacidade. Nesse passo, o legislador brasileiro buscou tutelar não apenas a privacidade, mas, expressamente, os dados pessoais, visto que tais dados constituem uma projeção da personalidade do indivíduo.

Diante disso, o Marco Civil, ao dispor sobre a privacidade, evidencia a sua preocupação com o instituto, ao vedar, em seu art. 7º, inciso VII, o fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão e de acesso a

¹⁴⁴ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 23.

¹⁴⁵ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 603. *E-book*.

¹⁴⁶ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 17.

¹⁴⁷ O QUE são dados pessoais? Segundo a LGPD. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/servicos/lgpd/cidadao>. Acesso em: 27 out. 2021.

aplicações de internet, exceto nos casos em que há o livre consentimento expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei. Em tese, os dados pessoais de um consumidor, o que inclui o número de telefone celular, jamais poderiam ser utilizados sem a sua autorização. No entanto, conforme o exposto ao longo desse trabalho, não é o que se tem visto.

Conforme Arthur Basan¹⁴⁸, muitas empresas utilizam a coleta e o tratamento de informações oriundas de bancos de dados pessoais, com a finalidade de estimular o consumismo por intermédio das mais diversas publicidades virtuais. Por essa razão, é importante mencionar os incisos VIII e IX do artigo supramencionado, que dispõem sobre o direito do titular a ter ciência, de forma clara e completa, sobre a coleta, o uso, o armazenamento, o tratamento e a proteção de seus dados pessoais, não cabendo hipótese de utilização desses dados para a remessa de conteúdo publicitário não autorizado por intermédio do *WhatsApp*.

Dessa maneira, em conformidade ao pensamento de Stefano Rodotà¹⁴⁹, os dispositivos legais mencionados protegem a privacidade a partir da perspectiva de que o indivíduo tem direito a exercer o controle sobre os seus próprios dados e informações pessoais. No entanto, Basan¹⁵⁰ chama a atenção para o fato de que a disponibilização dos dados não está necessariamente associada à livre vontade do indivíduo, especialmente no que se refere ao consumidor. Isso porquanto o não fornecimento de dados pode proporcionar o afastamento do mercado de consumo e, conseqüentemente, a exclusão social.

Surge, assim, o ambiente propício para a geração de normas específicas para a proteção de dados, como é o caso da LGPD. Tal legislação positivou a proteção da privacidade dos usuários da internet no seu art. 2º, inciso I, o que, segundo Patrícia Peck¹⁵¹, evidencia a preocupação do legislador no que concerne ao conteúdo constitucional, especialmente no que se refere à proteção aos direitos fundamentais. Portanto, ao observar de forma crítica o fenômeno da remessa de *SPAM* através do

¹⁴⁸ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 128.

¹⁴⁹ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 37.

¹⁵⁰ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 117.

¹⁵¹ PECK, Patrícia Pinheiro. *Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018*. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 95.

WhatsApp sob o espectro da LGPD, facilmente identificamos que tal conduta é nociva às garantias consolidadas pela Carta Magna.

Outrossim, Laura Schertel Mendes¹⁵² dispõe que o CDC também exerce um papel central para a proteção da privacidade no ordenamento jurídico, o que vai muito além do mero funcionamento do mercado, consistindo em uma verdadeira tutela da pessoa. Portanto, no posicionamento dessa autora¹⁵³, não se pode perder de vista a condição de vulnerabilidade do consumidor, especialmente no que se refere ao uso dos seus dados por empresas não autorizadas de modo a interferir na sua personalidade.

É de se destacar que a privacidade é um dos pilares à proteção do direito de personalidade, que, conforme roborado, é fundamental ao desenvolvimento do indivíduo, protegendo-lhe de agressões praticadas contra a sua identidade intelectual e moral, e propiciando o desenvolvimento da sua autodeterminação. Neste particular, Laura Schertel Mendes¹⁵⁴ também sustenta a autonomia da proteção de dados pessoais como direito da personalidade ou o que seria o aperfeiçoamento da proteção constitucional à vida privada e à intimidade, originando um direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Portanto, as relações comerciais, que requerem o tratamento de dados submetem-se à incidência, em comum, do CDC e da LGPD. Ainda, quando tais relações se realizarem por intermédio da internet, incidirá também o Marco Civil da internet; é o caso da remessa de *SPAM* pelo *WhatsApp*. No que se refere especificamente à LGPD, vale destacar os princípios que regem a legislação e estão diretamente relacionados à privacidade no âmbito da proteção dos dados pessoais e às garantias consumeristas.

O próprio art. 2º, VI, da LGPD, positivou a importância da defesa dos direitos do consumidor, assim como o art.18, § 8º, da referida lei, disciplinou a competência dos órgãos de defesa do consumidor para atuar, mediante requerimento do titular dos dados, no caso de infração aos seus direitos pelo controlador. Ademais, o art. 55-K também prevê expressamente o dever de articulação entre a Autoridade Nacional de

¹⁵² MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 3943. *E-book*

¹⁵³ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 3980. *E-book*

¹⁵⁴ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 198. *E-book*.

Proteção de Dados e os órgãos de defesa do consumidor¹⁵⁵. Nesse particular, não resta dúvidas sobre a preocupação do legislador com a privacidade dos titulares dos dados, especialmente no âmbito das relações de consumo.

Bruno Miragem dispõe que a proteção dos dados pessoais se justifica pela defesa à privacidade do titular dos dados. Mas, o referido autor destaca que a privacidade é um conceito contextual, haja vista estar vinculado à expectativa legítima do titular em ter garantido o direito de manter longe do alcance público determinadas informações pessoais. Portanto, o fornecedor não poderia dar uso diverso da finalidade que motivou o consentimento do consumidor a fornecer tais informações e, mais grave ainda, seria utilizar de informações que não lhes foram concedidas¹⁵⁶.

Assim, faz-se necessário relembrar que, conforme explanado no subcapítulo 3.2 desta monografia, geralmente os métodos de remessa de *SPAM* através do *WhatsApp* ocorrem sem o consentimento do consumidor. Outrossim, concordante ao apresentado no subcapítulo 2.2, através do formulário aplicado por meio da plataforma Google Forms, se constatou violações no que se refere ao consentimento dos consumidores para o recebimento desse tipo de conteúdo.

Daí porque Arthur Basan¹⁵⁷ sugere que o caminho mais seguro é aquele que indica a superação da dicotomia entre a privacidade e a tecnologia, para a concepção de que poderá ser concretizada a harmonização desses dois valores. Portanto, as legislações supramencionadas neste capítulo figuram como uma tentativa de equacionar as relações na sociedade da informação. Ainda de acordo com Basan¹⁵⁸, nesse tipo de sociedade, onde os dados pessoais, como o número do telefone, são tratados de forma intensa, é preciso, também, ampliar a tutela da personalidade do consumidor.

¹⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 108, n. 1009, p. 1-35, nov. 2019. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021. p. 02.

¹⁵⁶ MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 108, n. 1009, p. 1-35, nov. 2019. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.

¹⁵⁷ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 112.

¹⁵⁸ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 113.

Diante de tudo isso, Bruno Bioni¹⁵⁹ evidencia que, na atualidade, o modelo organizacional das empresas, em rede, é sustentado pela personificação e, conseqüentemente, pela flexibilização da produção, a ponto de deixar em sincronia as expectativas do mercado de consumo instantaneamente às reações de mercado. Dessa forma, Arthur Basan¹⁶⁰ defende que o tratamento de dados pelas fornecedoras constitui uma condição para a sobrevivência das próprias empresas, tendo em vista que não se trata apenas da personalização dos produtos através do tratamento de dados, mas, também, da direta interação com o consumidor.

Conforme se nota, esse modelo é fortemente sustentado pelo *WhatsApp*, visto que o aplicativo está presente na vida de um enorme número de consumidores e, sobretudo, permite a remessa de mensagens a um baixo custo para o fornecedor. Segundo Basan¹⁶¹, as particularidades de uma realidade pautada no uso excessivo de redes sociais é propício para o advento da publicidade incessante, que cria expectativas e comportamentos orientados ao consumo, capazes de seduzir o consumidor. Sendo assim, está contextualizado¹⁶² um cenário de vigilância e de assédio de consumo.

4.2 A AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO DO TITULAR DO DADO PESSOAL VIOLADO PELA REMESSA DE SPAM: LESÃO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E DESCUMPRIMENTO DA LGPD

Ao dispor sobre o poder jurídico para determinar a possibilidade e a finalidade da utilização dos seus próprios dados pessoais, constrói-se a noção de autodeterminação informativa. Esse conceito foi difundido a partir de 1983, na Alemanha. Assim, antes mesmo da edição da LGPD, as discussões que envolviam o amparo à decisão livre e racional do titular dos dados, o poder jurídico para determinar

¹⁵⁹ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 48. *E-book*.

¹⁶⁰ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 148.

¹⁶¹ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 148.

¹⁶² BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 153.

a possibilidade e a finalidade de sua utilização, bem como os seus limites, estavam consolidados através do conceito da autodeterminação informativa¹⁶³.

Nesse sentido, o sistema jurídico brasileiro, há muito, aponta para estratégias de proteção aos dados; é o caso do próprio remédio constitucional do habeas data¹⁶⁴ e até a previsão à proteção dos dados dos consumidores promulgada pelo CDC¹⁶⁵. Todavia, é inegável o fato de que a LGPD estruturou a matéria da proteção de dados de forma muito mais ampla e efetiva¹⁶⁶. De acordo com Patrícia Peck¹⁶⁷, os direitos dos titulares estão previstos no art. 18 da LGPD, ressaltando a aplicação concreta da autodeterminação informativa, de modo a garantir que o titular possa assegurar que seus dados serão tratados de forma segura e direcionada ao cumprimento da sua finalidade.

Seguindo esse raciocínio, Bruno Bioni¹⁶⁸ destaca que, a partir da análise dos princípios e a da forma pela qual a LGPD explora o consentimento ao longo dos seus dispositivos, revela-se uma grande preocupação com a participação do indivíduo no fluxo de suas informações pessoais. Sendo assim, essa autodeterminação consiste na manifestação expressa de consentimento e esclarecimento do titular dos dados quanto à autorização para a destinação de seus registros digitais.

Portanto, conforme o entendimento de Bruno Miragem, em referência ao Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu¹⁶⁹, a manifestação de vontade

¹⁶³ MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 108, n. 1009, p. 1-35, nov. 2019. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.

¹⁶⁴ A Constituição Federal (CFR/88) dispõe, no artigo 5º, inciso LXXII, o habeas data como o remédio constitucional cuja finalidade é assegurar que um cidadão tenha acesso a dados e informações pessoais que estejam sob posse do Estado brasileiro ou de entidades privadas que tenham informações de caráter público.

¹⁶⁵ O CDC, no art. 43, assegura ao consumidor o acesso às informações constantes em bancos de dados, facultando-lhe a possibilidade de requerer sua retificação, quando necessário.

¹⁶⁶ BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Redação dada pela Lei no 13.853, de 2019. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

¹⁶⁷ PECK, Patrícia Pinheiro. *Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018*. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 124.

¹⁶⁸ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 134. *E-book*.

¹⁶⁹ O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) (EU) 2016/679 é um regulamento do direito europeu sobre privacidade e proteção de dados pessoais, aplicável a todos os indivíduos na União Europeia e Espaço Econômico Europeu. Foi criado em 2018 e é considerado um precursor no que se refere à matéria da privacidade digital, inspirou a LGPD sancionada em 2019, no Brasil.

deve ser livre, específica, informada e inequívoca¹⁷⁰. Nesse ponto, cumpre ressaltar a posição de Bruno Bioni¹⁷¹ de que, muitas vezes, não há para o sujeito uma concreta possibilidade de escolha, já que, cada vez mais, relações sociais demandam o fornecimento de dados para o seu aperfeiçoamento. Conforme é sabido, nas relações de consumo as disparidades de poderes entre os polos prejudicam ainda mais a capacidade de autodeterminação do consumidor.

Nota-se, *verbi gratia*, que, a partir da análise dos dados coletados pelo questionário, bem como pelos casos concretos apresentados no segundo capítulo desta monografia, foram constantes as violações da autodeterminação por parte de fornecedores para fins de remessa de conteúdo publicitário por intermédio do *WhatsApp*, tanto pela utilização de dados informados pelo consumidor para cadastro e aquisição de produto ou serviço, quanto pela utilização de bancos de dados. Ademais, o próprio *WhatsApp* impõe o compartilhamento de dados dos seus usuários com o *Facebook*, através de um contrato de adesão.

Trazendo à baila discussões para além do campo do direito digital e da proteção de dados, cumpre destacar o entendimento do ilustre jurista Orlando Gomes sobre o instituto do consentimento no berço dos seus amplos e renomados estudos sobre as relações contratuais. De acordo com Orlando Gomes dos Santos¹⁷², o consentimento representa a expressa manifestação da vontade de contratar, advinda dos sujeitos que compõem as partes da relação contratual, deixando às claras as suas intenções negociais, sob a égide da boa-fé. Dessa forma, conforme o autor, a expressão dessa vontade deve ser livre e séria. Para tanto, Orlando Gomes dispõe que a comunicação é condição necessária à formação do consentimento.

Sob as perspectivas das relações no âmbito digital, é sabido que existem diferenças daquelas estabelecidas pelo direito contratual. De plano, conforme defende Stefano Rodotà¹⁷³, raramente o cidadão é capaz de perceber a dimensão da importância da coleta de dados para as organizações, tampouco o grau de periculosidade que consiste no uso de dados por parte dessas organizações. Sendo

¹⁷⁰ MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 108, n. 1009, p. 1-35, nov. 2019. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021. p. 3.

¹⁷¹ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 176. *E-book*.

¹⁷² SANTOS, Orlando Gomes dos. *Contratos*. 26. ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 56.

¹⁷³ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 37.

assim, ainda para os casos em que há autorização para a coleta de dados, está claro que há um desequilíbrio essencial entre as partes, pois não há evidente falha na informação. Outrossim, também não há a possibilidade de negociação dos Termos de Serviços que são apresentados na forma de um contrato de adesão.

Sobre a questão do consentimento nos contratos de adesão, Orlando Gomes dos Santos¹⁷⁴ discorre que esse tipo de contrato se caracteriza pela exclusão da livre discussão que procede normalmente a formação dos contratos. Sendo assim, Gomes destaca que há uma imposição da vontade de um dos contratantes à do outro. Nesse sentido, de acordo com o posicionamento do autor supramencionado¹⁷⁵, nos contratos com cláusulas preestabelecidas, o consentimento se dá por adesão.

É por essa razão que, analisando o consentimento no ambiente da proteção de dados, Danilo Doneda¹⁷⁶ defende que o instituto está relacionado a um ato unilateral vinculado a uma autorização (tratamento dos dados pessoais), mas que a sua orientação está voltada para o próprio poder de autodeterminação informativa e não para uma estrutura tradicionalmente contratual. Para o autor, estabelecer uma relação de negociação em relação ao consentimento na esfera da proteção de dados, seria prejudicial ao titular, especialmente no que se refere ao exercício dos seus direitos de personalidade.

Assim, Danilo Doneda¹⁷⁷ afirma que a autodeterminação deve o elemento principal a ser levado em conta para caracterizarmos tanto a natureza jurídica, bem como os efeitos do consentimento. Portanto, considerando o consentimento proveniente da autodeterminação do indivíduo como um reflexo dos seus direitos de personalidade, Doneda¹⁷⁸ destaca que a revogação do consentimento é tácita, não havendo a necessidade de justificativa para a sua revogação, uma vez que está atrelada à autodeterminação.

¹⁷⁴ SANTOS, Orlando Gomes dos. *Contratos*. 26. ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 128.

¹⁷⁵ SANTOS, Orlando Gomes dos. *Contratos*. 26. ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 128.

¹⁷⁶ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 377-378. *E-book*.

¹⁷⁷ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 378. *E-book*.

¹⁷⁸ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 380. *E-book*.

Ainda, segundo Bruno Bioni¹⁷⁹, a autodeterminação se expressa como o direito de o cidadão autogerenciar as suas informações pessoais. Sendo assim, conforme o autor supramencionado¹⁸⁰, o consentimento é uma das formas de implementar o direito à autodeterminação informativa, considerando que é a partir da anuição (ou não), com a coleta e tratamento de suas informações, que esse direito será exercido.

A partir disso, pode-se concluir que o fluxo contínuo dos dados pessoais inerentes à sociedade da informação, implica em regulamentos imprescindíveis que possibilitam aos indivíduos o controle sob as suas informações. Não à toa a LGPD está sob o escopo de princípios que conferem ao titular dos dados certa autonomia no que se refere ao tratamento e o compartilhamento dos dados pessoais. Sendo assim, faz-se necessária a análise de alguns dos dispositivos da legislação, onde confere-se a lesão à autodeterminação informativa e o descumprimento da LGPD pela prática da remessa de *SPAM* através do *WhatsApp*.

Bruno Miragem¹⁸¹ chama a atenção para o artigo 7º, inciso I, da LGPD, onde observam-se requisitos substanciais e formais do consentimento, o que significa dizer: aqueles que dizem respeito à qualidade do consentimento. Ainda conforme o autor, nesse ponto é importante ressaltar a clara preocupação do legislador em garantir que a manifestação de vontade seja livre, isenta de pressões ou ameaças diretas ou indiretas que contaminem a decisão do usuário.

Acerca da publicidade na internet Arthur Basan¹⁸² destaca que as empresas se aproveitam dos dados pessoais para conseguirem um dos recursos mais raros na atualidade: a atenção real dos consumidores. Sendo assim, o autor conclui, ao utilizar como referência o trabalho publicado pelo jurista norte-americano Tim Wu¹⁸³, que a estratégia empregada pelos fornecedores é utilizar o tempo em que os consumidores

¹⁷⁹ BIONI, Bruno. *Xeque-mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil*. Disponível em: http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf. Acesso em: 17 ago. 2017. p. 43.

¹⁸⁰ BIONI, Bruno. *Xeque-mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil*. Disponível em: http://gomaoficina.com/wp-content/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf. Acesso em: 17 ago. 2017. p. 43.

¹⁸¹ MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 108, n. 1009, p. 1-35, nov. 2019. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021. p. 18.

¹⁸² BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 150.

¹⁸³ WU, 2017 apud BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 150.

não estão conscientes para preenchê-los com publicidades, o que já se convencionou chamar de “mercado da atenção”, conforme os estudos de Tim Wu.

Nesse aspecto, os artigos de 8º a 10º da LGPD também defendem que a importância do consentimento é intrínseca a validade da ação decorrente do tratamento dos dados. Portanto, a utilização do número de telefone dos consumidores para a remessa de *SPAM*, ao viés da LGPD, se caracteriza como uma transgressão. Sobre a questão, é importante ressaltar o posicionamento defendido por Arthur Basan¹⁸⁴, que caracteriza tal ferramenta como um “*marketing* agressivo”, já que esse tipo de publicidade é onipresente.

Conforme exaustivamente mencionado, o aplicativo de mensagens instantâneas tem destaque nas relações interpessoais. Assim, consoante se percebe, a utilização desse instrumento, para o envio recorrente de publicidade (não autorizada), estimula o consumo a partir do comprometimento da própria autodeterminação do consumidor. Bauman¹⁸⁵ discorre que a subjetividade do indivíduo, e quase tudo o que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço desmedido para ela própria se tornar e permanecer uma mercadoria comerciável. Assim, o ato de consumir passa a ser para o sujeito uma estratégia para aceitação social.

Ademais, em conformidade com Patrícia Peck¹⁸⁶, a garantia da facilidade e da clareza nos dispositivos de comunicação entre o titular dos dados e os agentes do tratamento de dados deve ser observada, de maneira que o princípio da transparência e boa-fé estejam marcados ao longo do processo. À vista disso, de forma expressa, os artigos 17 e 18 da LGPD asseguram a proteção e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural através da titularidade dos seus dados pessoais.

Portanto, nesse ponto, destaca-se o posicionamento de Arthur Basan¹⁸⁷, ao defender que a liberdade e a integridade psíquica ganham novas projeções a justificarem-se pela necessidade de os consumidores estarem protegidos dos assédios e importunações das publicidades virtuais, que visam instigar o consumo desmedido.

¹⁸⁴ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 151.

¹⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 20.

¹⁸⁶ PECK, Patrícia Pinheiro. *Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018*. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 127.

¹⁸⁷ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 77.

Outrossim, Stefano Rodotà¹⁸⁸ dispõe que as redes sociais se converteram em um instrumento essencial no processo de socialização e construção da própria personalidade. Com base nessa premissa, ações que comprometem a autodeterminação do consumidor não podem ser toleradas por um sistema jurídico que preza pela dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, Shoshana Zuboff¹⁸⁹ discorre que, no cenário atual, não basta automatizar o fluxo de informações sobre um indivíduo, o objetivo é automatizar pessoas. Destarte, a publicidade se revela como um meio para a modificação de pensamentos e posturas. É por essa razão que Bauman¹⁹⁰ descreve que em uma sociedade consumista, em detrimento ao próprio sujeito, as mercadorias são a prioridade. Nesse contexto, as regras de conduta passam a ser impostas pelo setor privado e os indivíduos perdem a própria subjetividade.

¹⁸⁸ STEFANO, Rodotà. *El derecho a tener derechos*. Trotta: Madrid, 2014. p. 294.

¹⁸⁹ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Trad. George Schlesinger. 1.ed. Rio de Janeiro. Edição digital, 2021. p. 23. *E-book*.

¹⁹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 20.

5 TRANSGRESSÕES AO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR EM FACE DO ENVIO DE SPAM PARA A OFERTA ELETRÔNICA DE PRODUTOS E SERVIÇOS: A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE NO CDC.

A defesa e proteção aos consumidores está positivada enquanto direito fundamental, conforme art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988. A norma aludida teve integrada a sua eficácia após a edição da Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor. No entanto, Ruy Rosado¹⁹¹, ao se dedicar à apresentação da obra de Newton De Lucca, defende que o CDC sofre uma difusa desqualificação, sendo quando possível esquecido sob a justificativa de que a legislação em voga é um empecilho ao lucro e à boa ordem do mercado.

No entanto, é preciso destacar que tal justificativa não se sustenta, ao passo que a própria Constituição Federal¹⁹² estabelece no art. 170, inciso V, a defesa do consumidor como um dos ditames para a ordem econômica. Portanto, deve-se reconhecer que a ordenação jurídica de relação de consumo também serve para garantir a livre concorrência, na medida em que estabelece regras para fornecedores e consumidores. O CDC, em verdade, é uma lei inovadora por reconhecer a disparidade de poderes entre contratantes e contratados nas relações de consumo¹⁹³.

Ao contrário do que dispõem os romances distópicos onde o Estado controla a vida dos cidadãos e os transformam em seres incapazes de tomar as suas próprias decisões, quem ocupa esse papel na atualidade é o setor privado. São as empresas que controlam a vida das pessoas sob o argumento de que a publicidade direcionada é uma vantagem para elas. Nesse sentido, é fundamental a caracterização da incidência do CDC nas relações de consumos travadas na *internet*, ainda que algumas situações se apresentem como novidades para o universo jurídico¹⁹⁴.

¹⁹¹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Prefácio. In: LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 14-15.

¹⁹² BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2021

¹⁹³ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Prefácio. In: LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 14-15.

¹⁹⁴ LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 410-418.

Segundo Laura Schertel Mendes¹⁹⁵, o CDC surge a partir da necessidade de equilibrar a relação entre consumidores e fornecedores, estabelecendo um regime civil diferenciado e buscando assegurar a proteção a liberdade e a igualdade no mercado de consumo, bem como a tutela dos direitos de personalidade do consumidor. Nesse sentido, destaca-se a condição de vulnerabilidade do consumidor nessas relações. Sobre o tema, é importante salientar que este trabalho dedicará um capítulo ao estudo dos princípios básicos aplicáveis ao problema em análise, entre eles o princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Ao se tratar da remessa de *SPAM* para o *WhatsApp*, considerando que o conceito de *SPAM* explorado nesta monografia está diretamente associado a publicidade não autorizada, não se pode perder de vista o disposto por Arthur Basan¹⁹⁶ ao defender a legitimidade da publicidade por meios digitais, reconhecendo, inclusive, que ela é oriunda da livre concorrência. Contudo, segundo o autor, seria igualmente legítimo a imposição de limites publicitários. Portanto, não se trata de invalidar a relevância da publicidade para o mercado de consumo, mas conter excessos em respeito ao livre desenvolvimento dos indivíduos e coibir o aproveitamento das suas vulnerabilidades.

Assim, a necessária regulamentação do mercado de consumo e, em especial, de remessa publicitária, se constitui como elemento essencial para evitar ambientes onde o senso de coletividade não parece óbvio, já que há uma concentração de esforços para o estímulo ao consumismo e a individualidade. Nesse tipo de ambiente, Bauman descreve que a coerção é substituída pela estimulação e os padrões de conduta agressivos são trocados pela sedução. Já o convencimento e o policiamento do comportamento são sucedidos pela publicidade que cumprirá o papel de provocar a incitação de novos desejos e necessidades¹⁹⁷.

Por tamanha importância, faz-se mister apreciar as disposições gizadas pelo CDC que disciplinam a publicidade para fins de constatar as transgressões aos direitos dos consumidores em face da remessa de conteúdo não autorizado através da oferta eletrônica de produtos e serviços, especialmente no que tange a

¹⁹⁵ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 3885. *E-book*.

¹⁹⁶ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 160.

¹⁹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 88.

problemática dos direitos de personalidade, assim como do volume dos danos que essa prática é capaz de impor ao tecido social.

Porém, inicialmente, aponta-se o art. 8º do Código Brasileiro de Autorregulação, regramento ético aplicado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), que define a publicidade como toda atividade destinada a impulsionar o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou ideias. No mais, ao adentrarmos o ordenamento jurídico, não há um conceito explícito do que é publicidade estabelecido pelo CDC. Desse modo, sua conceituação é imprecisa e pode ser ampliada¹⁹⁸.

Outrossim, o art. 30 da norma consumerista disciplina que qualquer informação ou publicidade suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, vincula o fornecedor que a difundir ou dela se utilizar. Assim, este fornecedor passará a integrar o contrato que vier a ser celebrado. Portanto, depreende-se que a publicidade é um mecanismo responsável pela otimização na circulação de bens e serviço, conseqüentemente impactando na economia. Por conseguinte, a publicidade é essencial para um mercado de funcionamento saudável¹⁹⁹.

Nesse ponto, é importante destacar as diferenças apresentadas pela doutrina entre publicidade e propaganda. Isso porque a remessa de mensagens não autorizadas por intermédio do *WhatsApp* é um fenômeno que não se restringe ao âmbito mercadológico, embora esse recorte seja o objeto de estudo deste trabalho. De uma maneira geral, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, um dos coautores do CDC, dispõe que a publicidade não se confunde com propaganda, pois, a primeira é um discurso com claro objetivo comercial ou profissional, enquanto a segunda tem escopo em ideologias, sejam elas filosóficas, religiosas ou políticas.²⁰⁰

Ademais, é inevitável apontar a distinção entre publicidade e *marketing*, ainda que por muitas vezes as duas palavras sejam utilizadas como sinônimos. No entanto, é importante destacar que, em verdade, o *marketing* é uma das espécies de práticas comerciais estabelecidas pela sociedade de consumo. Portanto, trata-se de um dos

¹⁹⁸ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 135.

¹⁹⁹ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p.135.

²⁰⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 318.

encarregados de promover as publicidades através de estratégias que proporcionam a alavancada de um produto ou serviço frente ao mercado, apesar de ser o único responsável por isso²⁰¹. Todavia, o CDC cuidou amplamente da publicidade em seus dispositivos²⁰².

Em razão disso, depreende-se que o direito fundamental de ser informado alcança o âmbito da publicidade. Isso ocorre, pois, a CRFB/88, em seu art. 220, parágrafo 3º, inciso II, alberga o direito fundamental a receber informação publicitária adequada, seja do ponto de vista quantitativo ou qualitativo. Na mesma direção dispõe o art. 31 do CDC, ao estabelecer que a oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, e em língua portuguesa proporcionado aos consumidores a possibilidade de defesa das ofertas de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à sua saúde e segurança²⁰³.

Logo, cumpre destacar o posicionamento de Arthur Basan²⁰⁴ ao aludir que a publicidade fundamentada em técnicas de processamento de dados é capaz de provocar graves danos às pessoas, sendo o desvio produtivo apenas um deles. Neste caminho, destaca-se o risco eminente a integridade psíquica do consumidor, tendo em vista a recorrência das publicidades a cada dia mais persuasivas e onipresentes, especialmente quando trata-se do ambiente digital em uma sociedade completamente dependente de *smartphones*²⁰⁵.

Não à toa, o art. 29, do CDC, equiparou aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas, o que é definido como a figura do consumidor potencial e abstrato. Com efeito, para fins de remessa de *SPAM* por intermédio do *WhatsApp*, podemos categorizar como consumidor mesmo aquele que esteja afastado do consumo, mas, porventura, venha a receber tal conteúdo ou mesmo aquele que tenha conhecimento de empresa que adotam tal prática abusiva e

²⁰¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 256.

²⁰² BENJAMIN, Antônio Herman V. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 259.

²⁰³ FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2001. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09 nov. 2021.

²⁰⁴ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p.137.

pretenda denunciar aos órgãos competentes. Logo, não há necessidade direta de contratação de um produto ou serviço a fim de categorizar-se enquanto consumidor²⁰⁶.

Ademais, destaca-se que Arthur Basan, ao mencionar os dispostos nos arts. 36, 37 e 38, que regulam a publicidade no CDC, afirma que o art. 36 trata dos princípios que qualificam a publicidade como lícita, enquanto o art. 37 se ocupa da publicidade enganosa e abusiva e, por último, o art. 38 trata o ônus da prova de veracidade do conteúdo publicitário ²⁰⁷. Conforme o autor, entre os artigos mencionados, destaca-se o art. 36, que trata da eminência do princípio da identificação comumente ignorado pelos remetentes de conteúdo publicitário não autorizado²⁰⁸.

Nesse sentido, existem situações em que a publicidade é mascarada, especialmente por meio da sedução, o que não necessariamente configura uma prática desleal, exceto quando há o evidente objetivo de comprometer a própria capacidade decisória do receptor²⁰⁹. É importante enfatizar que as espécies de publicidade ilícitas em si não são o recorte desta monografia. Portanto, ainda que um anúncio publicitário possua o seu conteúdo em correspondência aos ditames do CDC, o que se avalia é se houve o consentimento para a remessa deste anúncio.

No entanto, para fins de contextualização, será feito um breve apanhado das espécies publicitárias ilícitas, destacando-se: a dissimulada, a clandestina e a subliminar. Sendo assim, a publicidade dissimulada ocorre quando são feitas postagens financiadas por uma determinada marca a fim de promover um produto. Já a publicidade clandestina ocorre quando o consumidor não há ciência de que a associação do produto/serviço ao discurso é intencional. Por último, no que tange a publicidade subliminar, esta é capaz de provocar reações a percepção dos consumidores sem que ele tenha consciência²¹⁰.

Nesse sentido, resta-se evidenciado que a função do ordenamento jurídico ao regular a publicidade é estabelecer parâmetros mínimos de conduta. Assim, a

²⁰⁶ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p.134.

²⁰⁷ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p.137.

²⁰⁸ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p.138.

²⁰⁹ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p.139.

²¹⁰ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p.139-140.

publicidade e a defesa do consumidor subsistem de forma simbiótica em relação ao mercado, já que ambas dependem dele. Logo, ao se defender a aplicação do CDC, conseqüentemente também está se defendendo a própria sobrevivência da publicidade, ao evitar, por exemplo, situações de concorrência desleal que causam riscos ao próprio funcionamento do mercado de consumo ao comprometer o competitivo entre os fornecedores²¹¹.

5.1 DIREITOS E PRINCÍPIOS BÁSICOS APLICÁVEIS AO PROBLEMA EM APREÇO.

Ao tratarmos da remessa de *SPAM* através do *WhatsApp* para a oferta de produtos e/ou serviços, não é possível desviar dos princípios de direitos básicos que tornam a problemática complexa sob a perspectiva da proteção aos consumidores. Afinal, conforme aponta Bruno Bioni²¹², é frequente que os usuários da *Internet* se subvertam em consumidores. Nesse sentido, é fundamental relacionar os princípios que regem as relações de consumo as novas situações apresentadas pela era digital, no que se refere a proteção e tratamento de dados, tuteladas pela LGPD.

Portanto, segundo Bruno Miragem²¹³ o regime previsto pela LGPD não exclui aquele definido pelo CDC, mas sim, o incrementa. Prova disso, é que o art. 64 da LGPD dispõe que os direitos e princípios expressos nesta lei não excluem a aplicação das demais leis de forma complementar ou subsidiária. Sobre o tema, Patrícia Peck²¹⁴ defende a importância de a LGPD ser aplicada de forma especial no tocante a proteção de dados, não excluindo as demais leis, sejam nacionais ou internacionais, que devem ser interpretadas de maneira harmônica e integradora.

²¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.p. 262-263.

²¹² BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 142. *E-book*.

²¹³ MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 108, n. 1009, p. 1-35, nov. 2019. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021. p. 04.

²¹⁴ PECK, Patrícia Pinheiro. *Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018*. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 170.

Assim, Bruno Miragem²¹⁵ sustenta que o tratamento de dados realizados para fins de estímulos em atividades econômicas do fornecedor no mercado de consumo, ainda que de forma indireta, submete-se à incidência, em comum, do CDC e da LGPD. Além disso, no caso específico da utilização do *WhatsApp*, por ser uma ferramenta que depende da *internet* para sua operação, caberá a incidência do Marco Civil da internet, conforme já fora demonstrado nos capítulos anteriores. Portanto, a partir de agora iremos adentrar em aspectos específicos da proteção consumerista.

De certo, para Laura Schertel Mendes²¹⁶, a primeira lei que tratou da proteção de dados pessoais de forma moderna foi o CDC. Além disso, de acordo com a autora, o art. 43 do referido diploma legal autoriza os bancos de dados e cadastros de consumidores desde que atendidos a determinados preceitos. No mesmo sentido, o doutrinador Bruno Miragem²¹⁷ dispõe sobre a observância de direitos frente à inclusão de informações em bancos de dados e cadastros de fornecedores, que seriam: o direito à comunicação, o direito de acesso à informação, o direito à correção/retificação da informação e o direito à exclusão da informação.

No que se refere à comunicação, o supramencionado autor defende que a inclusão de consumidores em bancos de dados não depende do seu consentimento prévio. Portanto, demonstra-se uma clara distinção em relação aos cadastros de fornecedores, uma vez que, em sua origem, estes dependem de anuência do titular dos dados. Todavia, o autor ressalta que o art. 43, §2º, do CDC, estabelece que a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, ainda que não tenha sido solicitada por ele, o que revela expressamente um direito à comunicação do consumidor²¹⁸.

A jurisprudência, em decisões recentes, tem pacificado o entendimento de que, ainda que a inclusão de consumidores em bancos de dados não dependa do seu consentimento, o compartilhamento dessas informações necessita de aviso prévio ao

²¹⁵ MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 108, n. 1009, p. 1-35, nov. 2019. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2021. p. 04.

²¹⁶ MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 2792-2826. *E-book*.

²¹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*: Fundamentos do direito consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. Prefácio: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008. p. 207-211

²¹⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*: Fundamentos do direito consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. Prefácio: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008. p. 207.

titular dos dados, isto é, bancos de dados que compartilham informações de consumidores devem informá-los previamente acerca da utilização desses dados, sujeitos à condenação em indenização por danos morais, em caso de violações.

No julgamento do REsp nº 1758799 / MG (2017/0006521-9), a Terceira Turma do STJ decidiu que o fato de as informações serem fornecidas pelo consumidor seja no ato de uma compra, através de *downloads*, ou até mesmo divulgadas em redes sociais, não dispensa a responsabilidade do gestor do banco de dados de previamente comunicar o seu compartilhamento²¹⁹. Ademais, foi pacificado o entendimento de que, nesses casos, o dano moral é presumido, sendo desnecessário ao consumidor comprovar prejuízo, visto que há clara violação ao dever de comunicar.

Ao tratar do direito de acesso à informação, têm-se que há assento constitucional para este direito, posto que o art. 5º, XIV e LXXII, da CRFB/88, garantem ao consumidor o acesso às informações referentes a si em qualquer banco público ou de entidades do governo. Tal disposição também foi reiterado pela norma consumerista em seu art. 43, §3º. Ademais, o CDC, visando assegurar uma ampla proteção dos direitos dos consumidores, estabeleceu, nos termos do art. 43, §4º, que os bancos de dados que prestam serviços a terceiros, assim como os próprios cadastros internos das empresas, têm caráter público²²⁰.

Nesse sentido, independentemente do tipo do banco de dados ou cadastro interno de empresas, o consumidor terá direito de acesso ao conteúdo de tais registros. Ainda, a recusa do agente responsável pelo cadastro, banco de dados, fichas e registros, poderá inclusive ensejar em sanção conforme o art. 72 do CDC. Portanto, resta clara a preocupação do legislador em conferir ao consumidor um certo controle sobre as suas informações de caráter pessoal. Tal controle se materializa através do direito à correção/retificação da informação e o direito à exclusão da informação²²¹.

Na concepção de Bruno Miragem, o direito à correção da informação consiste em assegurar que essas informações arquivadas sobre o consumidor correspondam

²¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1758799/MG*. DIREITO CIVIL, Responsabilidade Civil, Indenização por Dano Moral. Oferta e Publicidade. Recorrente: PROCOB S/A. Recorrido: José Galvão da Silva. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 19 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa>. Acesso em: 19 set. 2021.

²²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 425.

²²¹ CINTRA, Antonio Carlos Fontes. *Direito do consumidor teoria aprofundada e mais 80 questões*. Niterói: Editora Impetus. 2011. p. 153.

à verdade. Assim, o autor dispõe que está atrelado a esse direito um dever de clareza e objetividade das informações, como preceitua o art. 43, §1º, do CDC. Em consequência disso, defende-se que à essas informações contidas em registros ou banco de dados não podem caber margens para interpretações subjetivas ou indução para conclusões além das que objetivamente se demonstram²²².

Ademais, insta salientar que o direito à retificação da informação está consagrado no art. 43, §3º, do CDC. De acordo com o dispositivo legal, o consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção. Assim, à luz do referido dispositivo, quando caracterizada a necessidade de retificação de algum dado, não poderá o consumidor ser submetido a qualquer situação constrangedora, bem como a correção não poderá ser condicionada ao pagamento de taxas ou valores a qualquer título²²³.

O direito do consumidor à exclusão do registro do banco de dados se dá em duas situações: quando o cadastro é feito sem motivação ou sem a sua anuência; ou, lado outro, quando tenha mantido o prazo legal para a manutenção do registro. Em qualquer situação, o titular dos dados poderá, mediante requerimento ou ação judicial (em caso de negativa), exigir a imediata exclusão ou cancelamento do seu registro²²⁴. Destaca-se que apenas após a edição do Marco Civil da Internet é que as regras gerais sobre a proteção de dados foram definidas²²⁵.

Além de todo o exposto, cabe examinar os princípios básicos do direito do consumidor aplicáveis ao problema em apreço. Conforme Cavalieri Filho²²⁶, regras e princípios desempenham papéis distintos dentro do ordenamento jurídico. Enquanto as regras são proposições normativas, os princípios funcionam como as colunas de sustentação de todo o sistema jurídico. Outrossim, o autor destaca que os princípios

²²² MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. Fundamentos do direito consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. Prefácio: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008. p. 209-210.

²²³ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. Fundamentos do direito consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. Prefácio: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008. p. 209-210.

²²⁴ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. Fundamentos do direito consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. Prefácio: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008. p. 211.

²²⁵ MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 108, n. 1009, p. 1-35, nov. 2019. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021. p. 04.

²²⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa do Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. p. 34-35.

também desempenham o papel de condicionar a atividade do intérprete, funcionando como um fio condutor. Assim, um sistema jurídico composto apenas por regras não permite o cumprimento da sua finalidade junto ao tecido social.

Nesta senda, o princípio da boa-fé, presente no art. 4º, III, do CDC, é fonte de deveres, tal como o dever de informar²²⁷. Nas relações de consumo, assim como é o caso da remessa de conteúdo publicitário, a noção de consentimento informado firma-se em termos amplos não apenas pela necessidade de um dever de repassar informações àquele que deve manifestar seu consentimento, mas um autêntico dever de tornar claro, de modo a reconhecer o dever daquele a quem compete informar de tornar estas informações compreensíveis para o destinatário²²⁸.

Sendo assim, o controlador dos dados deveria ser obrigado a deixar transparente para o consumidor quais seriam as finalidades determinadas para a utilização dos seus dados. Isso tornariam nulas as cláusulas genéricas, comumente dispostas em contratos de adesão utilizados para o consumo de produtos e/ou serviços na *internet* supostamente gratuitos, mas que se utilizam da venda e compartilhamento de dados pessoais para a sua remuneração indireta²²⁹. Com efeito, a boa-fé se expressa como um cinto de segurança da ordem jurídica sem o qual não se pode ir sem incorrer em ilicitude²³⁰.

O art. 4º, *caput*, do CDC assegura a transparência e harmonia das relações de consumo. De acordo com Cavalieri Filho, a principal consequência do princípio da transparência é, de um lado, a incumbência de informar do fornecedor e, por outro, o direito à informação do consumidor²³¹. Nesse sentido, a baliza jurídica do dever-direito de informação é, portanto, crucial para se garantir eficiência ao discurso normativo da autodeterminação informacional, pois o contrário disso seria a adjectivação artificial do consentimento como informado²³².

²²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa do Direito do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. p. 41.

²²⁸ MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 108, n. 1009, p. 1-35, nov. 2019. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021. p. 18.

²²⁹ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego*, 2021. Indaiatuba: Editora Foco. p. 149.

²³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa do Direito do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. p. 44.

²³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa do Direito do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. p. 45.

²³² BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 98. *E-book*.

Por derradeiro, merece destaque o princípio da vulnerabilidade do consumidor. Cavalieri Filho²³³ endossa o entendimento de que o princípio da vulnerabilidade, assegurado no art. 4º, I, do CDC, é a espinha dorsal da proteção do consumidor. Portanto, trata-se de peça fundamental para o devido cumprimento de tal direito na medida em que a vulnerabilidade é um estado da pessoa, uma condição permanente ou temporária que fragiliza o consumidor frente ao fornecedor. Logo, dada a importância do estudo deste princípio, será dedicado a ele um exame mais minucioso no próximo subcapítulo desta monografia.

5.2 O APROVEITAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO AMBIENTE VIRTUAL PARA A REMESSA DAS PUBLICIDADES ON-LINE.

Ao consultar-se o dicionário em busca de um conceito para o termo “vulnerabilidade”, encontra-se as seguintes definições: qualidade ou estado do que é vulnerável; suscetibilidade de ser ferido ou atingido por uma doença; característica de algo que é sujeito a críticas por apresentar falhas ou incoerências; fragilidade²³⁴. Assim, o reconhecimento da fragilidade do consumidor frente ao fornecedor, neste caso também o controlador dos dados pessoais, fundamenta a existência de regras de proteção ao elo mais fraco da relação consumerista²³⁵, a fim de viabilizar o desenvolvimento econômico e tecnológico²³⁶.

Nesse sentido, cumpre destacar as diferenças entre vulnerabilidade e hipossuficiência. De acordo com Cavalieri Filho²³⁷, a hipossuficiência é uma condição individual de agravamento da vulnerabilidade, isto é, o consumidor está em condição de carência cultural e/ou material. Ademais, o conceito de hipossuficiência normalmente está associado a aspectos processuais. Portanto, essa noção aparece

²³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48-49.

²³⁴ VULNERABILIDADE. 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/vulnerabilidade/>. Acesso em: 19 nov. 2021.

²³⁵ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. Fundamentos do direito consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. Prefácio: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008. p. 62.

²³⁶ FILOMENO, Jose Geraldo Brito. *Curso Fundamental de Direito do Consumidor*. 2014. São Paulo: Editor Atlas. p. 03.

²³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa do Direito do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014. p. 49.

como critério para decisão sobre possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Sendo assim, um consumidor, ainda que vulnerável, não será automaticamente hipossuficiente, podendo inclusive arcar com as custas processuais.

Por essa razão, a presente pesquisa não se ocupará do estudo da hipossuficiência, prevista no art. 6º, VIII, do CDC, mas tão somente da vulnerabilidade intrínseca ao consumidor, destacando, mais uma vez, que estas não se confundem. Dito isto, é preciso reconhecer que a presunção absoluta de vulnerabilidade a todos os consumidores não significa que eles serão igualmente vulneráveis perante o fornecedor²³⁸. Dessa maneira, Claudia Lima Marques distinguiu a vulnerabilidade em quatro grandes espécies: técnica, jurídica, fática e informacional²³⁹.

A vulnerabilidade técnica do consumidor está relacionada a falta de informações especializadas sobre o produto ou serviço, desconhecimento da técnica empregada, das características do produto e as demais circunstâncias que possam ocasionar equívocos e conseqüente prejuízo. Neste trilhar, em tese, o fornecedor tem conhecimentos aprofundados sobre o produto ou serviço oferecido. Logo, a evidente falta de conhecimentos por parte do consumidor determina a sua fragilidade frente a *expertise* do fornecedor²⁴⁰.

É de se destacar que o processo de tratamento de dados requer conhecimentos específicos e, por vezes, complexos. Portanto, Bruno Bioni, enfatiza a posição de vulnerabilidade dos cidadãos, no caso, em especial, dos consumidores, em exercer o controle de seus dados pessoais, o que perpassa desde uma assimetria informacional até a própria estruturação dos modelos de negócio que se divorciam das expectativas de privacidade dos usuários e enfrentam constantes inovações. Logo, ainda que os consumidores se capacitem para o controle de seus dados pessoais, o próprio mercado acaba por criar tecnologias para neutralizá-lo²⁴¹.

²³⁸ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. Fundamentos do direito consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. Prefácio: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008. p. 62.

²³⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 320.

²⁴⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 320.

²⁴¹ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 217. *E-book*.

No que se refere à vulnerabilidade jurídica, Bruno Miragem²⁴² leciona que esta se dá na hipótese de falta de conhecimento, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo. Sob o aspecto da remessa de conteúdo publicitário *on-line*, verifica-se que há um desestímulo natural do consumidor em ajuizar, individualmente, demandas específicas sobre o tema. Isso se releva, em parte, pelo custo do processo judicial, bem como pela falta de consciência das lesões provocadas através da violação de dados pessoais, tendo em vista que, no primeiro momento, esse tipo de ação não gera um impacto econômico direto ao consumidor.

Já a vulnerabilidade fática é espécie extensa que abrange, de forma genérica, diversas situações tangíveis de reconhecimento da fragilidade do consumidor. Para fins deste estudo, é importante ressaltar a disparidade econômica entre consumidor e fornecedor (leia-se: controlador de dados). Ocorre que, geralmente, as empresas que mantêm bancos de dados ou mesmo aquelas agências de publicidade que compram informações desses bancos dispõem de um enorme aparato financeiro. Ademais, a fraqueza do consumidor também é identificada nas situações em que a remessa de SPAM é realizada pelo próprio fornecedor através de cadastros internos²⁴³.

Outrossim, a vulnerabilidade fática também pode ser decorrente de um monopólio, do caráter essencial de um serviço oferecido ou mesmo da necessidade do indivíduo de acessar ao mercado de consumo. Por essa razão, para o bom funcionamento de sua vida e rotina, não há outras opções para o consumidor além da disponibilização dos dados, como o número de telefone, para fins de aquisição de produto e/ou serviço. Essa vulnerabilidade tem como o ponto de concentração o outro parceiro contratual e a ideia de superioridade econômica daquele que fornece em vista daquele que consome²⁴⁴.

Shoshana Zuboff²⁴⁵ dispõe que uma das características dos modelos de negócio na atualidade, pautado pelo capitalismo de vigilância, é o fato dos que

²⁴² MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. Fundamentos do direito consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. Prefácio: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008. p. 63

²⁴³ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. Fundamentos do direito consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. Prefácio: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008. p. 63.

²⁴⁴ LIMA, Sthéfanni Machado de. Vulnerabilidade e Hipossuficiência na sistemática do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do CAAP*. v. 2. n. 17. p. 241-259. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/299-Texto%20do%20artigo-587-1-10-20130916.pdf>. Acesso em: 19 de nov. 2021.

²⁴⁵ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Trad. George Schlesinger. 1.ed. Rio de Janeiro. Edição digital, 2021. p. 26. *E-book*.

gerenciam este negócio saberem tudo sobre nós, ao passo que suas operações são pensadas para não serem conhecidas por nós. Nesse sentido, destaca-se a concentração de poder nas mãos dos fornecedores que, sob controle dos dados pessoais, são capazes de criar projeções sobre os consumidores a fim de encaminhar produtos e serviços de forma personalizada e incessante, gerando questionamentos acerca dos impactos psíquicos a estes consumidores.

Sob essa perspectiva, não há óbices ao entendimento de que o assédio de consumo através da remessa publicitária *on-line* é capaz de afetar o consumidor que, antes de tudo, é um ser humano, com inúmeras fragilidades emocionais inerentes ao próprio ser. Assim, Fernando Martins²⁴⁶ aponta que a *internet* não é apenas um ambiente social inovador, mas também é um novo espaço para a promoção de danos às pessoas, pois, conforme amplamente demonstrado, este espaço, além de causar a dependência dos seus usuários, pode mitigar o seu sossego, implicando em transtornos como a ansiedade e a depressão.

No mesmo sentido, Shoshana Zuboff²⁴⁷ versa que o aproveitamento da vulnerabilidade dos usuários da *internet* para a captação de seus dados é apenas uma das estratégias do mercado, disfarçando-se através de uma imagem emancipadora, com a proposta de facilitar a vida dos indivíduos enquanto, em realidade, se aproveita das suas ansiedades e medos para expandir o seu capital. Sobre essa questão, Arthur Basan²⁴⁸ defende que uma das nuances da tecnologia empregada ao mercado de consumo é alterar mais do que o comportamento das pessoas, atingindo também a própria condição humana.

Destarte, quanto maior a quantidade de tempo dedicado aos aparelhos eletrônicos que se utilizam do aparato da *internet*, especialmente os *smartphones*, maiores são os danos ocasionados a capacidade cognitiva humana. No ambiente digital, as estratégias de persuasão que induzem a compra têm apelo afetivo. Por se tratar de uma publicidade direcionada, ela também provoca no consumidor o

²⁴⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Direito privado e policontextualidade: fontes, fundamentos e emancipação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 425.

²⁴⁷ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Trad. George Schlesinger. 1.ed. Rio de Janeiro. Edição digital, 2021. p.25-28. *E-book*.

²⁴⁸ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego*. 2021. Indaiatuba: Editora Foco. p. 170.

sentimento de identificação pessoal com os valores da marca. Dessa forma, o consumidor passa a agir através de atalhos mentais²⁴⁹.

Diante disso, as inovações tecnológicas das ferramentas de comunicação proporcionam que as práticas publicitárias tenham efeito parecido as doses de SOMA²⁵⁰ descritas por Aldous Huxley no célebre romance “Admirável Mundo Novo”, apresentando-se como a fórmula para a felicidade. Logo, o ímpeto consumista é estimulado pela prática incessante da oferta publicitária, de modo que a própria autoestima é associada ao ato de comprar coisas e a falta dessas coisas tem por consequências sentimento de frustração e tristeza. Tais sentimentos, geralmente, são um caminho subconsciente decorrente da vulnerabilidade, resultando em um consumismo exacerbado²⁵¹.

Assim, a vulnerabilidade do consumidor se torna ainda mais latente no ambiente virtual, especialmente do ponto de vista da vulnerabilidade informacional. Quanto especificamente a remessa de SPAM, afirma-se que este fenômeno, evidentemente, causa danos ao consumidor que, além de enfrentar toda a problemática já apresentada ao decorrer deste capítulo, ainda será obrigado a gastar tempo e dinheiro em atividades como apagar as mensagens indesejáveis e adquirir ferramentas ANTI-SPAM²⁵².

Diante disso, Arthur Basan²⁵³ defende que a prática de remessa de conteúdo publicitário indesejado se configura em assédio de consumo, principalmente por explorar a condição de vulnerabilidade do consumidor. Ademais, o autor afirma que a fluidez da economia de mercado pressupõe que os consumidores estejam devidamente informados. Logo, é necessário o entendimento de que o assédio de consumo se qualifica como um dano. Por isso, faz-se mister tutelar o direito do consumidor a não ser importunado por esse tipo de mensagens publicitárias.

²⁴⁹ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego* 2021. Indaiatuba: Editora Foco. p. 171-173.

²⁵⁰ O SOMA é a droga que os personagens do livro Admirável Mundo Novo de Aldous Huxley utilizavam a fim de que eles estivessem sempre felizes. Recomenda-se a leitura: HUXLEY, Adouls. *Admirável mundo novo*. 22 ed. São Paulo: Globo, 2014.

²⁵¹ CARVALHO, Diógenes Faria de. *Consumo e super(endividamento): vulnerabilidade e escolhas intertemporais*. Goiânia: Espaço acadêmico, 2017. p. 29.

²⁵² BENJAMIN, Antônio Herman V. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 356.

²⁵³ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego*. 2021. Indaiatuba: Editora Foco. p. 178-184.

De certo, assim como entendem Bruno Bioni e Maria Luciano, não há uma equação exata para solucionar este problema²⁵⁴. No entanto, também não restam óbices ao entendimento de que há a necessidade da atuação do Direito a fim de coibir tais condutas abusivas por parte dos fornecedores. Desse modo, o próximo capítulo deste estudo se ocupará de discutir a importância da participação dos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) na tutela dos direitos de personalidade do consumidor.

5.3 A NECESSÁRIA ATUAÇÃO DOS INTEGRANTES DO SISTEMA NACIONAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR (SNDC).

De acordo com Leonardo Bessa²⁵⁵, o CDC fez muito além de estipular normas em favor do consumidor, tendo criado uma verdadeira rede integrada de proteção: o Sistema Nacional de Proteção ao consumidor (SNDC). A proposta do legislador era proporcionar a articulação entre entidades públicas e privadas, que defendem os interesses dos consumidores, bem como definir as suas atribuições. Por essa razão, para compreender o funcionamento do SNDC, não basta analisar o título IV do CDC que trata especificamente do Sistema, mas deve-se igualmente analisar os demais dispositivos espalhados no diploma legal.

A propósito, o art. 4^a do CDC estabelece que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por finalidade o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a tutela de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo²⁵⁶. Portanto, resta incontestável a importância da atuação do SNDC na tutela dos direitos dos consumidores frente a remessa de *SPAM* por intermédio do WhatsApp.

Nessa linha, considerando a complexidade do problema em apreço, é relevante observar que, ainda que o SNDC seja composto por diversos órgãos e entidades,

²⁵⁴ BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O Consentimento como processo: em busca do conhecimento válido. *In: DONEDA, Danilo, et al. Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 155.

²⁵⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema nacional de defesa do consumidor. *In: BENJAMIN, Antônio Herman V., et al. Manual de Direito do Consumidor*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 443.

²⁵⁶ BRASIL. *Lei nº. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

conforme dispõe o art. 105 do CDC²⁵⁷, a atuação simultânea destes é de fundamental importância, tendo em vista os interesses em pauta. Afinal, a necessidade da adoção de medidas que privilegiem não apenas o dever-direito de informação, mas também a declaração de vontade do consumidor em relação ao recebimento de conteúdo publicitário, é medida que se impõe a fim de coibir práticas abusivas²⁵⁸.

De plano, destaca-se que, por diversas vezes, o consumidor é desestimulado a buscar os seus direitos através das demandas judiciais, em razão do custo de um processo judicial que requer, além de recursos financeiros, tempo e desgaste emocional. Além do mais, é preciso reiterar que, à primeira vista, a remessa não autorizada de conteúdo publicitário, por não gerar um prejuízo financeiro direto, pode parecer um mero aborrecimento. No entanto, ao considerar-se as implicações decorrentes dessa prática sob os aspectos referentes aos direitos de personalidade e da privacidade, verifica-se a gravidade da situação.

Sob esse aspecto, Arthur Basan²⁵⁹ dispõe que, ao contrário do dano patrimonial que pode ser dimensionado por critérios matemáticos, capaz de demonstrar a repercussão econômica das lesões, os danos extrapatrimoniais se demonstram de forma subjetiva. Com base nisso, em geral, os critérios que avaliam tais danos são as consequências do evento danoso, tais como a angústia, a humilhação e outros fatores que denotam o estado emocional e/ou psicológico da vítima. No entanto, no que se refere a remessa de *SPAM*, tais critérios são de complexa aferição, o que costuma acarretar decisões judiciais improcedentes.

Nessa perspectiva, tem relevância a atuação dos integrantes do SNDC legitimados para a propositura de ação civil pública, haja vista a carência jurisprudencial de decisões que abarquem as questões referentes a remessa de conteúdo publicitário não autorizado, especificamente no âmbito do *WhatsApp*, por se tratar de um advento relativamente recente, bem como a efetiva condenação dos transgressores a títulos dos danos ocasionados em decorrência da conduta abusiva, conforme foi demonstrado no segundo capítulo desta monografia.

²⁵⁷ BRASIL. *Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

²⁵⁸ BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O Consentimento como processo: em busca do conhecimento válido. In: DONEDA, Danilo, et al. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.155.

²⁵⁹ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego*. 2021. Indaiatuba: Editora Foco. p. 182.

Ademais, cumpre destacar o que leciona Joseane Suzart²⁶⁰ ao afirmar que a LGPD, ao privilegiar a autodeterminação, que seja, o consentimento do indivíduo no que tange ao tratamento dos dados pessoais, também trouxe disposições acerca das sanções para as hipóteses do seu descumprimento. Portanto, além das implicações de ordem financeira, estariam previstas advertências, como o bloqueio do acesso aos dados, a publicização do ato transgressor, a suspensão do funcionamento do banco de dados, entre outras penalidades impostas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD), órgão responsável por zelar pelo cumprimento da LGPD.

Por essa razão, a supramencionada autora chama a atenção para o disposto no art. 55-K que determina a articulação entre a ANPD e o SNDC para uma efetiva proteção dos dados pessoais dos consumidores. Nessa esteira, faz se mister, uma atuação coesa e coordenada que promova a Política Nacional de Proteção ao Consumidor através do reconhecimento de que as relações no ambiente digital fazem parte da vida destes sujeitos e que, portanto, é inegável a relação entre o CDC e a LGPD²⁶¹.

Com efeito, em privilégio a autodeterminação informativa, não se pode perder de vista o que explica Shoshana Zuboff²⁶² ao inferir que, nos moldes do mercado atual, os dados são, em verdade, extraídos dos titulares. No caso dos consumidores, normalmente se verifica um evidente aproveitamento de todos os aspectos da sua vulnerabilidade. Portanto, mais uma vez se comprova a necessidade de interação entre a norma consumerista e os diplomas que regulam o tratamento dos dados e as relações no âmbito da internet.

Por certo, é papel do SNDC, através dos seus integrantes, coibir a ideia nociva de que práticas virtuais dentro da lógica de livre mercado possam prevalecer em detrimento a liberdade e a privacidade dos indivíduos. Nesse sentido, Arthur Basan defende que, além de desempenhar o papel punitivo, o Direito deve assumir uma postura preventiva, desestimulando comportamentos antijurídicos e atividades que

²⁶⁰ SILVA, Joseane Suzart Lopes. Dados Pessoais dos Consumidores devem ser protegidos com base na Lei 13.709/18. *Revista Consultor Jurídico*. 04 de mar. de 2019. Seção Direito Civil Atual. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-04/direito-civil-atual-dados-consumidores-protetidos-lei-1370918>. Acesso em: 20 de nov. de 2021.

²⁶¹ SILVA, Joseane Suzart Lopes. Dados Pessoais dos Consumidores devem ser protegidos com base na Lei 13.709/18. *Revista Consultor Jurídico*. 04 de mar. de 2019. Seção Direito Civil Atual. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-04/direito-civil-atual-dados-consumidores-protetidos-lei-1370918>. Acesso em: 20 de nov. de 2021.

²⁶² ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Trad. George Schlesinger. 1.ed. Rio de Janeiro. Edição digital, 2021. p.156. *E-book*.

imponham riscos ou ameaças desnecessárias ao indivíduo, bem como aos valores consagrados pela CRFB/88²⁶³.

Na mesma direção, Patrícia Peck dispõe que à implementação de leis não tem valia se não houver a capacitação e educação. Sob esse aspecto, ressalta-se o papel da ANPD em atuar de forma proativa junto à sociedade e às instituições, como aquelas que compõem o SNDC, a fim de viabilizar a implementação de novas posturas por parte dos fornecedores que proporcionem o crescimento econômico sem sacrificar a autonomia e o livre desenvolvimento da personalidade²⁶⁴. Afinal, estes são desdobramentos do assédio de consumo²⁶⁵.

Em consonância a esses entendimentos, Joseane Suzart²⁶⁶ aponta que os membros do SNDC têm um papel pedagógico de fundamental importância, a partir da realização de eventos e palestras, elaboração de cartilhas e demais providências capazes de cumprir a função de informar ao consumidor como serão processadas as suas informações pessoais e orientá-lo quanto as medidas cabíveis nos casos de abusividades. Nesta senda, destaca-se a atuação dos PROCONs, que, em alguns estados, utilizam a lista de bloqueio para impedir a remessa de *SPAM* no *WhatsApp*. No entanto, conforme fora demonstrado, esse serviço precisa de aprimoramentos.

Ademais, não se pode perder de vista a atuação desses órgãos no que tange a promoção de eventos sobre o tema central da LGPD nas relações de consumo, bem como na facilitação da resolução de conflitos pela via extrajudicial. Ressalta-se também a atuação da SENACON, através da implementação do sítio eletrônico Consumidor.gov.br²⁶⁷, mencionado no segundo capítulo desta monografia, que além de buscar a resolução dos problemas através da comunicação direta entre consumidor e fornecedor, serve como um mecanismo para publicizar experiências abusivas e alertar outros consumidores.

²⁶³ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego*. 2021. Indaiatuba: Editora Foco. p. 188-189.

²⁶⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários a lei n. 13.709/2018 (LGPD)*. 3 ed. 2021. São Paulo: Editora Saraiva Educação. p.29.

²⁶⁵ BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego*. 2021. Indaiatuba: Editora Foco. p. 192.

²⁶⁶ SILVA, Joseane Suzart Lopes. Dados Pessoais dos Consumidores devem ser protegidos com base na Lei 13.709/18. *Revista Consultor Jurídico*. 04 de mar. de 2019. Seção Direito Civil Atual. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-04/direito-civil-atual-dados-consumidores-protetidos-lei-1370918>. Acesso em: 20 de nov. de 2021.

²⁶⁷ CONSUMIDOR.GOV. 2021. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/>. Acesso em: 19 nov. 2021.

Portanto, resta claro o necessário diálogo entre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais e os integrantes da Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor. Assim, cria-se um sistema de cooperação capaz de tutelar os direitos dos consumidores do âmbito da proteção de dados, especialmente no ambiente *on-line*. Recentemente, por exemplo, a ANPD e a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública do estado de São Paulo, construíram, em parceria, um guia informativo com linguagem bastante acessível e distribuído na *internet* cujo objetivo é elucidar os temas de maior relevância e conscientizar a sociedade²⁶⁸.

Nesse sentido, depreende-se que, apesar das relações de consumo no ciberespaço estarem sob a tutela do CDC, não significa afirmar que isto seja suficiente²⁶⁹. Com efeito, a remessa de *SPAM* através do *WhatsApp* é uma dessas situações em que se exige a articulação com outros diplomas legais. Por essa razão, conforme amplamente demonstrado, também se faz necessária uma atuação coesa entre os responsáveis pela tutela consumerista e a autoridade responsável pela proteção dos dados.

²⁶⁸ AUTORIDADE Nacional de Proteção de Dados e Secretaria Nacional do Consumidor lançam guia “como proteger seus dados pessoais”. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-e-secretaria-nacional-do-consumidor-lancam-201ccomo-proteger-seus-dados-pessoais201d>. Acesso em: 22 nov. 2021.

²⁶⁹ LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 410.

6 CONCLUSÃO

1 - Desenvolvido o presente trabalho de conclusão de curso, estruturado em quatro capítulos, conforme exposto na introdução, constatou-se que as transgressões dos direitos de personalidade dos consumidores em face da remessa de *SPAM* por intermédio do *WhatsApp*, considerando que esses indivíduos são presumidamente mais frágeis pelos princípios que regem a norma consumerista, são lesionados no cerne da sua autodeterminação ao receber conteúdo publicitário não autorizado ou, ainda, sendo obrigados a disponibilizar os seus dados a fim de acessar o mercado de consumo.

2 – Conforme demonstrado, após pesquisas em sítios eletrônicos e análise dos dados provenientes da aplicação de formulários, constatou-se que a maioria dos respondentes considera tal prática abusiva e reconhece que a remessa das mensagens se deu após o registro junto ao fornecedor para a aquisição de um produto e/ou serviço.

3 - Constatou-se também que uma parcela significativa reconhece como um abuso a sua privacidade a utilização de dados pessoais para fins de remessa não autorizada de conteúdo publicitário através do *WhatsApp*. Portanto, fez-se necessário uma visitação a conceitos consagrados pelo ordenamento jurídico como a privacidade, a autodeterminação e a vulnerabilidade do consumidor.

4 - Verificou-se a existência de dispositivos estabelecidos pelo CDC, assim como pela LGPD, que são suficientes para salvaguardar o titular dos dados, apesar do registro de ações individuais acerca deste tema ser baixo e, em regra, com decisões que não contemplam o *SPAM*, por si só, como prática capaz de ensejar em danos.

5 – Apurou-se que não se constitui necessária uma alteração legislativa, considerando que existem dispositivos capazes de tutelar os direitos violados. Nesta senda, aponta-se que o problema reside na falta de efetividade da proteção prevista. Portanto, faz-se necessária a atuação do SNDC e, considerando o contexto da proteção de dados, da ANPD, necessariamente atuando em conjunto.

6 - O primeiro passo para o enfrentamento da remessa de *SPAM* é justamente o reconhecimento da sua abusividade. Portanto, a propositura de ações coletivas que busquem trazer discussões jurisprudenciais acerca da temática faz-se imprescindível,

tendo em vista as dificuldades do consumidor para ingressar com uma ação individual desse tipo.

7 – Ademais, os integrantes do SNDC devem promover ações pedagógicas em privilégio a informação dos consumidores, atuando em uma frente preventiva.

8 – Nesse sentido, destacou-se a atuação do PROCON que promove canais digitais para denúncias e reclamações, bem como oferece eventos que privilegiam a informação.

9 - Conclui-se, portanto, ser fundamental a livre iniciativa e a liberdade publicitária, inclusive para a própria existência de uma tutela consumerista. Todavia, faz-se necessária uma ponderação a fim de que direitos e princípios fundamentais não sejam sacrificados, como é o caso da própria dignidade da pessoa humana e a autonomia dos consumidores.

10 – Como foi dito, demonstra-se inegável o entusiasmo que a tecnologia desperta em toda sociedade. Porém, não se pode tratar pessoas como se algoritmos fossem, tampouco aproveitar-se da sua vulnerabilidade para corromper a sua capacidade decisória.

11 - Propõe-se, por conseguinte, a necessária atuação em conjunto entre os integrantes da SNPC e da ANPD na elaboração de cartilhas educativas, vídeos online, eventos, informando aos consumidores sobre o direito de consentir para o recebimento de publicidade (ou não), bem como para a devida fiscalização das normas que tutelam os consumidores e os seus dados pessoais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Prefácio. In: LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

ALVES, Soraia. *Pesquisa mostra que o WhatsApp e Instagram são os aplicativos mais populares no Brasil*. 2021. Disponível em: [https://www.b9.com.br/151640/whatsapp-instagram-aplicativos-mais-populares-brasil/#:~:text=A%20segunda%20edi%C3%A7%C3%A3o%20do%20Global,e%20da%20Netflix%20\(60%25\)](https://www.b9.com.br/151640/whatsapp-instagram-aplicativos-mais-populares-brasil/#:~:text=A%20segunda%20edi%C3%A7%C3%A3o%20do%20Global,e%20da%20Netflix%20(60%25).). Acesso em: 12 out. 2021.

ANATEL abre consulta pública para endurecer regras contra ligações indevidas; saiba como participar. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2021/03/16/anatel-abre-consulta-publica-para-endurecer-regras-contra-ligacoes-indevidas-saiba-como-participar.ghtml>. Acesso em: 01 out. 2021.

ARAGÃO, Alexandre. *Entenda como funciona o disparo em massa de mensagens no WhatsApp*. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/entenda-como-funciona-o-disparo-em-massa-de-mensagens-no-whatsapp.shtml>. Acesso em: 13 out. 2021.

AUTORIDADE Nacional de Proteção de Dados e Secretaria Nacional do Consumidor lançam guia “como proteger seus dados pessoais”. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-e-secretaria-nacional-do-consumidor-lancam-201ccomo-protetger-seus-dados-pessoais201d>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BASAN, Arthur Pinheiro; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *A tutela do corpo eletrônico como direito básico do Consumidor*, *Revista dos Tribunais*, v. 109, n. 1021, p. 133-168, 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/ewp-m/documents/brazil/pt/pdf/other/rt-1021-a-tutela-do-corpo-eletronico-como-direito-basico-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021.

BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade Digital e Proteção de Dados*. 1.ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

BAUER, H. H. et al. Driving consumer acceptance of mobile marketing: a theoretical framework and empirical study. *Journal of Electronic Commerce Research*, v. 6, n. 3, p. 03, 2005. Disponível em: http://www.jecr.org/sites/default/files/06_3_p02.pdf. Acesso em 14 out. 2021

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman V. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007

_____. Antônio Herman Vasconcellos e. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 9, p. 9, jan./mar. 1994. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8981/O_Contrôle_Jur% c3% addico_da_Pu blicidade.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8981/O_Contrôle_Jur%c3%addico_da_Pu blicidade.pdf). Acesso em: 09 nov. 2021.

BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema nacional de defesa do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V., et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 443.

BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O Consentimento como processo: em busca do conhecimento válido. In: DONEDA, Danilo, et al. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: A Função e os Limites do Consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

_____. Xeque-mate: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil, p. 44-45. Disponível em; http://gomaoficina.com/wpcontent/uploads/2016/07/XEQUE_MATE_INTERATIVO.pdf f Acesso em agosto de 2017

BOTS, ou robôs da Internet, são também conhecidos como spiders, crawlers e bots da Web, geralmente usados para executar tarefas repetitivas, como o disparo massivo de mensagens. [201-?]. Disponível em: <https://br.norton.com/internetsecurity-malware-what-are-bots.html>. Acesso em: 14 out. 2021.

BRASIL está entre os 10 países que mais espalham spam 2019. Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2019/04/10-paises-que-mais-espalham-spam/>. Acesso em: 07 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

_____. *Lei nº. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

_____. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília, DF: ENDC, 2010. (Caderno de Investigações Científicas, v. 2). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-deprotecao-de-dados-pessoais.pdf>. Acesso em: 01 de out. 2021.

_____. *Decreto nº 8.771*, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm. Acesso em: 24 out. 2021.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso: 20 de set. de 2021.

_____. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso: 20 de set. de 2021.

_____. *BRASIL. Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Redação dada pela Lei no 13.853, de 2019. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm.. Acesso em: 23 nov. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial 844.736/DF*. INTERNET. Envio de mensagens eletrônicas. Spam. Possibilidade de recusa por simples deleção. Dano moral não configurado. Recorrente: Gérson Alves de Oliveira Junior. Recorrido: Wb Restaurantes. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, 02 de setembro de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16827894/recurso-especial-esp-844736-df-2006-0094695-7/inteiro-teor-16827895>. Acesso em: 24 de set. de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1758799/MG*. DIREITO CIVIL, Responsabilidade Civil, Indenização por Dano Moral. Oferta e Publicidade. Recorrente: PROCOB S/A. Recorrido: José Galvão da Silva. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 19 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa>. Acesso em: 19 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação: 0023453-93.2016.807.0001*. INTERNET. Direito do Consumidor. Empresa de telefonia. Envio excessivo de mensagens de texto. Dano moral configurado. Apelante: Claro Telecom Participações SA. Apelado: Claudio Junior Santos, 08 de agosto de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/458968683/20160110827207-0023453-9320168070001>. Acesso em: 24 de set. de 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem. *Autos nº: 1028987-25.2020.8.26.0100*. Procedimento Comum Cível - Propriedade Intelectual/Industrial. Requerente: Whatsapp Inc. Requerido: Yacows Desenvolvimento de Software Ltda e outros, 21 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2021/08/docwhats.pdf>. Acesso: 14 out. 2021.

BRIDGER, Darren. *Neuromarketing: como a neurociência aliada ao design pode aumentar o engajamento e a influência sobre os consumidores*. São Paulo: Autêntica business, 2018.

CARVALHO, Diógenes Faria de. *Consumo e super(endividamento): vulnerabilidade e escolhas intertemporais*. Goiânia: Espaço acadêmico. 2017

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Atlas. 2014.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. *Direito do consumidor teoria aprofundada e mais 80 questões*. Niterói: Editora Impetus. 2011.

COMO funcionam os esquemas de campanha de disparo em massa no whats app. 2018. Disponível em: <https://canaltech.com.br/apps/como-funcionam-esquemas-de-campanhas-de-disparos-em-massa-no-whatsapp-125246/>. Acesso em: 13 out. 2021.

COMO usar a lista de transmissão. 2021. Disponível em: https://faq.whatsapp.com/android/chats/how-to-use-broadcast-lists/?lang=pt_br. Acesso em: 15 de set. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSUMIDOR.GOV. 2021. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/relatos/abrir>. Acesso em: 15 set. 2021.

CONSUMIDOR.GOV. 2021. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/>. Acesso em: 19 nov. 2021.

DECLARAÇÃO de Santa Cruz de la Sierra. In: CUMBRE IBEROAMERICANA DE JEFES DE ESTADO E DE GOBIERNO, 13., 2003, Santa Cruz de la Sierra. *Anais [...]*. Santa Cruz de la Sierra: [s. n.], 2003. Disponível em: <https://www.segib.org/wp-content/uploads/DECLARASAO-STA-CRUZ-SIERRA.pdf>. Acesso em: 01 out. 2021.

LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2.ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. p. 270-280.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. v. 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. *E-book*.

_____. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

ERA ligação todo dia”: 50% das reclamações no Procon são contra operadoras. 2021. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/era-ligacao-todo-dia-50-das-reclamacoes-no-procon-sao-contra-operadoras/>. Acesso em: 26 set. 2021.

FACEBOOK finaliza aquisição do Whatsapp por US\$ 22 bilhões. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/10/preco-de-compra-do-whatsapp-pelo-facebook-sobe-us-22-bilhoes.html>. Acesso em: 12 out. 2021.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. 2001. 290 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09 nov. 2021.

FILOMENO, Jose Geraldo Brito. *Curso Fundamental de Direito do Consumidor*. 2014. São Paulo: Editor Atlas.

FONSECA, Pedro. *SMS: a história de uma ideia que mudou a comunicação moderna*. 2007. Disponível em: <https://www.dn.pt/arquivo/2007/sms-a-historia-de-uma-ideia-que-mudou-a-comunicacao-moderna-664175.html>. Acesso em: 22 de out. de 2021 .

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção de dados pessoais. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena. *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2020.

GOMES, Maria Cecília de Oliveira. *Cookie notice: o que é e por que é importante?* 2018. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/institucional/midia-publicidade/>. Acesso em: 24 out. 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HIDALGO, Louise. *O extraordinário motivo que acelerou a invenção dos telefones celulares*. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/curiosidades-52976778>. Acesso em: 08 set. 2021.

HUELSEN, Patrícia. O celular como ferramenta de comunicação. In: LAS CASAS, Alexandre Luzzi (Org.). *Marketing Móvel: tendências e oportunidades no marketing eletrônico*. São Paulo: Saint Paul Editora, 2009. p.173-187.

HUXLEY, Adouls. *Admirável mundo novo*. 22 ed. São Paulo: Globo, 2014.

KAMEDA, Koichi; PAZELLO, Magaly. *E-Saúde e desafios à proteção da privacidade no Brasil*. [201-?]. Disponível: https://nupef.org.br/sites/default/files/downloads/artigo%20politics_esaude%20e%20privacidade.pdf/. Acesso em: 21 out. 2021. p .9.

LIMA, Sthéfanni Machado de. Vulnerabilidade e Hipossuficiência na sistemática do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do CAAP*. v. 2. n. 17. p. 241-259. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/299-Texto%20do%20artigo-587-1-10-20130916.pdf>. Acesso em: 19 de nov. 2021.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. Informática, cyberlaw, e-commerce. In: LUCCA, Newton de; Simão Filho, Adalberto (Coord.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Juliana. *Quem inventou o WhatsApp, veja oito curiosidades sobre a história do app*. 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/listas/2019/01/quem-inventou-o-whatsapp-veja-oito-curiosidades-sobre-a-historia-do-app.ghtml>. Acesso em: 10 out. 2021.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Direito privado e policontextualidade: fontes, fundamentos e emancipação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAZIERO, M. B.; ANTUNES DE OLIVEIRA, L. Nomofobia: uma revisão bibliográfica. *Unoesc & Ciência - ACBS*, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 73–80, 2017. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/acbs/article/view/11980>. Acesso em: 24 nov. 2021.

MELLO, Patrícia. WhatsApp admite envio massivo e ilegal de mensagens nas eleições de 2018. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/whatsapp-admite-envio-massivo-ilegal-de-mensagens-nas-eleicoes-de-2018.shtml>. Acesso em: 14 out. 2021.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo*. 2008. f. 156. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008. p. 50-53.

_____. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 79, p. 45-82, jul./set. 2011.

_____. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

MENDES, Laura; FONSECA, Gabriel. Proteção de dados para além do consentimento. In: BIONI, Bruno. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. Fundamentos do direito consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. Prefácio: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista de Tribunais, 2008.

_____. A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 108, n. 1009, p. 1-35, nov. 2019. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.

NÃO ME LIGUE”: cadastro do Procon-SP é ampliado. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/nao-me-ligue-cadastro-do-procon-sp-e-ampliado/>. Acesso em: 18 set. 2021.

NARAYANAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. Myths and Fallacies of “Personally Identifiable Information”. *Communications of the ACM*, v. 53, n. 6, p. 24, jun. 2010. Disponível em: www.cs.utexas.edu/~shmat/shmat_cacm10.pdf. Acesso em: 23 out. 2021.

O BRASILEIRO é altamente conectado – e o mercado, agora, precisa compreender suas necessidades para gerar oportunidades. 2015. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/br/pt/footerlinks/pressreleasespage/Global-Mobile-Consumer-Survey-2015-Brasil.html>. Acesso em: 09 set. 2021.

OLIVEIRA, Diogo dos Santos de. Publicidade abusiva na internet. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2071, 3 mar. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12399>. Acesso em: 10 set. 2021. p. 1.

O QUE são dados pessoais? Segundo a LGPD. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/servicos/lgpd/cidadao>. Acesso em: 27 out. 2021.

PAIVA, Fernando. *WhatsApp alcança presença recorde em 99 % dos smartphones no brasil*. 2020. Disponível em: <https://www.mobiletime.com.br/noticias/27/02/2020/whatsapp-alcanca-presenca-recorde-em-99-dos-smartphones-no-brasil/>. Acesso em: 12 out. 2021.

PECK, Patrícia Pinheiro. *Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018*. 3.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PEZZOTTI, Renato. *Digital aumenta fatia no bolo publicitário nacional, aponta estudo*. 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/03/16/digital-aumenta-fatia-no-bolo-publicitario-nacional-apontam-dados-do-cenp.htm>. Acesso em: 10 out. 2021.

POLÍTICA de privacidade do WhatsApp. 2021. Disponível em: https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy/?lang=pt_br. Acesso em: 12 out. 2021.

PROCON-BA presta orientações sobre nova medida de bloqueio de ligações incômodas. Disponível em: <http://www.justicasocial.ba.gov.br/2019/07/2957/Procon-BA-presta-orientacoes-sobre-nova-medida-de-bloqueio-de-ligacoes-incomodas.html>. Acesso em: 19 set. 2021.

PROCON-BA e procon-brasil promovem palestra sobre lei geral de proteção de dados. Disponível em: <http://www.justicasocial.ba.gov.br/2021/03/4073/Procon-BA-e-ProconsBrasil-promovem-palestra-sobre-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados.html>. Acesso em: 19 de nov. de 2021

RAMALDES, Maria Dalva. O lugar da comunicação e da relação dialógica na era das conexões: telefone celular e novas formas de relações sociais. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 31., 2008, Natal. *Anais [...]*. 2008, Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2008/resumos/R3-1762-1.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021.

RECLAMEAQUI. 2021. Disponível em <<https://www.reclameaqui.com.br/>. Acesso em: 16 set. 2021.

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

_____. *El derecho a tener derechos*. Trotta: Madrid, 2014.

SILVA, Joseane Suzart Lopes. Dados Pessoais dos Consumidores devem ser protegidos com base na Lei 13.709/18. *Revista Consultor Jurídico*. 04 de mar. de 2019. Seção Direito Civil Atual. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-04/direito-civil-atual-dados-consumidores-protetidos-lei-1370918>. Acesso em: 20 de nov. de 2021.

SILVA, Rafael Rodrigues da. *WhatsApp vai processar empresas que usam o aplicativo para fazer SPAM*. 2019. Disponível em: <https://canaltech.com.br/apps/whatsapp-vai-processar-empresas-que-usam-o-aplicativo-para-fazer-spam-157641/>. Acesso em: 10 out. 2021.

SANTOS, Orlando Gomes dos. *Contratos*. 26.ed. São Paulo: Forense, 2009.

SÃO PAULO. *Lei nº 13226*, de 07 de out. de 2008. Institui no âmbito do Estado de São Paulo, o Cadastro para o Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing. São Paulo: Assembleia Legislativa, 2008. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/original-lei-13226-07.10.2008.html/>. Acesso em: 18 set. 2021.

_____. *Lei nº 17334*, de 09 de mar. de 2021. Dá nova redação ao artigo 1º da Lei nº 13.226, de 7 de outubro de 2008, que institui no âmbito do Estado de São Paulo o cadastro para bloqueio do recebimento de ligações de telemarketing. São Paulo: Assembleia Legislativa, 2008. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2021/lei-17334-09.03.2021.html> /. Acesso em: 18 set. 2021.

SERRANO, Filipe; AGRELA, Lucas; LAVADO, Thiago. *O cliente num zap: empresas apostam no WhatsApp para vendas*. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/o-cliente-num-zap/>. Acesso em: 15 set. 2021.

SMARTPHONE. 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/smartphone>. Acesso em: 09 set. 2021

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar, 2016. *E-book*.

SPAM. 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/palavra/yV7DX/spam/>. Acesso em: 09 set. 2021.

SPAMMING. 2021. Disponível em: <https://www.linguee.com.br/ingles-portugues/traducao/spamming.html>. Acesso em: 15 set. 2021.

TEIXEIRA, Renata Cicilini. *Combatendo o spam: aprenda como evitar e bloquear e-mails não solicitados*. São Paulo: Novatec, 2004.

USO não autorizado de envio automático ou em massa de mensagens no WhatsApp. [201-?]. Disponível em: https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/unauthorized-use-of-automated-or-bulk-messaging-on-whatsapp/?lang=pt_br. Acesso em: 13 out. 2021.

VIAMONTE, Guilherme Avelino; SILVA, Kim Kaznowski da; MACEDO, Rodrigo de Jesus. *O que é SPAM*. [2015?]. Disponível em: https://www.gta.ufrj.br/grad/15_1/spam/. Acesso em: 07 out. 2021.

VULNERABILIDADE. 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/vulnerabilidade/>. Acesso em: 19 nov. 2021.

WHATSAPP atinge 2 bilhões de usuários. 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/negocios/2020/02/whatsapp-atinge-2-bilhoes-de-usuarios>. Acesso em: 20 set. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Trad. George Schlesinger. 1.ed. Rio de Janeiro. Edição digital. 2021. *E-book*.

APÊNDICE A – Gráficos referentes à pesquisa de campo

Gráfico 01

Qual a sua idade?

163 respostas

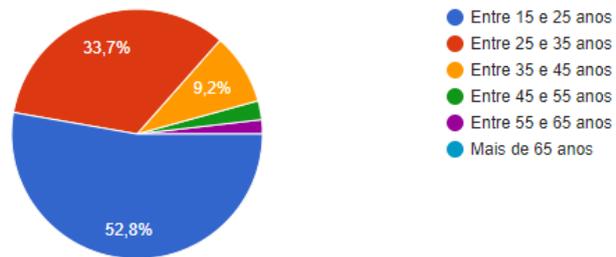


Gráfico 02

Você utiliza o aplicativo WhatsApp?

163 respostas

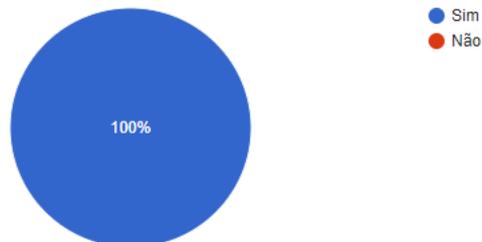


Gráfico 03

Você considera o WhatsApp indispensável nas relações sociais?

163 respostas

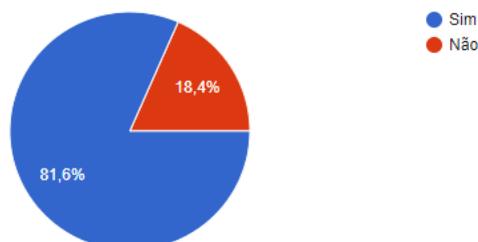


Gráfico 04

Você costuma utilizar o WhatsApp para realizar compras e/ou se comunicar com empresas?

163 respostas

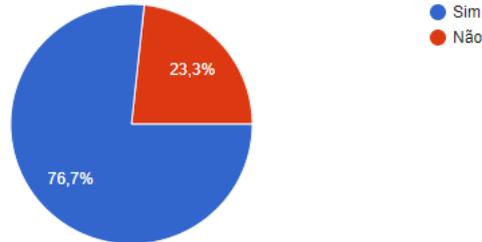


Gráfico 05

Você costuma receber mensagens publicitárias através do WhatsApp?

163 respostas

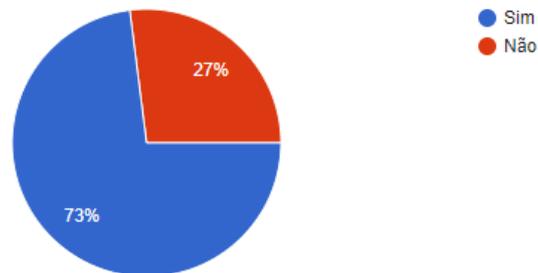


Gráfico 06

Você autorizou o envio dessas mensagens?

163 respostas

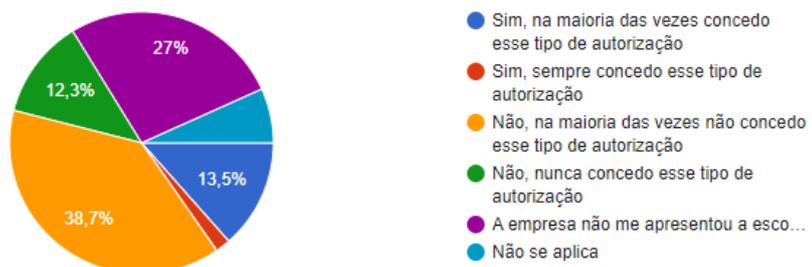


Gráfico 07

Essas mensagens costumam ser enviadas de forma recorrente pela mesma empresa?

163 respostas

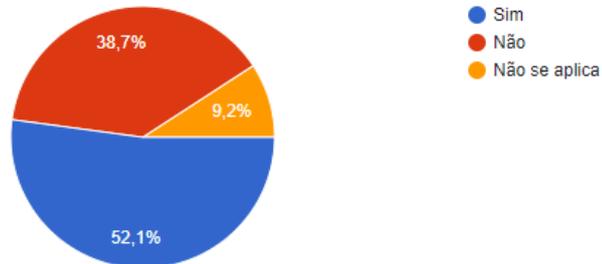


Gráfico 08

Com qual frequência você costuma receber esse tipo de conteúdo no WhatsApp?

163 respostas

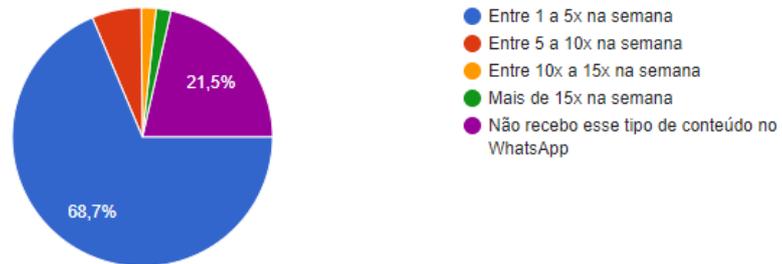


Gráfico 09

Em regra, você sabe como tais empresas conseguiram acesso ao seu número de celular?

163 respostas

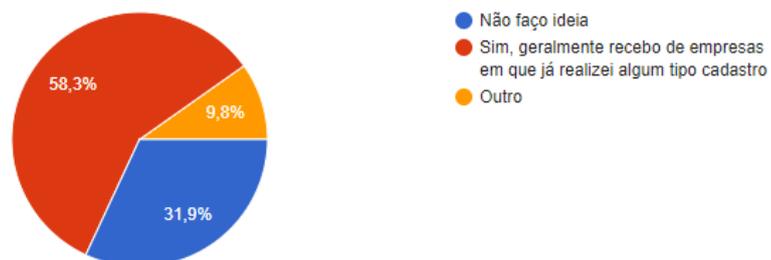
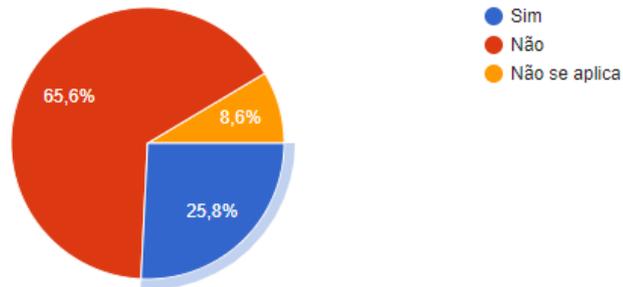


Gráfico 10

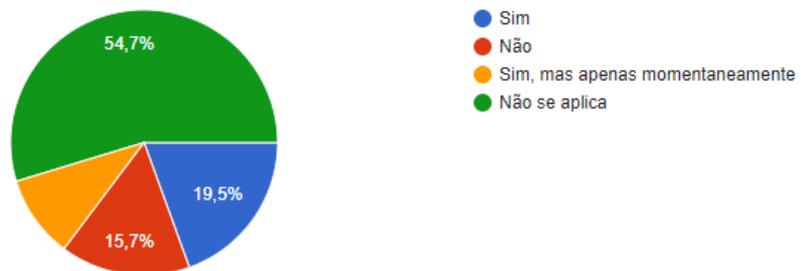
Você já solicitou o cancelamento do envio dessas mensagens para o seu WhatsApp?

163 respostas

**Gráfico 11**

Na ocasião em que solicitou o cancelamento desses envios, a empresa atendeu o seu pedido?

159 respostas

**Gráfico 12**

Você considera que a sua privacidade está sendo violada pelo envio de mensagens publicitárias não autorizadas?

163 respostas

