



Mariana de Moraes Palmeira

**Vulnerabilidade, hipossuficiência e
proteção de dados na jornada de
consumo em ambiente digital**

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Doutora pelo programa
de Pós-Graduação em Direito na PUC-Rio.

Orientadora: Prof^a. Caitlin Sampaio Mulholland

Rio de Janeiro
Agosto de 2022



Mariana de Moraes Palmeira

**Vulnerabilidade, hipossuficiência e
proteção de dados na jornada de
consumo em ambiente digital**

Tese de Doutorado

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Doutora pelo programa de
Pós-Graduação em Direito na PUC-Rio. Aprovada
pela Comissão Examinadora abaixo:

Prof^a. Caitlin Sampaio Mulholland
Orientadora
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof.^a Rosângela Lunardelli Cavalazzi
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof.^a Ana de Oliveira Frazão
Universidade de Brasília – UnB

Prof. Carlos Affonso Pereira de Souza
Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Guilherme Magalhães Martins
Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – MPRJ

Rio de Janeiro, 11 de agosto de 2022

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial, do trabalho é proibida sem autorização da autora, da orientadora e da universidade.

Mariana de Moraes Palmeira

Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo PPGD da PUC-Rio. Mestre em Administração de Empresas com ênfase em Marketing pelo Instituto de Administração e Gerência da PUC-Rio. Advogada. Pesquisadora do Legalite (núcleo multidisciplinar de legal informatics da PUC-Rio).

Ficha Catalográfica

Palmeira, Mariana de Moraes

Vulnerabilidade, hipossuficiência e proteção de dados na jornada de consumo em ambiente digital / Mariana de Moraes Palmeira ; orientadora: Caitlin Mulholland. – 2022.

266 f. ; 30 cm

Tese (doutorado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Capitalismo de vigilância. 3. Publicidade digital. 4. Dark Patterns. 5. Proteção de dados. I. Mulholland, Caitlin Sampaio. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

Entre o fim do mestrado em Administração de Empresas, com ênfase em Marketing, e o início do doutorado em Teoria do Estado, foram exatos 20 anos. Nesse intervalo, me dividi entre a sala de aula na PUC-Rio e o mercado corporativo. Foi tempo também de ampliar a carreira, cursar a graduação em Direito e perceber a tamanha interdisciplinaridade entre a minha área de origem, o Marketing, e o campo no qual eu passava a me dedicar, o Direito. Ainda foi tempo de me dedicar à infância das minhas filhas, Maria Clara e Olivia, quando, no auge da minha inocência de mãe de crianças pequenas, acreditei que, quando elas crescessem um pouco mais, tudo seria mais fácil, e eu teria mais tempo para me dedicar a outros planos acadêmicos.

A vontade de ingressar no programa de pós-graduação em Direito da PUC-Rio veio a partir da participação no grupo de pesquisa coordenado pela professora Caitlin Mulholland, em 2016. Uma vez admitida no programa, tive a oportunidade de ser aluna da professora Caitlin Mulholland mais uma vez (já havia sido sua aluna na graduação). Naquele momento, tive a certeza de que não haveria pessoa melhor para me orientar e sou extremamente grata por ela ter aceitado ser minha orientadora. Sua supervisão generosa, leve, respeitosa, mas crítica, exigente e direta, me fez concluir o que eu considero o trabalho mais intenso da minha vida.

Ao longo desse caminho, os desafios foram muitos, sobretudo no aspecto pessoal, mas, como me disse a professora Caitlin numa das nossas conversas, “a gente conta com tudo, menos com a vida acontecendo”. Nesse sentido, agradeço também à professora Gisele Cittadino, coordenadora do PPGD da PUC-Rio, pela compreensão e acolhimento quando eu mais precisei.

Agradeço ainda à PUC-Rio, minha casa desde muito cedo, posteriormente minha *alma mater*, e mais importante: à Igreja do Sagrado Coração de Jesus. Meu lugar de recolhimento e oração, onde estive quase diariamente nos últimos anos, sempre agradecendo, mas também pedindo a força e a serenidade de N. Senhora para levar minha pesquisa adiante. Agradeço a Carmen e Anderson, pela paciência, cordialidade e a costumeira disposição em ajudar.

Algumas pessoas foram essenciais para que essa jornada pudesse ser finalizada, colegas e amigos que estiveram por perto, sempre com uma palavra de estímulo e com uma escuta amorosa. Agradeço em especial a todos os integrantes do grupo de pesquisa Legalité pelo compartilhamento de experiências, que, em muitas medidas, foi capaz de aplacar a solidão da escrita. Agradeço também à minha madrinha, Divina Márcia, pelo incentivo constante, pelas conversas e pelas ricas sugestões de quem já havia percorrido caminhos semelhantes. Agradeço aos amigos Laura Nery e Carlos Tomei pela leitura crítica, pelas sugestões, mas sobretudo por estarem sempre por perto. Agradeço de forma especial ao professor Fábio Leite pelas conversas iniciais ainda em 2015 e 2016 e pela semente plantada na intenção do meu retorno à pesquisa.

Agradeço ainda a Maria Clara e Olivia, que, mesmo tão jovens, foram capazes de compreender a dimensão do doutorado na minha vida e fizeram questão de traduzir esse entendimento em constantes palavras de encorajamento, carinho e demonstrações de orgulho. Agradeço a meu pai pela inspiração que sempre foi, pelas perguntas pontuais e pela preocupação sempre discreta, mas presente. Por fim, agradeço sobretudo a Toth pelo companheirismo habitual, tendo se disposto a facilitar ao máximo o meu cotidiano para que eu pudesse me dedicar à tese: um exemplo de que muitas vezes é na complicada dinâmica do dia a dia que o amor se materializa mesmo.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Resumo

Palmeira, Mariana de Moraes; Mulholland, Caitlin Sampaio. **Vulnerabilidade, hipossuficiência e proteção de dados na jornada de consumo em ambiente digital**. Rio de Janeiro, 2022. 266p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Nessa tese são investigadas as transformações no ambiente digital circunscritas às interseções entre as novas práticas do marketing e a proteção do consumidor-titular de dados pessoais. O fio condutor é a consolidação da informação como um importante ativo na sociedade de consumo contemporânea. A partir da perspectiva do capitalismo de vigilância, os principais fenômenos que contribuem para o estabelecimento de uma estrutura de estímulos e controles que permeiam, de maneira imperceptível aos olhos do consumidor, a sua jornada de consumo, são analisados. Verifica-se que a publicidade digital, em especial a chamada publicidade comportamental direcionada conforme o perfil do consumidor, apesar de alvo de críticas da doutrina e de interesse por parte da legislação, é apenas a parte visível de uma arquitetura de escolhas permeada por *dark patterns* que atrapalham a proteção do consumidor em ambiente digital. Nesse cenário, a pesquisa investiga a suficiência dos mecanismos de proteção de dados pessoais, bem como a existência de uma nova e universal vulnerabilidade do consumidor. Trata-se da vulnerabilidade digital, que dá origem a um estado, também universal, de hipossuficiência do consumidor diante das práticas comerciais em ambiente digital.

Palavras-chave

Capitalismo de Vigilância; Publicidade Digital; Dark Patterns; Proteção de Dados; Vulnerabilidade.

Abstract

Palmeira, Mariana de Moraes; Mulholland, Caitlin Sampaio (Advisor). **Vulnerability, hyposufficiency and data protection in the consumer journey in digital environment**. Rio de Janeiro, 2022. 266p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

In this thesis examines the transformations in the digital environment circumscribed to the intersections between new marketing practices and the protection of the consumer-data subjects. The main drive is the strengthening of information as an important asset in contemporary consumer society. From the perspective of surveillance capitalism, it analyzes the central phenomena that contributes to the establishment of a structure of stimuli and controls that permeate, imperceptibly to the consumer's eyes, his journey. It is verified that digital advertising, especially the so-called behavioral advertising, directed according to the consumer's profile, despite being target of criticism by the doctrine and of interest by the legislation, is only the visible part of an architecture of choices permeated by dark patterns that hinder consumer protection in the digital environment. In this scenario, the research investigates the sufficiency of personal data protection mechanisms, as well as the existence of a new and universal consumer vulnerability. Which is the digital vulnerability that gives rise as well to a universal state of consumer hyposufficiency before commercial practices in the digital environment.

Keywords

Surveillance Capitalism; Digital Advertising; Dark Patterns; Data Protection; Vulnerability.

Sumário

Introdução	10
1. Dados pessoais entre o Direito e o Marketing: narrativas conflitantes	22
1.1. O marketing e a dependência dos dados dos consumidores	22
1.2. Do Marketing de massa ao marketing diferenciado – os dados dos consumidores como insumo principal	25
1.3. Marketing de relacionamento	32
1.4. O conceito e os fundamentos da proteção aos dados pessoais nas relações de consumo no ordenamento jurídico brasileiro	36
1.4.1 A Emenda Constitucional 115	38
1.4.2. O julgamento das ADIs nºs. 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393	43
1.4.3. Habeas data e análise do RE 673707	46
1.4.4. O artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor	54
1.4.5. Lei nº. 12.414/2011, (alterada pela LC nº 166/ 2019)	59
1.5. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a relevância da tutela coletiva nas relações de consumo	65
1.6. Ônus da prova e hipossuficiência em ambiente digital	78
2. O avanço silencioso das práticas enganosas: a proliferação das dark patterns	84
2.1. Um breve panorama	84
2.2. Dark patterns: Da influência à manipulação?	92
2.3. Dark patterns - passado – presente - futuro	99
2.4. (In)definições de dark patterns	107
2.5. Perspectivas legais	118
2.5.1. Primeiros casos sobre dark patterns chegam ao CONAR ...	120
2.5.2. Atuação da FTC em face das dark patterns - um breve relato	128
2.5.3. DETOUR - O Congresso norte-americano e a tentativa de regular as dark patterns	129
2.5.4. A abordagem direta do Consumer's Privacy Right Act sobre as dark patterns	132
2.5.5. A movimentação no continente europeu - o guideline da EDPB e o gradual avanço do Digital Services Act	133
2.6. Além da descrição das dark patterns	140
3. A Jornada do consumidor	145
3.1. Uma narrativa do relacionamento entre consumidores e fornecedores	145
3.2. Jornada de consumo e arquitetura de escolha	148
3.3. A jornada de consumo, a experiência do consumidor e o capitalismo de vigilância: um breve diálogo entre Philip Kotler e Shoshana Zuboff	155
3.4. Uma vulnerabilidade digital universal	166
3.5. A jornada do consumidor através das MagicBands, um dia mágico, conectado, monitorado e datificado	175
4. A ponta do iceberg - Publicidade digital	182

4.1. Publicidade ou propaganda? Um esclarecimento ainda necessário.....	182
4.2. Uma dúvida persistente no mercado publicitário.....	185
4.3. O papel revolucionário do Google na publicidade digital	188
4.4. Da publicidade de massa à publicidade direcionada: do consumidor anônimo ao consumidor perfilado.....	190
4.5. A publicidade digital: o protagonismo do targeting (e o bastidor do tracking).....	192
4.6. A extinção dos cookies de terceiros: o fim de uma era?	198
4.7. A (problemática) revalorização do targeting contextual	203
4.8. O ambiente de AdTech e a complexidade de atender às normas de proteção do titular de dados pessoais.....	207
4.8.1. A sobrevivência do modelo de leilão em tempo real após a decisão de desconformidade da TCF com o GDPR..	213
4.9. O princípio da boa-fé objetiva na publicidade digital	220
5. Conclusão	230
6. Referências bibliográficas	238

Introdução

A sociedade atual é identificada sob os mais diversos rótulos: pós-moderna, de consumo, de massa, de informação, pós-industrial, de economia flexível, desmaterializada, despersonalizada, de serviços, acelerada, hiperconectada, para nomear alguns deles (Cf. Marques & Miragem, 2012, p. 1; Basan, 2021, p. 1). Porém, pelo menos desde a década de 1960, verifica-se uma característica comum naquilo que representa o tempo contemporâneo: o protagonismo da informação sobre outros bens, abrindo caminho para a consolidação da denominada Sociedade da Informação (Masuda, 1980; Duff, 2000; Machlup, 1962; van Dijk, 2012; Castells, 2018; Bauman, 1999; Rodotà, 2007).

Desde então, a expressão é usada como uma estrutura conceitual que sustenta a discussão acerca de uma variedade de temas.¹ Trata-se de um conceito amplamente estudado por autores que observam como a expansão das tecnologias de informação e comunicação remodelou as relações entre os diferentes atores sociais (Castells, 2002; Duff, 2000). É fato que há os que afirmam que, de algum modo, todas as sociedades foram sociedades da informação (Cf. Duff, 2000), dada a complexidade da espécie humana e a impossibilidade de sua organização de outra maneira que não fosse por meio da informação (6, 2005). Porém, é inegável a diferença acentuada entre o modo de produção e consumo da informação na contemporaneidade e aquele experimentado nas sociedades anteriores.

Foi devido ao impacto da tecnologia na capacidade de manipulação da informação, nas possibilidades de tratamento e nas formas de uso (Doneda, 2019) que a Sociedade da Informação se estabeleceu em oposição a tempos pretéritos. A evolução tecnológica vem paulatinamente modificando a sociedade e tudo o que está nela inserido; relações sociais, políticas, pessoais e profissionais, novos modelos de negócios, relações de consumo, avanços na medicina e na genética: tudo está sendo transformado (Queiroz & Feferbaum, 2020).

¹ No ano 2000, Alistair Duff (2000, p. 170) publica o estudo *Information Society Studies*, no qual, junto com outros autores, traça um panorama crítico sobre o uso e os significados do tema envolvendo a nomenclatura Sociedade da Informação. Foram identificadas três vertentes que eram então usadas para descrever o conceito: economia, fluxos de informação, e tecnologia. Para Duff, a tese envolvendo a tecnologia prepondera sobre as outras duas; no entanto, nenhuma das três é suficiente para alcançar a amplitude do tema. O presente trabalho não pretende analisar a história da sociedade da informação, mas tão somente usa o conceito como marco cronológico e se apropria de algumas de suas características para desenvolver a temática relacionada às práticas de marketing: publicidade, relações de consumo e proteção de dados pessoais.

Nessa direção, o desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação mudou também a configuração dos agentes que tratam informações. Inicialmente os Estados predominaram como coletores e tratadores de dados pessoais com a justificativa de conhecer a população para o desenvolvimento de políticas públicas. Como aponta Danilo Doneda (2019, p. 34), a instituição do *welfare state* deu origem ao aumento da demanda de informações por parte dos Estados. Porém, à medida que a tecnologia para tratamento de informações se tornou acessível também à iniciativa privada, empresas passaram a adotar técnicas de coleta e armazenamento de dados visando extrair lucros do conhecimento gerado.

Os fluxos informacionais aumentaram, e a forma como passaram a ser disponibilizados impactou diretamente o cidadão, consumidor-usuário, exigindo a mobilização de um recurso cognitivo capaz de lidar com um mundo rico em informações (Wu, 2016; Williams, 2021). Esse recurso é a atenção: noção que surge no século XVII, encontrada em Descartes (apud Abbaganano, 2015, p. 101), que a traduz como "*ato pelo qual o espírito toma em consideração um único objeto durante um tempo*", e também exposta por Locke (apud Abbaganano, 2015, grifo do autor), que a separa em ativa, quando há a escolha daquilo que se privilegia, e passiva, quando existe a mera atração por certas ideias. Já em Leibniz (apud Abbaganano, 2015), a atenção recebe carga ativa no sentido de preferir e distinguir um objeto em relação aos demais. Por fim, Kant (apud Abbaganano, 2015, p. 101, grifo do autor) a define como "*o esforço de tornar-se consciente das próprias representações*".

A partir da metade do século XIX, o conceito de atenção foi incluído no campo de pesquisas da psicologia científica (Abbaganano, 2015), o que abriu caminho para que fosse estudado pela indústria da publicidade até se tornar relevante moeda de troca na sociedade da informação (Williams, 2021). Mais adiante, já no século XX, a crescente quantidade de informação produzida se traduziu em uma disputa pela atenção do consumidor, dando origem ao conceito de economia da atenção, inicialmente desenvolvido por Herbert A. Simon (1971), ao afirmar que abundância de informação significa a escassez de atenção.² Indo

² "In an information-rich world, the wealth of information means a dearth of something else: a scarcity of whatever it is that information consumes. What information consumes is rather obvious:

diretamente ao ponto, Simon afirma que, na Sociedade da Informação, a maior parte do custo envolvido na cadeia produção-distribuição-consumo é suportada por quem recebe a informação (Simon, 1971, p. 41). Trata-se do custo do tempo, do custo das escolhas e do autocontrole, como bem ilustra Reed Hastings, CEO da Netflix: "*Na Netflix, a competição é pelo tempo dos nossos assinantes; portanto, nossos concorrentes incluem o Snapchat, o YouTube, o sono etc.*" (Williams, 2021, p. 75, grifo do autor)

A transformação na quantidade, qualidade e utilidade da informação modificou consequentemente a natureza e o equilíbrio da relação poder-informação-pessoa- controle, indicando, conforme Danilo Doneda (2019), a necessidade de conhecer a nova arquitetura de circulação da informação.³ O ambiente no qual essa nova arquitetura está inserida pode ser caracterizado pelo que Luciano Floridi (2009) chamou de *Onlife*⁴. Da perspectiva da pessoa, o corpo eletrônico⁵, sua representação diferenciada para o ambiente virtual, continua sendo figura emblemática da sociedade da informação. Do ângulo da informação, marcada pela conformação estruturada e pelo caráter utilitário que assumiu, ela apresenta, em sua forma mais contemporânea, uma característica peculiar: é mercadoria (Ramonet, 2003).

Importa ressaltar que a atribuição de significado mercadológico tem natureza dupla: vale tanto para a informação que é produzida pelos agentes econômicos⁶ quanto para a informação pessoal que se apreende como insumo dentro da chamada economia da informação (6, 2005; Zuboff, 2020). Acerca da informação pessoal, Perri (2005) já indicava, em 2005, que o controle e a habilidade de extrair conhecimento dos bancos de dados compostos por perfis de consumidores e cidadãos dava às organizações vantagens competitivas equiparáveis àquelas das companhias de petróleo nos anos 1980 (6, 2005, p. 17). Passada mais de uma década, a revista *The Economist* de 6 de maio de 2017 apontou

it consumes the attention of its recipients. Hence a wealth of information creates a poverty of attention" (Simon, 1971, p. 40).

³ Nesse sentido: a importância da informação aumenta à medida que a tecnologia passa a fornecer meios para, a um custo razoável, torná-la útil (Doneda, 2019, p. 35)

⁴ Termo cunhado para expressar uma nova realidade na qual a experiência *on-line* se mistura à *off-line*. (Floridi, 2009).

⁵ A representação diferenciada para o ambiente virtual, construída em decorrência da organização da informação a partir da combinação da computação com a internet. (Rodotà, 2007).

⁶ Estado, iniciativa privada, meios de comunicação oficiais, marcas e produtores de conteúdo individuais.

os dados pessoais como o "novo petróleo" (The World's..., 2017, p. 1), reafirmando o posto de insumo essencial a todas as atividades econômicas (Frazão, 2020).

Já da perspectiva da informação produzida pelos agentes econômicos, destaca-se a fusão entre esferas antes identificadas como notícia, publicidade e entretenimento como responsável por trazer à tona seu atributo mercadológico. De acordo com Ignácio Ramonet (2003, p. 247), a quebra de fronteiras entre esses mundos distintos da comunicação ocorreu com a internet. Nas palavras do autor: “Na Internet existe a esfera da informação, a esfera da publicidade e a esfera da cultura de massa. Na internet há cada vez mais televisão, cada vez mais informação, cada vez mais publicidade e não há diferença entre as três.” Portanto, estamos agora em um contexto no qual devemos pensar globalmente estes três universos diferentes.

Na prática, a esfera da publicidade domina as demais, pois se refere ao modelo de negócio que monetiza a informação e que está na base de plataformas como Google, Facebook e Twitter. Antes da internet, o domínio da publicidade era menos evidente, pois cabia à atividade um espaço em separado do conteúdo editorial e de entretenimento, de acordo com James Williams (2021, p. 55):

Nas mídias anteriores, a publicidade tinha um lugar à parte na oferta de informações — mas, nas mídias digitais, essa barreira fundamental pareceu ter sido derrubada; agora a propaganda é que passava, aparentemente, a ser regra, e não mais exceção. Se anteriormente se dizia que a publicidade subscrevia os objetivos dominantes no design de uma mídia, no meio digital ela parece ter substituído esses objetivos pelos seus próprios.

Atrelada ao sistema dominante da publicidade, é natural que a informação como mercadoria seja rápida, pois não há tempo para digerir; a velocidade está presente na produção e na distribuição.⁷ A lógica do consumo da informação se assemelha a qualquer outro produto ou serviço na sociedade de consumo, portanto sua satisfação deve ser rápida, em tempo reduzido, para que o consumidor-usuário esteja pronto a desejar e consumir novamente.⁸ O imperativo da aceleração atrai a

⁷ Nesse sentido, para Ramonet (2003, p. 47), "passamos do mundo jornalismo ao mundo do imediatismo, do instantaneísmo, não há tempo para estudar a informação. A informação é feita cada vez mais de impressões e sensações".

⁸ Nesse sentido, Bauman (1999, p. 90) afirma que a necessária redução de tempo é melhor alcançada se os consumidores não puderem prestar atenção ou concentrar o desejo por muito tempo em qualquer objeto; isto é, se forem impacientes, impetuosos, indóceis e, acima de tudo, facilmente instigáveis e também se facilmente perderem o interesse..

necessidade de abundância de informação, que, por sua vez, produz escassez de atenção desse mesmo consumidor, e menos conhecimento efetivo (Doneda, 2019; Williams, 2021).

Ainda no mesmo contexto mercadológico, a informação é trabalhada para ser simples, espetacularizada e persuasiva, pois a diversão é a forma de capturar a atenção do consumidor (Williams, 2021). O caráter diversionista e distraído minimiza a ameaça às habilidades humanas de "*querer o que queremos querer*" (Frankfurt apud Williams, 2021, p. 12, grifo do autor). Assim se estabeleceu a economia da informação, que se alimenta da atenção dos usuários de serviços majoritariamente on-line e retroalimenta o sistema de produção de conteúdo para recapturar a atenção dos usuários.

Diante disso, a questão que surge é a ignorância do consumidor-usuário acerca desse mecanismo de persuasão para captura e exploração de sua atenção (Williams, 2021, p. 11). Com efeito, Rodotà (2007, p. 183) lembra que, ao passo que aumenta a imersão do homem na sociedade da informação, mais se intensificam as tecnologias da informação e comunicação, e a troca de dados pessoais por bens e serviços.

Importa ressaltar que se está diante de um grau de expropriação mais profundo do que o uso de dados pessoais, sem precedentes: o que, de acordo com Shoshana Zuboff (2020, p. 23), torna seu reconhecimento (e defesa) mais difícil. Não se trata de circunscrever o debate a quais categorias de dados pessoais são mobilizadas, quais são os requisitos de tratamento e quais são os mecanismos de salvaguardas. De maneira alguma se pretende minimizar a importância de tal discussão e das suas implicações práticas para o desenvolvimento econômico, ao mesmo tempo que se garantem os direitos de liberdade, privacidade e de livre desenvolvimento da personalidade.⁹

Assim sendo, aborda-se a atenção do consumidor-usuário como o insumo de interesse dos agentes econômicos que se utilizam da publicidade, sobretudo em ambiente virtual, para direcionar seus pensamentos e ações de acordo com seus objetivos comerciais (Williams, 2021, p. 17). Trata-se de tática capaz de minar a longo prazo a capacidade de reflexão, escolha e autocontrole. James Williams (2021), autor de *Liberdade e resistência na economia da atenção*, aponta que os

⁹ Na forma das leis de proteção de dados pessoais, sobretudo da Lei nº 13.709/2018 (LGPD), que será explorada em tópico próprio no presente trabalho.

problemas causados pelo excesso de informação em face da escassez da atenção devem ser tratados da perspectiva da atenção, e não da informação. Da mesma forma, Tim Wu (2019) propõe a reflexão sobre a suficiência dos atuais instrumentos regulatórios para enfrentar questões que ultrapassam a publicidade enganosa e os acidentes de consumo.

Da confluência dos elementos que caracterizam a informação na sociedade atual e a distanciam de qualquer tempo anterior, tem-se: (i) tecnologia como fator estruturante das relações, (ii) *big data* e *big analytics* elevando a capacidade de tratamento da informação, (iii) valor utilitário da informação, (iv) atores privados monetizando a informação disponível, (v) aumento ilimitado do fluxo de informações, (vi) fortalecimento da indústria do marketing e da publicidade como monopolizadora da venda da informação e (vii) transformação da atenção no recurso a ser capturado pelo uso de práticas nem sempre circunscritas aos limites legais.

Ocorre que, nesse contexto, ainda não é possível ter consciência cristalina sobre os riscos e benefícios daí advindos. Fala-se do desenvolvimento da Internet das Coisas, da tecnologia 5G, da Inteligência Artificial e de processos de decisão cada vez mais automatizados, ao mesmo tempo que se verifica a crescente possibilidade de interferência na vida diária das pessoas (Doneda, 2019, p. 137). Simultaneamente se fala de facilitação de exercício de liberdades individuais por meio de plataformas em que a comunicação e a informação têm papel preponderante, mas também de abusos perpetrados nesses espaços (Basan, 2021, p. 8).

Parte-se da premissa de que a investigação no âmbito do Direito cumpre o papel de buscar oportunidades de emancipação para os grupos sociais (Gustin, 2020, p. 40), e leva-se em conta o cenário da incorporação da tecnologia no cotidiano do consumidor, muitas vezes de forma imperceptível, e da constante atualização das relações de consumo no que tange aos agentes econômicos e seus modelos de negócios, assim como no que se refere aos bens transacionados e aos recursos mobilizados pelo consumidor-usuário.

Sob o prisma dos direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais, torna-se inafastável a investigação acerca da suficiência do princípio da vulnerabilidade para a proteção do consumidor em face das modernas técnicas de marketing, sobretudo em ambiente digital. De igual modo, se pergunta acerca da

suficiência da reconhecida vulnerabilidade como bastante para guiar a concretização da autodeterminação informativa.

Embora o debate sobre a vulnerabilidade esteja presente desde a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC), sua atualidade se deve à permanente reinvenção do ambiente de consumo (Santos & Vasconcelos, 2018). Diante disso, este trabalho se debruça sobre o conceito da vulnerabilidade como condição que dificulta o entendimento e o acesso do consumidor às informações pertinentes sobretudo às práticas de marketing que ligam as partes nas relações de consumo.

Essas relações hoje são tomadas pela troca da atenção do consumidor-usuário, assim como de seus dados pessoais, pelo acesso a produtos e serviços anunciados em um ambiente de atrações e tentações, dentro da perspectiva de consumo caracterizado pela não satisfação nos termos colocados por Bauman (1999, p. 86):

A indústria atual funciona cada vez mais para a produção de atrações e tentações. E é da natureza das atrações tentar seduzir apenas quando acenam daquela distância que chamamos de futuro, uma vez que as tentações não podem sobreviver por muito tempo à rendição do tentado, assim como o desejo nunca sobrevive à sua satisfação.

Nesta perspectiva de mitigação do tempo, o homem do século XXI, o *homo economicus e culturalis*, conforme Cláudia Lima Marques & Bruno Miragem (2012), é o consumidor que assume papel de destaque na contemporaneidade, em oposição ao *homo faber* (trabalhador) dos dois últimos séculos. É sobre ele que recaem as pressões do mercado para que desempenhe sua função de agente econômico, e é ele que se mostra cada vez mais vulnerável em face dos fornecedores.

Sustenta ainda a discussão o conceito de autodeterminação informativa frente às novas práticas de marketing e publicidade em ambiente digital. O presente trabalho explora sua contribuição para o campo da proteção de dados e o relaciona com a vulnerabilidade do consumidor-usuário. Nesta direção, surge a necessidade de confrontar o princípio da vulnerabilidade como medida suficiente (ou não) para a concretização da proteção de dados pessoais por completo.¹⁰

¹⁰ Nesse sentido, Cláudia Lima Marques & Bruno Miragem (2012, p. 196) apresentam a autonomia como a primeira característica do novo direito privado: autodeterminação com base na vontade “liberta” de pressões e esclarecida do vulnerável. Sem dúvida, a primeira característica a destacar

Dito isso, se propõe a seguinte hipótese, a ser desenvolvida ao longo dos quatro capítulos: a vulnerabilidade do consumidor aparenta passar a se impor de uma forma mais intensa e abrangente do que aquela traçada pelo legislador nas décadas de 1980 e 1990: vulnerabilidade jurídica, vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade fática e informacional.

O conceito de hipossuficiência é ampliado em face das práticas de marketing atuais e passa a abarcar o conceito de hipervulnerabilidade, uma vulnerabilidade agravada por pelo menos três fatores: (i) ao mesmo tempo, o consumidor como destinatário (das práticas de marketing), e sua atenção como matéria-prima (para a estruturação dessas práticas) e produto (vendido aos integrantes do sistema de marketing); (ii) a crescente assimetria informacional; e (iii) o alargamento das práticas abusivas com base na predição e na manipulação dos processos de decisão de compra do consumidor (chamados de jornada do cliente).

Portanto, diante do marketing orientado por dados na Sociedade da Informação, todo consumidor é hipossuficiente no que tange às práticas comerciais em ambiente digital. Nesse contexto, o rol de direitos básicos do consumidor, positivados no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, carece de atualização e explicitação naquilo que se relaciona à abusividade inerente à jornada de consumo.

Dessa forma, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor que funda e orienta o Código de Defesa do Consumidor deve ser atualizado em face da crescente sofisticação do uso dos dados pessoais pelas empresas para desenvolverem seus programas de marketing.

Com efeito, o trabalho se justifica em razão da introdução de novas tecnologias de marketing e comunicação no ambiente negocial, aumentando sua complexidade, trazendo diversificação às formas de oferecimento de produtos e serviços, modificando as relações de consumo da perspectiva informativa, financeira e psicológica, e acentuando a posição de fragilidade do consumidor (Santos & Vasconcelos, 2018, p. 20).

deste novo direito privado é a concentração na autonomia do outro, na liberdade do "alter", do mais fraco, seja pela atuação do princípio da boa-fé, que repersonaliza as relações contratuais, seja pela função de antecipação, prevenção e mesmo precaução da responsabilidade civil na sociedade de risco, seja pelos novos limites de atuação dos mais fortes, na noção de abuso de direito, seja pela função social da propriedade, do contrato, da empresa.

Deste modo, os tradicionais institutos jurídicos são desafiados à manutenção do grau de proteção satisfatório ao agente vulnerável, o consumidor. Isto posto, importa discutir o uso não apenas dos dados pessoais como matéria-prima das estratégias de marketing, mas também a apropriação e o redirecionamento da atenção do consumidor-usuário.

É certo que não se confundem os conceitos de vulnerabilidade, hipervulnerabilidade e hipossuficiência. A vulnerabilidade é princípio irrestrito, é o que explica a atuação do legislador na aplicação das regras protetivas e reequilibradoras (Marques & Miragem, 2012, p. 117). Diante de situações excepcionais, surge outro estágio de vulnerabilidade, diferente daquela inerente à condição de consumidor, que demanda medidas protetivas específicas para o hipervulnerável. Por fim, a hipossuficiência é uma debilidade processual que, quando verificada, autoriza o magistrado a inverter o ônus da prova. É marca pessoal que legitima um tratamento diferenciado (Gaudencio, 2016, p. 154).

O direito brasileiro reconhece o consumidor como vulnerável, condição inerente e independente de qualquer característica pessoal, e invoca a proteção do Estado de acordo com o texto constitucional (art. 5º, XXXII). Da mesma forma, a proteção ao consumidor é fundamento da ordem econômica (art. 170, V) e balizador para o legislador infraconstitucional na busca pela igualdade material (Gaudencio, 2016, p. 152). A admissão da fraqueza do consumidor pelo direito privado integra um movimento de reconhecimento mais amplo, pela Constituição Federal, de novos sujeitos de direitos: sujeitos enfraquecidos, vulneráveis, a serem protegidos por leis especiais que visam a concretização do princípio da igualdade (Marques & Miragem, 2012, p. 16).

Apesar da condição intrinsecamente ligada ao consumidor, sua aplicação passa obrigatoriamente pela dinamicidade do conceito em função da constante mutação do ambiente negocial. Ao lado da transformação das relações de consumo – agora marcadas pelo desenvolvimento tecnológico, pela evolução das práticas de marketing e publicidade e pela atenção configurada como moeda de troca –, a vulnerabilidade em certas situações recebeu o prefixo hiper de forma a acentuar o estado do consumidor:

Assim, com o incremento do consumo, e em se tratando do século XXI, o que se verifica no campo da vulnerabilidade é a identificação de uma nova performance mercadológica,

responsável por gerar na esfera jurídica, a adoção de adjetivações ao termo “vulnerabilidade” sob o argumento de assegurar a tutela dos consumidores (Santos & Vasconcelos, 2018, p. 45).

A hipervulnerabilidade, também chamada de vulnerabilidade agravada, surgiu na doutrina e na jurisprudência no contexto de consumidores em situação de fragilidade extrema não suficientemente protegidos pela presunção geral de vulnerabilidade prevista no Código de Defesa do Consumidor (Gaudencio, 2016).

De acordo com Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012), a noção de vulnerabilidade agravada já aparece, ainda que indiretamente, no Código de Defesa do Consumidor, nos artigos que tratam respectivamente da publicidade abusiva (art. 37§ 2º)¹¹ e da vedação às práticas abusivas em razão de características pessoais dos consumidores (art. 39, IV), fato que interessa especialmente ao presente trabalho. Em seguida, a jurisprudência do STJ¹² consolidou a ideia do consumidor ainda mais vulnerável e adotou a nomenclatura de hipervulnerabilidade (Marques & Miragem, 2012, p. 188).

Trata-se de pesquisa bibliográfica em literatura especializada, composta por livros, artigos científicos referenciados em revistas, e coletâneas que demonstram a atualidade e a relevância do tema. Complementa-se a estratégia metodológica com pesquisa documental e com um estudo de caso que associam e ilustram a relação entre Direito, marketing e tecnologia em face da proteção do consumidor.

Adotam-se como referencial teórico os conceitos de vulnerabilidade, de hipervulnerabilidade e de hipossuficiência encontrados em Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012), bem como a noção de economia da atenção presente nos autores Tim Wu (2016) e James Williams (2021), além do conceito de sociedade de consumo encontrado em Zygmunt Bauman (1999). Utilizam-se sobretudo as noções que giram em torno do capitalismo de vigilância apresentadas por Shoshana Zuboff (2020, 21): "uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana com matéria-prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e vendas".

¹¹ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. Art. 39 É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

¹² REsp 586.316/MG, j. 17/04/2007. rel. Min Herman Benjamin.

Aproveita-se também de material publicado em políticas, programas, estudos e relatórios produzidos por órgãos governamentais e não governamentais, e organizações internacionais. Da mesma forma, utiliza-se de leis e propostas de lei relacionadas à tecnologia como fontes primárias significativas.

Desse modo, para o enfrentamento do problema de pesquisa, bem como para o desenvolvimento das hipóteses, no primeiro capítulo serão abordados os conceitos relacionados ao marketing e à crescente dependência de dados pessoais, circunscrevendo o trabalho às relações de consumo, bem como às práticas de marketing que ligam fornecedores e consumidores. Ainda no primeiro capítulo, será explorada a perspectiva coletiva da proteção à privacidade em face da crescente individualização do marketing e da publicidade em ambiente digital.

O segundo capítulo se presta a contextualizar o modelo de negócios orientado para dados, expandir a discussão para além das questões que envolvem a publicidade direcionada, abordando a temática das chamadas *dark patterns* como práticas enganosas comumente usadas no ambiente digital. Nesse capítulo, de maneira mais detalhada, serão apresentados os principais trabalhos em torno das *dark patterns* no campo jurídico, bem como o esforço legislativo e regulatório no âmbito da União Europeia e dos Estados Unidos acerca dessa temática. Finaliza-se o segundo capítulo com o debate sobre as eventuais consequências das técnicas não aparentes de persuasão no âmbito de relações de consumo.

No terceiro capítulo, procura-se expor um olhar mais amplo capaz de envolver a estratégia e a estrutura desenvolvidas ao longo da chamada jornada do consumidor, da qual as práticas de publicidade são apenas uma variável. Para tanto, propõe-se um diálogo entre um dos principais autores do campo do marketing, Philip Kotler (2021) e a teoria de Shoshana Zuboff (2020) sobre o capitalismo de vigilância. Nessa ótica, busca-se averiguar a suficiência do princípio da vulnerabilidade, bem como de sua versão agravada, ao confrontá-lo com os mecanismos envolvidos na criação e gerenciamento da jornada do consumidor.

Pretende-se trazer a contribuição da figura do abuso da jornada de consumo configurada resumidamente nas técnicas preparatórias para a publicidade direcionada, como o monitoramento e o *profiling*. Tal abuso perdura até o final da jornada e recomeça quando o consumidor inicia outro ciclo de consumo.

Por fim, o quarto e último capítulo explora o estado da arte da publicidade em ambiente digital, em especial sob dois aspectos. O primeiro diz respeito ao

movimento da indústria de publicidade em direção à extinção dos *cookies* de terceiros, buscando avaliar a relevância dessa decisão para a proteção da privacidade do consumidor-usuário. O segundo trata da recente valorização do *targeting* contextual em oposição ao *targeting* comportamental, questionando a real efetividade desse método, em especial quando baseado em modernas aplicações de Inteligência Artificial.

Ainda no quarto capítulo, discute-se a relevância do princípio da boa-fé objetiva em matéria de marketing realizado em ambiente digital como forma de aprofundar e ampliar deveres anexos e de proteção, justamente na fase pré-contratual, na qual se inserem a publicidade digital e parte da jornada de consumo.

Efetivamente, busca-se responder à questão da suficiência do princípio da vulnerabilidade do consumidor como medida inicial capaz de garantir sua proteção num ambiente em que toda a jornada de consumo é abusiva, pois focada na predição de comportamentos, na captura de sua atenção e na obstaculização à plena realização do livre desenvolvimento da sua personalidade. Esse contexto indica, portanto, que existirá uma debilidade processual do consumidor sempre que se estiver diante da abusividade que se estabelece anteriormente à jornada do consumidor e que perdura durante o seu percurso.

1. Dados pessoais entre o Direito e o Marketing: narrativas conflitantes

1.1. O marketing e a dependência dos dados dos consumidores

Entre as tradicionais figuras jurídicas do consumidor e do fornecedor, conforme conceituadas pelos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹³, se instalou uma atividade que é estranha ao direito, mas causa impacto significativo nas chamadas relações de consumo: trata-se do marketing. Nessa interseção, direito e marketing giram em torno da figura do consumidor, porém cada um desempenhando um papel.

Cabe ao direito garantir o cumprimento dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, na forma do artigo 4º do CDC¹⁴, bem como assegurar os direitos básicos do consumidor positivados no artigo 6º da lei consumerista.¹⁵ Cabe ao marketing promover produtos e serviços com lucro para as organizações.

Assim, na lógica do marketing, para que o encontro entre fornecedores e consumidores aconteça, é preciso, primeiro, escolher quais consumidores atender

¹³ Art. 2º, CDC: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; Art. 3º, CDC: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

¹⁴ Art. 4º, CDC: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios (...)

¹⁵ Art. 6º, CDC: Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; IX - (Vetado); X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

e, em seguida, definir maneiras de alcançá-los e estabelecer relacionamento com eles¹⁶. Nesse sentido, o marketing é mais que uma área ou uma atividade dentro de uma organização; é uma filosofia de gestão empresarial que se apoia no conhecimento obtido sobre o mercado-alvo, formado por clientes atuais e potenciais (Kotler & Armstrong, 2014, p. 9).

Com a evolução das tecnologias da informação, as mudanças na quantidade e na qualidade da informação disponível sobre os consumidores para embasar a tomada de decisão na atividade de marketing foram rapidamente absorvidas pelo mercado corporativo (Allenby, 2019, p. 72).

O uso de dados pessoais como insumo que orienta o processo decisório, conforme abordado na introdução deste trabalho, começa pelo Estado e, na medida em que o custo e o acesso às informações se tornam mais baratos, atrai o interesse da iniciativa privada. É na atividade de marketing, responsável por fazer o elo entre fornecedores e consumidores, que se encontra o núcleo do processamento de dados pessoais, passando, no século XXI, a ser chamada de marketing orientado por dados.

As organizações passaram, então, a trabalhar com sistemas que desenvolvem processos voltados para coletar, tratar e oferecer informações necessárias para a definição de estratégias de marketing. No passado, tradicionalmente as áreas de marketing usavam apenas dados agregados considerando características geográficas e demográficas dos consumidores. Hoje existem verdadeiros painéis que apresentam um grande número de variáveis capazes de revelar informações antes inimagináveis, e até mesmo desconhecidas da própria pessoa.¹⁷

Acrescenta-se, portanto, a tecnologia como fator estruturante e condicionante da atividade de marketing, parte integrante das relações de consumo, seja como pano de fundo, seja como protagonista, sobretudo a partir da década de 1990¹⁸, como será explorado no presente tópico.

¹⁶ Para Philip Kotler & Gary Armstrong (2014, p. 8), trata-se do conceito de Administração de Marketing: "A arte e a ciência de escolher mercados-alvo e estabelecer relacionamentos lucrativos com eles".

¹⁷ Uma pesquisa realizada com mais de 80.000 voluntários identificou a possibilidade de se tirar conclusões sobre uma pessoa a partir da análise de suas *curtidas* na rede social (Kosinski et al., 2013).

¹⁸ De uma perspectiva histórica ampla, a Revolução Industrial costuma ser citada como o momento no qual a tecnologia passou a ocupar lugar de proeminência na sociedade. Da perspectiva da evolução da disciplina do marketing, esse marco é associado ao marketing de relacionamento e ao

Danilo Doneda (2019, p. 49) destaca o papel do desenvolvimento tecnológico como força propulsora para a discussão sobre privacidade e proteção de dados do ponto de vista jurídico. Ato contínuo, a questão colocada por Doneda versa sobre o papel do ordenamento jurídico na defesa de direitos fundamentais em um ambiente determinado pela tecnologia: o direito é suficiente para tal fim?

No mesmo sentido, Laura Schertel Mendes (2014), na obra *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*, trabalha com a hipótese de o ordenamento jurídico pátrio apresentar sim instrumentos capazes de garantir a proteção dos dados consumidores. A ressalva relaciona-se à necessidade de se interpretarem tais recursos à luz das mudanças sociais e tecnológicas.

É certo que os riscos advindos do tratamento de dados pessoais ultrapassam aqueles presentes nas relações de consumo, pois estão em todos os setores nos quais há o uso de dados. O cidadão, como contribuinte, paciente, estudante, empregado, beneficiário de programas sociais, tem seus dados tratados continuamente no seu cotidiano (Mendes, 2014).

No entanto, o trabalho em tela está circunscrito à exploração dos desafios à privacidade e à proteção de dados relacionados às práticas de marketing—localizados, portanto, no centro das relações de consumo. São dois os motivos que justificam o estudo: (i) a vulnerabilidade inerente ao consumidor e a consequente dificuldade de entender e controlar o fluxo de dados pessoais no mercado¹⁹, e (ii) os resultados da naturalização do uso dos dados pessoais com potencial para impactar outras esferas da vida, como as relações de cidadania²⁰.

De especial relevância nesse contexto – qual seja, o das relações de consumo – destaca-se a proteção do consumidor quanto às práticas e cláusulas abusivas, aos métodos comerciais coercitivos e à propaganda enganosa e abusiva (Brambilla & Adolfo, 2016). De acordo com Ada Pellegrini e Antônio Herman Benjamin (Grinover et al., 2011, p. 4), a inserção do marketing no rol de atividades que

desenvolvimento dos sistemas de CRM, pela capacidade de coletar e armazenar dados de consumidores, estabelecer mecanismos de rastreamento, segmentação e personalização.

¹⁹Neste sentido, "o consumidor, por ser o polo vulnerável da relação, possui grande dificuldade de controlar o fluxo de dados e de informações pessoais no mercado, bem como de adotar medidas de autoproteção contra os riscos desse processamento" (Mendes, 2014, n.p.).

²⁰ De acordo com Luciano Floridi (2019), está em curso um processo que ele identifica como "marketização", isto é, a transformação de um determinado contexto em um mercado, como, por exemplo, a comunicação política (*marketisation of political communication*), responsável por levar a teoria do marketing para o uso eleitoral: "The digital revolution has radically transformed the power of marketing and made possible its upgrading to political communications thanks to the fact that we have oceans of personal data (...)" (p. 384).

mereceram atenção dos autores do anteprojeto do CDC, no sentido de que fossem impostos limites às suas práticas, está relacionada ao fato de se buscar a proteção integral do consumidor.

Assim, além de regular aspectos inerentes aos produtos e serviços em si, foi preciso regular aquilo que se apresenta como “verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação desses mesmos bens: o crédito e o marketing” (p. 4).²¹

No próximo tópico, abordam-se o surgimento e a evolução do conceito do marketing, em especial a partir do desenvolvimento do marketing de relacionamento e de sua relação de dependência com os dados dos consumidores.

1.2. Do Marketing de massa ao marketing diferenciado²² – os dados dos consumidores como insumo principal

A disciplina do marketing surgiu a partir dos campos da economia, da administração de empresas²³, da psicologia e da contabilidade (Converse, 1945, p. 14), previamente ao direito do consumidor ser estabelecido no Brasil (e no mundo) e determinar as bases para reequilibrar as relações de consumo.²⁴

O alicerce do pensamento administrativo moderno, que inclui o marketing, foi constituído em paralelo ao desenvolvimento do modo capitalista de produção industrial (Batista-dos-Santos, 2014). Nesse sentido, Cláudia Lima Marques lembra que o direito do consumidor é um direito típico das sociedades capitalistas industrializadas, em que os riscos do progresso devem ser compensados por uma

²¹Grinover et al., 2011

²²Para fins do presente trabalho, optou-se por usar o termo marketing diferenciado em oposição à expressão marketing de massa.

²³Os primeiros cursos de administração de empresas surgiram nos Estados Unidos: em 1881, na Universidade da Pensilvânia (*Wharton School of Finance and Economy*); em 1898, na Califórnia; em 1900, em New Hampshire (*Amos Tuck Business School at Dartmouth College*); e, em 1908, no estado de Massachusetts (*Harvard Business School*). De igual modo na Europa, na mesma época, também eram oferecidos cursos de administração de empresas, em especial na Alemanha e na França. No início do século XX, as escolas de administração de empresas cumpriram papéis diferentes nos Estados Unidos e na Europa. Na América, os cursos eram vistos como canais de formação para aqueles que passavam a ocupar posições gerenciais no contexto da industrialização. Enquanto isso, na Europa, o estudo nas escolas de administração era visto como prestígio e preparo para a ocupação de tais funções (Sheth & Parvatiyar, 1995).

²⁴Claudia Lima Marques aponta que a sistematização de um novo direito, o direito do consumidor, tem início com um discurso de J.F.Kennedy, então presidente dos Estados Unidos, em 1962. Nessa oportunidade, Kennedy enumera o que seriam os direitos do consumidor, e afirma que o papel de consumidor caberá a todos em algum momento da vida (Benjamin et al., 2010, p. 30).

legislação tutelar (protetiva) e subjetivamente especial (para aquele sujeito ou grupo de sujeitos) (Benjamin et al., 2010, p. 30).

O marco inaugural das discussões jurídicas sobre essa nova figura como merecedora de proteção extraordinária é o discurso de John F. Kennedy em 1962, no qual o então presidente dos Estados Unidos da América aponta quais eram, à época, os direitos do consumidor.²⁵ Mais do que afirmar o direito à segurança, à informação e à escolha, a novidade apontada por Kennedy foi a noção de que "todos somos consumidores em algum momento de nossas vidas" (Benjamin et al., 2010, p. 30).

No entanto, observa-se que, na "sociedade de consumo" conforme delineada por Bauman (1999, p. 88), o status de consumidor deixa de ser pontual para ser perene. O principal ator da ordem social é o consumidor; é por meio do consumo que os membros da sociedade são engajados (Basan, 2021, p. 25).

Nesse sentido, na transição do consumo pontual para o consumo constante, duas frentes se abrem: a primeira diz respeito à organização social do chamado mercado "24/7" (Crary, 2016)²⁶; e a segunda se refere à forma como a atividade de marketing evoluiu para apoiar esse modelo. A dinâmica do mercado "24/7" é ilustrada por Jonathan Crary (2016, p. 17) como um local de trabalho e de consumo sem interrupções: "um shopping center de escolhas, tarefas, seleções e digressões infinitas, aberto o tempo todo". Ambas serão exploradas mais à frente no presente trabalho, no que se relacionam ao conceito de jornada de consumo.

Os autores que buscaram recuperar a genealogia do pensamento acadêmico inicial em marketing localizam os primeiros escritos entre o final do século XIX e primeira década do século XX (Bartels, 1940; Converse, 1945; Pressey, 2017; Jones & Monieson, 1990; Shaw & Tamilya, 2001). De especial relevância para a compreensão acerca da evolução do marketing é o trabalho de Robert Bartels (1940). Em 1940, com a publicação da sua tese de doutorado *Marketing*

²⁵ "Em 15 de março de 1962, em mensagem ao Congresso Nacional estadunidense, o então presidente John F. Kennedy reconheceu o caráter universal da proteção dos direitos dos consumidores, tais como o direito à segurança, à informação e de escolha. Por esse motivo, no dia 15 de março é comemorado o Dia Mundial dos Direitos do Consumidor" (BRASIL, s. d., n.p.).

²⁶ Jonathan Crary (2016) afirma que está em curso uma série de pesquisas sobre privação do sono no âmbito das Forças Armadas Norte-Americanas. Tais estudos, em alguma medida, são assimilados pela sociedade e transbordam para o trabalhador e consumidor: "A história mostra que inovações relacionadas à guerra são inevitavelmente assimiladas na esfera social mais ampla, e o soldado sem sono seria o precursor do trabalhador ou do consumidor sem sono. Produtos contra o sono, quando propagandeados agressivamente por empresas farmacêuticas, se tornariam primeiro uma opção de estilo de vida, e ao fim, para muitos, uma necessidade" (p. 5).

*Literature—Development and Appraisal*²⁷, o autor apresenta uma extensa pesquisa sobre o histórico da matéria desde os últimos anos do século XIX até a década de 1940.²⁸

Bartels identifica que o termo marketing é usado pela primeira vez como substantivo, e não como verbo (*to market*), entre 1906 e 1911, apesar de outros pesquisadores fazerem o registro em tempos anteriores, chegando a retroceder ao século XVI ou até mesmo à pré-história (Shaw & Tamilya, 2001, p. 159). Hoje definido como "gestão de relacionamento com o público-alvo"²⁹, ao longo dos anos o conceito de marketing foi sendo alterado na medida em que acontecimentos sociais e econômicos foram transformando a sociedade e influenciando a forma de relacionamento entre pessoas e empresas.³⁰

Na mesma direção, Sheth localiza o surgimento da concepção do pensamento do marketing como uma disciplina separada e derivada da economia no início do século XX (Sheth & Parvatiyar, 1995). A atividade se desenvolveu baseada em trocas e transações, apoiadas por um conjunto de ferramentas chamadas "mix de marketing" ou "4P's".³¹ O marketing transacional era, portanto, voltado para facilitar a troca de bens e serviços ofertados pelas empresas aos consumidores. A venda era o objetivo final.

Parte central da atividade de marketing é escolher a extensão do conjunto de consumidores a ser atendido pelas organizações, também chamado de público-alvo ou mercado-alvo. Trata-se da chamada segmentação: a divisão de mercados maiores e heterogêneos em segmentos menores e mais homogêneos, com o objetivo

²⁷ Esse trabalho foi atualizado três vezes (1962, 1976, 1988) para incluir o desenvolvimento da matéria.

²⁸ Neste sentido: "(...) Is the work with which Bartels's name has become synonymous— The History of Marketing Thought (Bartels 1976, 1988)" (Shaw e Tamilya, 2001, p. 156).

²⁹ O conceito de público-alvo, conforme definido por Philip Kotler (2014), refere-se a compradores atuais e potenciais dos produtos e serviços de uma empresa: pessoas que decidem ou influenciam; indivíduos, grupos, públicos específicos ou o público em geral. Empresas também são consideradas público-alvo dentro de compradores organizacionais. Para fins do presente trabalho, delimita-se o conceito de público-alvo em consumidores, na forma dos artigos 3º e 29 do Código de Defesa do Consumidor. Art. 3º (nota 61). Art. 29 Para os fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

³⁰ Para fins de marco cronológico, pode-se definir como ponto de partida de tais acontecimentos sociais e econômicos o Fordismo, mais especificamente 1914, e a introdução do dia de trabalho de oito horas com remuneração de cinco dólares. Trata-se de um período no qual a produção e o consumo em massa se estabelecem como um modo de vida, e que dura até 1973, conforme afirma David Harvey (2008) em *Condição pós-moderna*. .

³¹ A teoria dos 4P's foi desenvolvida em 1960 por Jerome McCarthy, professor e autor norte-americano. Trata-se de combinar quatro variáveis com objetivo de gerar respostas junto aos público-alvo. As variáveis são: produto, preço, praça e promoção. Segundo o dicionário de Oxford, McCarthy é figura central no desenvolvimento do marketing (E Jerome McCarthy, s.d.).

de promover o alcance de maneira mais eficiente, ofertando produtos e serviços condizentes com as necessidades desses segmentos (Kotler & Armstrong, 2014, p. 209).

A determinação do tamanho dos segmentos está intimamente relacionada ao grau de informação que se tem dos consumidores que os compõem. É nesse contexto que os dados pessoais adquirem importância significativa, se transformando, a partir da década de 1970, em fonte motriz das estratégias empresariais (Samarajiva, 1997).

A valorização dos dados pessoais nas estratégias de marketing coincide com a transição do modelo de capitalismo industrial para um modelo de acumulação flexível, segundo David Harvey (2008, p. 151), ou economia flexível, conforme o termo adotado por Piore & Sabel (1990, p. 281), ou ainda customização em massa, de acordo com Samarajiva (1997)³².

É importante notar que o colapso no sistema fordista de produção, inaugurado em 1914 e estendido até 1973, gerou um período de mudança, fluidez e incerteza.³³ O antídoto para reduzir a insegurança veio justamente na forma de adoção de modelos flexíveis, voltados para a especialização e a diversificação da produção (Mendes, 2014).

A crise no modelo de produção em massa teve início no final da década de 1960 devido a uma combinação de fatores, entre os quais se destaca o excedente de produção, tanto nos Estados Unidos quanto nos países da Europa Ocidental e no Japão, todos recuperados economicamente dos impactos da Segunda Guerra Mundial. Como consequência, verificou-se o aumento decisivo da competição entre mercados internacionais.

É também dessa época a inserção de alguns países da América Latina e da Ásia no cenário produtivo, impactando, de maneiras diferentes, a hegemonia fordista norte-americana. Na América Latina se configurou um momento de estímulos à indústria nacional, e a Ásia recebeu as primeiras indústrias que procuravam condições mais maleáveis para o trabalho assalariado. Somou-se a esse

³²Laura Schertel apresenta uma relação de autores que tratam do conceito economia flexível de formas diferentes, mas sempre com o mesmo significado: uma economia especializada e diversificada que se opõe à produção em massa (Mendes, 2014).

³³Nesse sentido, David Harvey (2008, p. 119) afirma: "Aceito amplamente a visão de que o longo período de expansão do pós-guerra que se estendeu de 1945 a 1973, teve como base um conjunto de práticas de controle do trabalho, tecnologias, hábitos de consumo, e configurações de poder político-econômico, e de que esse conjunto com razão pode ser chamado de fordista-keynesiano."

cenário a crise do petróleo, o que levou as grandes corporações a reverem seus modelos de produção. Nas palavras de David Harvey (2008, p. 177):

A profunda recessão de 1973, exacerbada pelo choque do petróleo, evidentemente retirou o mundo capitalista do sufocante torpor da estagflação (estagnação da produção de bens e alta inflação de preços) e pôs em movimento um conjunto de processos que solaparam o compromisso fordista. Em consequência as décadas de 70 e 80 foram um conturbado período de reestruturação econômica e de reajustamento social e político. No espaço social criado por todas essas oscilações e incertezas, uma série de novas experiências nos domínios da organização industrial e da vida social e política começou a tomar forma (...). A acumulação flexível, como vou chamá-la, é marcada pelo confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo.

Nesse sentido, Samarajiva (1997, p. 277) afirma que, na passagem da produção em massa para a produção customizada, se estabeleceu a criação de uma enorme demanda por informações detalhadas sobre comportamento do consumidor.

É importante destacar, aqui, que, apesar de serem usados não raramente de maneira indistinta pela doutrina e pela lei, os termos “dado” e “informação” apresentam significados diferentes. O dado está relacionado a um estado bruto da informação, representado pelo conjunto de texto, números e símbolos sem sentido atribuído. Trata-se de algo a ser tomado como ponto de partida ou base de uma questão: "o elemento antecedente, a situação da qual se parte ou que serve de respaldo para formular um problema, fazer uma inferência, aventar uma hipótese" (Abbaganano, 2015, p. 266).

Já a informação está relacionada ao sentido que é atribuído ao dado processado, colocado em um determinado contexto. “Alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição” (Abbaganano, 2015, p. 267)³⁴

Por fim, importa ressaltar que o dado anonimizado se refere a uma pessoa não identificada ou indeterminada. Nesse caso, o valor da informação não está na pessoa, mas sim na coletividade ou em grupos específicos. O dado anonimizado é o dado pessoal que passou por um dos seguintes processos que permitem a quebra

³⁴ Note-se que o conceito de dado pessoal na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei no 13.709/2018) inclui o termo informação, que se repete na Lei de Acesso à Informação (Lei no 12.527/2011). Nos mesmos termos, a Convenção 108 de 1981 define informação pessoal como “qualquer informação relativa a um indivíduo identificável ou identificável”.

do vínculo entre a pessoa e a informação a ela relacionada: supressão, generalização, randomização ou pseudonimização.

A diferenciação entre informação e dados pessoais feita acima é fundamental para compreender melhor o processo denominado “customização em massa”.

Embora o termo não encontre consenso na literatura, pode ser compreendido a partir da definição dada por Davis (apud Taube & Hirota, 2017): trata-se da tendência de produzir e distribuir produtos e serviços customizados individualmente para um mercado de massa. Consiste, em outras palavras, em um método de oferecer produtos e serviços personalizados a preços consistentes com a produção de massa, capaz de entregar aos consumidores aquilo que desejam e quando desejam (Ferguson et al., 2013).

Assim, é natural que a necessidade de informações específicas – que, como visto, se desdobram dos dados pessoais – sobre consumidores ou grupos de consumidores se tenha instalado como engrenagem de uma nova forma produtiva.

No entanto, existe algo de peculiar no protagonismo que os dados pessoais foram assumindo na economia, a ponto de se tornarem insumos essenciais, principais recursos dos tempos atuais. Como aponta Ana Frazão (2020, p. 23), o uso de dados pessoais não é novidade na história da humanidade, mas o *big data* transformou profundamente as atividades de tratamento de dados, conferindo-lhes uma eficiência jamais vista.

Conforme já mencionado, apesar da notoriedade que a capa da revista *The Economist* de 6 de maio de 2017 alcançou ao apontar que os dados pessoais eram o “novo petróleo” (The World’s..., 2017, p. 1), essa analogia já havia sido feita por Perri (2005, p. 17) mais de uma década antes. Segundo ele, a capacidade de fazer uso de vastos bancos de dados pessoais dá a uma organização um grau de poder comparável àquele possuído pelos países produtores de petróleo até os anos 1980.

É nesse contexto de economia baseada em dados pessoais que a produção em massa abriu espaço para um modelo de economia flexível focado na customização e na personalização que, por sua vez, passou a demandar outro tipo de marketing. Diferenciado, segmentado, concentrado, individual, um-a-um, micromarketing, marketing local, entre outros termos, surgiram para marcar as diferenças entre as formas de estabelecer relacionamento com o cliente. Os principais pontos de divergência entre os extremos que representam o marketing de

massa, assim como o marketing diferenciado e suas derivações, estão relacionados à capacidade de segmentar o universo de consumidores atuais e potenciais, e atendê-los com lucro para as organizações.

No marketing indiferenciado (de massa), o produto vendido é padrão, derivado de um modelo de produção em massa, voltado para o consumidor médio, com necessidades comuns, trabalhadas dentro do modelo clássico de processo de decisão de compra.³⁵ Já no marketing diferenciado, o produto exibe algum grau de personalização, e o modelo de produção é flexível, dirigido a um consumidor individualizado com necessidades particularizadas, conduzido por estímulos e controles inseridos na jornada de consumo.³⁶

Enquanto no marketing de massa se trabalha com o conceito amplo de público-alvo, refletindo um baixo grau de segmentação de mercado, no marketing diferenciado busca-se um perfil de consumidor mais detalhado, que pode dar origem a segmentos menores e até mesmo ao *microtargeting* (Kotler & Keller, 2018, p. 222). Os métodos de comunicação se alinham ao marketing, logo a comunicação massificada e unidirecional cedeu espaço para a comunicação personalizada, direcionada e construída por diversos *stakeholders*.³⁷

Na prática, um elemento comum se destaca na transição do marketing de massa para o marketing diferenciado: a busca pela maior proximidade com o consumidor. Nesse sentido, alguns fatores contribuíram para que as organizações desenvolvessem estratégias para promover a aproximação com o público-alvo. São eles: a evolução da computação³⁸, a redução no custo dos computadores, a diminuição no custo de armazenamento de dados, a disponibilidade de ferramentas para tratamento de dados, o reconhecimento da importância da retenção de consumidores e a ênfase em indicadores de performance voltados para a extração do máximo de valor dos consumidores (Payne, 2005, p. 1). Como resultado, um novo campo se estabelece, o chamado marketing de relacionamento.

³⁵ De acordo com Kotler & Keller (2018, p. 185), o processo de decisão de compra contempla tradicionalmente cinco estágios: reconhecimento do problema, busca de informações, avaliação de alternativas, decisão de compra e comportamento pós-compra.

³⁶ O conceito de jornada de consumo será explorado no capítulo 3 do presente trabalho.

³⁷ Comparação inspirada no quadro sistematizado por Laura Schertel (Mendes, 2014, n.p.),

³⁸ Destaca-se o papel relevante da evolução da computação conforme Rodotà (apud Doneda, 2020, p. 137): "(...) a novidade fundamental introduzida pelos computadores é a transformação da informação dispersa em informação organizada".

1.3. Marketing de relacionamento

Em meados da década de 1980, uma nova visão ganhou destaque no âmbito do marketing, em especial no que se referia à prestação de serviços³⁹: o relacionamento (Sheth & Parvatiyar, 1995, p. 397). A prestação de serviços – por sua natureza intangível, perecível, variável e inseparável (de quem presta o serviço) (Kotler & Armstrong, 2014, p. 259) – impôs uma dimensão relacional acentuada entre fornecedor e consumidor. Não por acaso, Stefano Rodotà (2007, p. 66) observa que a sociedade da informação é a sociedade dos serviços, e aponta duas consequências para esse fato: (i) quanto mais sofisticado o serviço prestado, maior a quantidade de dados pessoais exigido; e (ii) quanto mais extensa a rede de prestação de serviços, maior o compartilhamento de dados pessoais.

A observação de Rodotà mostra-se em consonância com práticas de marketing contemporâneas, como, por exemplo, o que se verifica nos clubes de fidelidade, nos seguros, na rede de benefícios ofertada como bônus, nos *market-places* e nos mecanismos de *cashback*, entre outras iniciativas que se estruturam em torno dos dados pessoais. Foi devido a essa análise da importância do contato entre as partes de uma transação comercial, sobretudo no âmbito dos serviços, que o marketing de relacionamento começou a se desenvolver.

Relacionamento é um conceito antigo e conhecido dos comerciantes dos séculos passados, mas dotado de uma nova roupagem no contexto do marketing (Berry, 1995; Grönroos, 1994; Ballantyne et al., 2003). Nesse sentido, Payne e Frow (2017) afirmam que a ascensão do marketing de relacionamento é a redescoberta de uma abordagem que provou ser a pedra angular das empresas de sucesso.

A ênfase no relacionamento comercial levou ao desenvolvimento do pensamento acadêmico fora do marketing tradicional nas décadas de 1980 e 1990.⁴⁰ Novos conceitos e subáreas de atuação foram criados tendo o relacionamento entre fornecedores e consumidores como pano de fundo: por exemplo, o marketing

³⁹Serviços são definidos por Philip Kotler como “uma forma de produto que consiste em atividades, benefícios ou satisfações oferecidas para venda que são essencialmente intangíveis e não resultam na posse de nada” (Kotler e Armstrong, 2014, p. 244).

⁴⁰ O primeiro livro acadêmico sobre marketing de relacionamento foi publicado em 1991 (Christopher et al., 1991). No mesmo ano, foi publicado o primeiro manual de prática do marketing de relacionamento (McKenna, 1991)

direto⁴¹, do *database marketing*⁴², do *customer relationship manager (CRM)*⁴³ e dos programas de fidelidade⁴⁴.

Vavra (2008, p. 11) identifica sete atividades essenciais ao marketing de relacionamento, todas partindo da ideia de gestão das informações do consumidor: (i) organização das informações em banco de dados, (ii) identificação e gerenciamento dos pontos de contato com o consumidor, (iii) análise das interações com consumidores, (iv) elaboração de indicadores de satisfação, (v) estabelecimento de programas de comunicação com consumidores, (vi) criação de programação voltada para os consumidores, (vii) identificação e recuperação de clientes perdidos.

A partir da ideia central de relacionamento com cliente, surge um modelo de gestão apoiado em ferramentas de *Customer Relationship Manager (CRM)* que, na literatura de marketing, muitas vezes se confunde com o próprio marketing de relacionamento. O CRM usa as estratégias de marketing de relacionamento, mas o marketing de relacionamento não necessariamente se apoia em sistemas de CRM (Scussel, 2017, p. 11). Para Payne (2005), CRM é sobre a implementação de projetos voltados para o consumidor, com o apoio da tecnologia.

O objetivo é alcançar vantagem competitiva por meio do maior conhecimento sobre expectativas, preferências e comportamentos do consumidor: “o que envolve a criação de um diálogo contínuo com os clientes e a exploração das informações e percepções obtidas em cada ponto de contato” (p. 26).⁴⁵

No âmbito do marketing, a redescoberta do valor do relacionamento entre empresas e consumidores foi motivada sobretudo por dois fatores: a crescente complexidade dos mercados, e a introdução e sofisticação de tecnologias de

⁴¹ “Marketing direto são os contatos diretos com consumidores individuais, cuidadosamente definidos como alvo, com objetivo de obter resposta imediata e cultivar relacionamentos duradouros” (Kotler & Armstrong, 2014, p. 449).

⁴² Em revisão bibliográfica sobre o tema, Miriam Bretzke (1992) informa: “O conceito mais amplamente aceito é que Database Marketing é uma ferramenta do Marketing e conseqüentemente um novo Marketing Direto, que se formou pela integração da Tecnologia de Banco de Dados e do conhecimento dos Sistemas de Informações, com as técnicas próprias da pesquisa mercadológica, da segmentação de mercado e da comunicação do Marketing Direto”.

⁴³ O conceito de Customer Relationship Manager (CRM) abrange todas as atividades empresariais que visam a criação e a manutenção de relações de longo prazo entre partes de um negócio (Lawson-Body & Limayem, 2006).

⁴⁴ São programas criados com o objetivo de reter consumidores extraindo o máximo de valor de cada um ao longo de uma vida de relacionamento. De acordo com Dominique Boullier (2019, p. 66), os programas de fidelidade transformam atenção em hábito.

⁴⁵ No original: “This involves creating an ongoing dialogue with customers and exploiting the information and insights obtained at every customer touch point”. (Payne, 2005, p. 26).

informação que permitiam tratar dados acerca do comportamento do consumidor (Scussel, 2017).

Diante do novo contexto de mercado, o marketing tradicional baseado em compra e venda não se mostrava mais suficiente para promover produtos e serviços com lucros para as organizações. Em seu lugar, surgiu um novo tipo de marketing: “onde o relacionamento de caráter integrador sugere uma aproximação econômica, emocional e estrutural entre as partes, tendo como consequência relacionamentos duradouros e lucrativos” (Scussel, 2017, p. 10).

Importa ressaltar que a indicação de períodos relacionados à evolução do marketing no presente trabalho se presta apenas a fazer um recorte histórico e temporal, com finalidade de articulá-la posteriormente às relações de consumo inseridas no contexto do Código de Defesa do Consumidor. A periodização é definida por Hollander et al. (2005) como o processo de dividir a narrativa cronologicamente em intervalos de tempo separados, com início e fim bem marcados.⁴⁶

Apesar do problemático reducionismo, da dificuldade de uma definição precisa da duração dos períodos e do falso sentido de progresso proporcionado, optou-se por usar a ideia de períodos baseados em "pontos de virada" da história. Tal noção se presta ao objetivo de circunscrever a discussão ao papel do marketing inserido nas relações de consumo e na privacidade do consumidor: mais especificamente, o marketing de relacionamento a partir da década de 1990, com os primeiros livros acadêmicos publicados sobre o tema (Rodotà, 2007).

Segundo Cláudia Lima Marques, o consumidor foi reconhecido pelo direito há pouco tempo. Ele está presente na cena industrial a partir da metade do século XIX como comprador, contratante, ou terceiro beneficiário de um seguro. No entanto, como figura de direitos específicos (individuais homogêneos, coletivos e difusos), tendo em conta sua posição na sociedade, e não apenas a relação contratual efêmera, ele passa a ter relevo apenas em meados da década de 1960 (Benjamin et

⁴⁶ Neste sentido: "As we mentioned earlier, periodization summarizes and structures historical material. In that way it facilitates understanding and memorization by breaking history into smaller chunks. It also creates a number of different but related sets of events that facilitates comparison across time. However, in that connection, there are some trade-offs and limitations related to reductionism, duration of periods, consistency, and the false sense of progress that periodization often assumes." (Hollander et al., 2005. p. 38).

al., 2010, p. 29). E, no Brasil, isso ocorre apenas três décadas depois, com a publicação da Lei 8.078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Hoje, somadas mais outras três décadas, é possível afirmar o protagonismo do direito do consumidor no país:

Trata-se de uma das leis mais conhecidas pela população, e, embora seja elevado o nível de desrespeito a muitas de suas regras ainda hoje, inequívoco que o balanço destas três décadas é positivo. Não é exagerado dizer que o CDC se converteu em instrumento da proteção da cidadania – afinal todo cidadão necessita consumir produtos e serviços de qualidade – ao mesmo tempo que se volta também às empresas e aos empresários para contribuir, com o atendimento de suas normas, para um ambiente saudável de concorrência e inovação, essencial ao desenvolvimento econômico (Marques et al., 2020, p. 11).

Por outro lado, o mercado de consumo se transformou nos últimos 30 anos com o surgimento de novos modelos de negócios, com a presença da internet e com estratégias de marketing baseadas em dados pessoais. Os desafios trazidos aos direitos do consumidor são completamente diferentes daqueles vigentes à época da promulgação do CDC (Miragem, 2020).

As relações de consumo que serão exploradas no presente trabalho são aquelas permeadas por um grande volume de informações deixadas pelos consumidores, que se tornaram “incessantes geradores de dados estruturados, transacionais, bem como de dados comportamentais não estruturados” (Erevelles et al., 2016, p. 897). As atividades identificadas por Vavra (apud Scussel, 2017) em 1993 como aquelas que integravam o então novo paradigma do marketing, o relacionamento, continuam a desempenhar um importante papel.

Porém, agora, entrando na terceira década do século XXI, em um ambiente de ampliação do uso da internet, da era das chamadas *Martechs*⁴⁷, as relações de consumo são atravessadas pelo acelerado desenvolvimento da tecnologia, o que alterou a forma como produtos e serviços são ofertados e consumidos. A era digital⁴⁸, aliada à Internet das Coisas (IoT)⁴⁹, à inteligência artificial, ao uso da

⁴⁷ Martechs são empresas de marketing que usam tecnologia para a automação de suas atividades,

⁴⁸ A Era digital é definida no dicionário de Cambridge como o tempo em que vivemos, no qual muitas coisas são feitas no computador e grande quantidade de informação está disponível por causa da tecnologia da computação (Digital Age, s.d.).

⁴⁹ De acordo com Eudardo Magrini, Internet das coisas pode ser conceituada como “um ambiente de objetos físicos interconectados com a internet por meio de sensores pequenos e embutidos, criando um ecossistema de computação onipresente (ubíqua), voltado para a facilitação do cotidiano das pessoas, introduzindo soluções funcionais nos processos do dia a dia.” (Magrini, 2018, p. 20).

biometria para reconhecimento do usuário, facilitou o trânsito de informações e a aquisição de conhecimento por parte das organizações.

A concepção da informação como um produto, e também um subproduto, é um desdobramento natural das inovações tecnológicas citadas. Trata-se de um produto que é coletado, reunido, armazenado, empacotado e, posteriormente, vendido para agentes econômicos especialmente interessados em prever comportamentos futuros (Walker, 2016). Para Bruno Miragem (2020, p. 248), são essas mudanças verificadas no modo de consumir, bem como no objeto do consumo, que justificam o reconhecimento de outra dimensão da vulnerabilidade do consumidor, relacionada à falta de familiaridade com o ambiente digital.

A despeito da onipresença dos riscos do uso de dados pessoais sobre os mais diversos setores da economia, o enfoque do presente trabalho busca explorar os desafios à proteção da privacidade e dos dados pessoais nas relações de consumo. Laura Schertel sublinha as palavras de Hoffmann-Riem: “se George Orwell fosse reescrever ‘1984’ sob as atuais circunstâncias, provavelmente ele iria descrever um cenário de ameaças do setor privado e da economia” (Mendes, 2014, n.p.).

1.4. O conceito e os fundamentos da proteção aos dados pessoais nas relações de consumo no ordenamento jurídico brasileiro

É certo que o uso de dados pessoais começa pelo Estado, com o objetivo de garantir eficiência à administração pública, inicialmente voltada para a arrecadação tributária e, posteriormente, responsável pela promoção de melhores condições de vida para a população (Wimmer, 2021, p. 283). A adoção, pelo Estado, de tecnologia capaz de suportar a ampliação de tarefas administrativas envolvendo a vida dos cidadãos deu origem a grandes bancos de dados e à chamada sociedade da vigilância, que, para David Lyon (1994, p. 33), está intrinsecamente relacionada ao surgimento dos Estados Modernos.

O tratamento de dados pessoais está no cerne das atividades desenvolvidas pelo Poder Público, configurando-se de longa data como instrumento para a realização de suas missões. A novidade, portanto, não está no uso dos dados pessoais em si, mas sim nas formas de coleta e cruzamento de informações sobre os cidadãos, que vêm tornando-se cada vez mais aprimoradas (Wimmer, 2021, p. 282).

Miriam Wimmer (2021, p. 285) aponta que:

Ao longo dos últimos cinquenta anos testemunhou-se significativa evolução na adoção de tecnologia pelos governos e, em paralelo, uma impressionante expansão de suas capacidades de tratamento, processamento e cruzamento de dados. Esse movimento foi acompanhado da evolução na compreensão do papel da tecnologia nos processos de governança pública, transitando-se do conceito de Governo Eletrônico para o conceito de Governo Digital, no qual as tecnologias digitais são concebidas como parte integrante das estratégias de modernização do Estado e de criação de valor público.

De fato, a crescente sofisticação tecnológica aplicada ao tratamento de dados pessoais, somada à também crescente assimetria entre governos e população, indica a importância do debate acerca do tema, não apenas no que tange ao Estado, mas a todos os agentes de tratamento. Cabe lembrar que a relação do cidadão com o Estado é obrigatória em diversas situações.⁵⁰ Entre o registro de nascimento e o registro de morte, existe um sem-número de pontos de contato que instruem um conjunto de direitos e deveres entre as partes (Terra & Castro, 2020, p. 237).

O mesmo se pode dizer da relação com a iniciativa privada. Estar inserido na sociedade de consumo hoje significa oferecer dados pessoais, por vezes de maneira voluntária, mas muitas vezes de forma involuntária e invisível. De uma forma ou de outra, o cidadão, em seu papel de consumidor atual ou potencial, se relaciona com um grande número de agentes econômicos que recolhem e tratam seus dados. Nas palavras de Anita Allen (2016, p. 74): "os indivíduos estão generosamente alimentando o *big data*. Atualmente o *data analytics* envolve o uso desconhecido e não consensual de dados gerados pela conduta humana, o que pode revelar comportamentos e identidades em detrimento deles próprios."

De compras feitas com cartão de crédito a exames laboratoriais, de pesquisas no Google e postagens no Instagram ao uso do wi-fi grátis, dados pessoais são disponibilizados rotineiramente. São as empresas que estão no centro da economia da informação, que acumulam grandes quantidades de dados sobre todos. Conforme Susanne Lace anotou em 2005, "muito pouco se sabe sobre o funcionamento da economia da informação, muitas ações do setor privado se

⁵⁰ Por exemplo: registros de nascimento, casamento, divórcio, viuvez, óbito, nascimento de filhos, informações para acesso aos benefícios sociais (aposentadoria, auxílio-doença, salário maternidade e pensão por morte), aos benefícios relacionados ao trabalho (FGTS, PIS/Pasep, seguro desemprego, licença maternidade etc), e aos benefícios relacionados ao Sistema Único de Saúde (SUS).

mantêm mascaradas por segredo comercial e muitas organizações ainda precisam reconhecer o valor de uma maior abertura" (Lace, 2005, p. 238).

Da mesma forma, para Edith Ramirez, presidente da Federal Trade Commission (FTC) entre 2013 e 2017, a utilização legítima do *big data* só será possível quando o consumidor sentir que está no controle, e isso requer transparência (Sarkar, 2016). Nesse mesmo contexto, se insere a ideia de "espelho de mão única", desenvolvida por Frank Pasquale para ilustrar como se dá o uso de dados pessoais por governos e grandes empresas, que tudo sabem sobre os cidadãos enquanto estes pouco sabem sobre os aqueles (Pasquale, 2015, p. 9).

Em sentido equivalente, Shoshana Zuboff (2020, p. 21) explica que o capitalismo de vigilância, conceituado por ela como "uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e vendas", atua por meio de assimetrias de poder e conhecimento (p. 22). No presente tópico, parte-se da noção de desigualdade epistêmica do consumidor em relação aos agentes econômicos que tratam dados pessoais para circunscrever a proteção de dados pessoais às relações de consumo.

Antes, porém, traça-se um breve percurso evolutivo da proteção de dados pessoais no direito brasileiro, no qual se abordarão os seguintes tópicos: (i) a promulgação da Emenda Constitucional 115/2022 e a inclusão do direito à proteção de dados pessoais; (ii) o julgamento das ADIs nºs. 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393; (iii) a ação de *habeas data*; (iv) o artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor; (v) a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011); (vi) a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2013); (vii) a tutela coletiva; e (viii) o ônus da prova.

1.4.1 A Emenda Constitucional 115

O direito à proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro recebeu recentemente assento constitucional por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 115, em fevereiro de 2022, que inseriu no artigo 5º o inciso LXXIX com a seguinte redação:

Artigo 5º, LXXIX: é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

A EC 115, originária da PEC nº 17 de 2019, tratou de recepcionar na tessitura constitucional as normas já estabelecidas infraconstitucionalmente pela Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais.⁵¹ Danilo Doneda destaca que "o estabelecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais nada mais é que o encerramento do ciclo normativo que começou com a elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados" (Câmara dos Deputados, 2019).

Esse é último requisito que faltava para a concretização do chamado tripé institucional da proteção de dados⁵², hoje formado no Brasil pela LGPD em vigor, pela existência e funcionamento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e, por fim, pelo reconhecimento da proteção de dados pessoais como um direito fundamental.

A incorporação explícita do direito à proteção de dados pessoais na Constituição Federal, que ocorre também em decorrência da evolução tecnológica, ilustra a atualidade da tese do filósofo Norberto Bobbio (2004, p. 20) de que "os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem."

Com efeito, a inclusão, em inciso próprio, do direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental e independente do direito à privacidade reforça a importância do reconhecimento da proteção de dados como direito autônomo.⁵³ Apesar da novidade em sede constitucional, as questões associadas à proteção de dados pessoais não eram alheias à prática jurídica pátria, muito pelo contrário.

Na própria Constituição Federal, o direito à proteção de dados está associado ao direito à privacidade que trata da inviolabilidade da intimidade, vida

⁵¹ Em 10 de dezembro de 2019, a partir de debates e audiências públicas na Câmara dos Deputados, a Comissão Especial de Tratamento e Proteção de Dados Pessoais aprovou, na íntegra, o substitutivo exibido pelo relator da PEC 17/2019, o deputado federal Orlando Silva. Registra-se que, além da inserção do citado inciso LXXIX no artigo 5º da Constituição Federal, a PEC nº 17/2019 também inseriu o inciso XXVI no artigo 21 da CF, determinando que é competência da União organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei. Por fim, como última alteração, a PEC nº 17/2019 estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais, na forma do novo inciso XXX no artigo 22.

⁵² Conforme Laura Schertel Mendes (2020) em artigo para o Jota, no qual analisa a MP nº 954 de 2020.

⁵³ Ver por todos a apresentação de Caitlin Mulholland, entre os minutos 24 e 42, na audiência pública sobre a PEC 17/2019 (Câmara dos Deputados, 2019).

privada, honra e imagem (art. 5º, X, CF)⁵⁴, mas também da vedação à invasão de domicílio (art. 5º, XI, CF)⁵⁵ e, ainda, da garantia de sigilo das comunicações (art. 5º, XII, CF)⁵⁶. Sem olvidar da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, nas palavras de Guilherme Magalhães Martins (2020, p. 425):

Da cláusula geral da dignidade humana – em face da qual não há que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade – irradiam-se a privacidade, honra, imagem, identidade pessoal e proteção de dados pessoais, entre outros atributos da pessoa. (...)

A dignidade humana, portanto, outorga autonomia não apenas física, mas também moral, particularmente da condução da sua vida, na autoatribuição de fins a si mesmo, na eleição, criação e assunção da sua escala de valores, na prática de seus atos, na reavaliação dos mesmos e na recondução do seu comportamento.⁵ Sob essa perspectiva, um dado, atrelado à esfera de uma pessoa, pode se inserir dentre os direitos da personalidade.

Não obstante a possibilidade de uma leitura do direito à proteção de dados a partir da perspectiva civil-constitucional⁵⁷, em que sua tutela seria entendida como derivada da cláusula geral da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF)⁵⁸ ou da integração da proteção de dados à proteção da vida privada (art. 5º, X, CF), andou bem o legislador ao diferenciar o conteúdo da privacidade da proteção de dados em âmbito constitucional.

A uma, porque ratifica a importância do tema e não deixa margem para qualquer interpretação divergente acerca da proteção de dados como direito fundamental. A duas, porque sublinha a relevância da autodeterminação

⁵⁴ Artigo 5º, X, CF são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

⁵⁵ Artigo 5º, XI, CF a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial

⁵⁶ Artigo 5º, XII, CF é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal

⁵⁷ De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes (2016, p. 31), "(...) enquanto o Código Civil dá prevalência e precedência às relações patrimoniais, no novo sistema do Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência é de ser atribuída às relações existenciais, ou não-patrimoniais, porque à pessoa-humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, assegurar tutela e proteção prioritárias. Em consequência no novo sistema passam a ser tuteladas com prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos deficientes, dos consumidores (...)."

⁵⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

informativa como fundamento infraconstitucional a ser observado pelos agentes de tratamento de dados pessoais submetidos à LGPD.⁵⁹ A três, porque atesta a abrangência do direito à proteção de dados e seus pontos de divergência com o direito à privacidade, que se torna insuficiente para a tutela ampla do cidadão.⁶⁰

Antes de passar ao próximo ponto, apresenta-se o conceito de autodeterminação informativa, que é de fundamental relevância para o presente trabalho. A Lei Geral de Proteção de Dados traz a autodeterminação informativa no rol de seus fundamentos (Art. 2º, II). Significa dizer que a possibilidade de o titular controlar os próprios dados e tomar decisões sobre seu uso é uma das razões da existência da LGPD.

Trata-se de um conceito desenvolvido na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha a partir de uma série de julgados que enfrentaram questões voltadas para os direitos da personalidade.⁶¹ Em apertada síntese, de acordo com Laura Schertel, a jurisprudência alemã chegou a uma formulação abstrata e ampla sobre um direito geral da personalidade, que não definiu seu conteúdo, mas sim sua função (Mendes, 2020):

Em relação a essa abstração, seu conteúdo não pode ser definido de forma conclusiva; existe somente uma definição específica na análise do caso concreto. Com isso, a função mais importante do direito da personalidade geral consiste em proteger o indivíduo contra futuras ameaças, que sempre podem voltar a surgir no cotidiano contemporâneo (p. 10).

A vantagem da formulação aberta e abstrata que deu os contornos do direito geral à personalidade na Alemanha é a capacidade de abrigar novos desafios que surgem em decorrência da evolução social e tecnológica. Foi o que ocorreu com a noção de autodeterminação informativa, que foi extraída do parecer encomendado na década de 1970 pelo Ministério do Interior da Alemanha.

⁵⁹ Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: II - a autodeterminação informativa, LGPD.

⁶⁰ Danilo Doneda (2019, p. 328) afirma que proteção de dados e privacidade estão relacionadas, mas que não raro apresentam valores e interesses contraditórios. A cidadania na sociedade da informação depende de uma tutela constitucional sobre os dados pessoais, conforme Laura Schertel Mendes em sua fala por ocasião das audiências públicas sobre a pertinência da PEC 017/19 (Câmara dos Deputados, 2019)

⁶¹ Nesse sentido: "Um aspecto interessante dessa jornada é que ela se apoia na evolução da interpretação de um único artigo da Lei fundamental da Alemanha: o art. 2º, §1º, que garante que todos têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade...A lei fundamental alemã prevê em seu art. 2º, §1º, o seguinte: 'Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade' (Mendes, 2020, p. 2).

O ponto central do parecer dizia respeito à necessária atenção a ser dada a um direito focado no controle da informação, e não apenas na ideia de proteção da esfera privada: "do art. 2º, §1º, da LF, resulta um direito de autodeterminação do cidadão, segundo o qual ele pode decidir 'quais informações individuais ele fornece a quem e sob quais circunstâncias' (p. 10)."

Em 1983, no célebre julgamento sobre o censo da população, a autodeterminação informativa foi reconhecida constitucionalmente pela primeira vez. Com efeito, a discussão dizia respeito ao recenseamento da população e ao tratamento de dados pessoais em profundidade e amplitude até então nunca realizadas. É o que relata Laura Schertel (2020, p. 10)

Assim, afirma o Tribunal que o processamento automatizado dos dados ameaçaria o poder do indivíduo de decidir por si mesmo se e como ele desejaria fornecer a terceiros os seus dados pessoais, considerando que o processamento de dados possibilitaria a elaboração de um "perfil completo da personalidade" por meio de "sistemas automatizados integrados sem que o interessado pudesse controlar de forma suficiente sua correção e utilização".

Tal utilização ampliaria a influência do Estado sobre o comportamento do indivíduo, que não mais seria capaz de tomar decisões livres em virtude "da pressão psíquica de participação pública". Uma sociedade, "na qual os cidadãos não mais são capazes de saber quem sabe o que sobre eles, quando e em que situação", seria contrária ao direito à autodeterminação informativa, algo prejudicial tanto para a personalidade quanto para o bem comum de uma sociedade democrática. (BVerfGE 65,1 (42), Recenseamento).

A inconstitucionalidade da chamada "Lei do Censo" foi decretada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, e o conceito de autodeterminação informativa ganhou lugar de destaque na literatura sobre proteção de dados pessoais (Mendes, 2020, p. 1). Interessa destacar que a própria decisão da Corte informa que a autodeterminação não assegura um direito de controle absoluto a cada cidadão, pois eventuais limitações deverão ser toleradas em benefício do interesse coletivo (Sarlet, 2021).

Nesse sentido Sarlet (2021, p.51) sublinha a dimensão coletiva da autodeterminação informativa e sua autonomia em relação à proteção de dados e à privacidade:

Isso já se dá – mas não exclusivamente – pelo fato de o direito à autodeterminação informativa apresentar uma dupla dimensão

individual e coletiva, no sentido de que garantida constitucionalmente não é apenas (embora possa ser, como direito subjetivo individual, o mais importante) a possibilidade de cada um decidir sobre o acesso, uso e difusão dos seus dados pessoais, mas também – e aqui a dimensão metaindividual (coletiva) – se trata de destacar que a autodeterminação informativa constitui condição para uma ordem comunicacional livre e democrática, distanciando-se, nessa medida, de uma concepção de privacidade individualista e mesmo isolacionista à feição de um direito a estar só (right to be alone).

Do conceito de autodeterminação informativa, se extraem os seguintes desdobramentos: (i) não existem dados insignificantes⁶²; (ii) o poder de decisão sobre o tratamento de dados pessoais é do titular, e não do agente de tratamento; e (iii) o teor de proteção é dinâmico e fluido (Mendes, 2020, p. 12).

A interseção entre a tecnologia e os instrumentos de marketing que serão apresentados nos próximos capítulos do presente trabalho se presta a ilustrar exemplificativamente os obstáculos à plena realização da tutela dos dados pessoais com base na concretização da autodeterminação informativa com foco no consentimento.

1.4.2. O julgamento das ADIs nºs. 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393

Aponta-se que 17 meses antes da aprovação da PEC 17/2019, o Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento no âmbito de cinco ações diretas de inconstitucionalidade⁶³ — que questionavam a Medida Provisória nº 954, de 17/4/2020 (Brasil, 2020a) —, proferiu decisão considerada paradigmática no sentido de favorecer o movimento de inclusão explícita do direito à proteção de dados no rol dos direitos fundamentais. A MP nº 954 previa o compartilhamento de dados não anonimizados de telefonia dos brasileiros com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Em rápido movimento, as cinco instituições que propuseram as ADIs perante o STF invocaram os riscos para a privacidade dos

⁶² Esse ponto é de especial interesse para o presente trabalho, pois está alinhado a dois conceitos utilizados fora da literatura jurídica. São eles: "sensor fusion" (ver nota 254); e "small data" noção desenvolvida por Martin Lindstorm (2016, n.p.) no seguinte sentido: "Um pequeno dado isolado quase nunca é suficiente para montar um caso ou criar uma hipótese. Porém, reunidos e misturados a outros insights e observações ao redor do mundo, os dados podem formar uma solução capaz de criar a base de uma nova marca ou negócio."

⁶³ As ADIs n. 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393 foram propostas respectivamente pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e por quatro partidos políticos (PSB, PSDB, PSOL e PCdoB)

cidadãos, para a democracia, bem como a violação do artigo 5º, incisos X, XII e LXXII da Constituição Federal⁶⁴.

Ainda na esfera cautelar, a ministra Rosa Weber suspendeu liminarmente a MP nº 954 com base em fundamentos que abordaram os seguintes pontos: direitos da personalidade, privacidade, ausência de medidas de segurança para o compartilhamento dos dados, desproporcionalidade entre necessidade e adequação do tratamento dos dados, ausência de clareza quanto à finalidade da operação, mas sobretudo se destaca o item 9 da decisão:

O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas **visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição**. (BRASIL, 2020c, grifo nosso)

Posteriormente, o plenário do STF referendou a decisão liminar concedida pela ministra Rosa Weber. Assim sendo, destacam-se três pontos centrais dentre os fundamentos ventilados pelos demais ministros: (i) o entendimento de que inexistem dados pessoais neutros ou insignificantes⁶⁵; (ii) a afirmação da proteção de dados como um direito fundamental autônomo; (iii) o reconhecimento da autodeterminação informativa (Brasil, 2020b).

Cabe salientar a visão de Ingo Sarlet (2021, p. 53) quanto à pertinência da opção terminológica pelo direito fundamental à proteção de dados, resumindo o pensamento de parte da doutrina:

(...) tendo em conta o fato de que a proteção de dados pessoais, na condição de um direito fundamental, não se resume a um direito à autodeterminação informativa, e tampouco é equivalente – no que diz respeito aos respectivos âmbitos de proteção – ao direito à privacidade, e isso já pelo fato de ter objeto mais alargado, optou-se aqui por aderir ao terminus e ao

⁶⁴ Incisos referentes à inviolabilidade da vida privada, das comunicações e da garantia do *habeas data*.

⁶⁵ Nesse sentido: "Não por acaso, destacou-se a centralidade exercida pelo tema da proteção de dados na atual manutenção da democracia, uma vez que dados aparentemente 'insignificantes' ou 'públicos', podem ser utilizados até mesmo para distorcer processos eleitorais. Nessa linha, bem lembrou o Ministro Luiz Fux: o 'recente escândalo envolvendo a Cambridge Analytica revelou como modelos de negócios são rentabilizados pela análise de dados e alertou como seu uso indevido pode lesar [...] a própria democracia'." (Mendes & Fonseca, 2020, p. 473)

direito fundamental propriamente dito à proteção de dados pessoais, considerado como direito autônomo.

(...) é imperioso relembrar, tal opção terminológica radica numa viragem concepcional, visto que parte do pressuposto de que dados, para efeitos de sua proteção jurídico-constitucional, devem ser compreendidos em sentido amplo, no sentido da inexistência de dados pessoais irrelevantes em face do processamento eletrônico na sociedade de informação, notadamente pelo fato de que, sendo os dados projeções da personalidade, o seu tratamento, seja qual for, pode potencialmente violar direitos fundamentais.

Em conclusão, Sarlet (2021, p. 56) aponta que, ainda que fosse possível — como foi — afirmar a proteção de dados como um direito fundamental subentendido, e a partir daí derivar os corolários correspondentes a tal status, o valor agregado da positivação formal é inegável.

Por fim, registra-se que a magnitude dessa decisão em sede da ADI 6387 se deve também ao fato de revisitar e reformar um antigo paradigma do STF, representado pelo julgado de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence (Brasil, 2006). Neste entendimento pretérito, foi reconhecida a inexistência de tutela sobre dados armazenados, uma vez que a proteção constitucional estaria adstrita ao momento da comunicação. De acordo com a ementa do RE 418.416 / SC, apreciado em 2006: "A proteção a que se refere o art.5º, XII, da Constituição, é da comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador" (Brasil, 2006, n.p.).

Antes da mudança de entendimento do STF, que se deu partir desta decisão que vem sendo considerada histórica pela doutrina (Cf. Mendes et al., 2021), o ordenamento jurídico brasileiro já contava com dois elementos principais aptos a proteger dados pessoais. O primeiro é o *habeas data*, ação constitucionalmente assegurada no artigo 5º, inciso LXXII⁶⁶, e regulamentada pela Lei nº 9507/97. O segundo refere-se às normas sobre proteção de dados consubstanciadas no Código de Defesa do Consumidor, artigo 43⁶⁷.

⁶⁶ LXXII - conceder-se-á *habeas-data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo

⁶⁷ Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

1.4.3. *Habeas data* e análise do RE 673707

O *habeas data* é uma ação constitucional que visa garantir direitos individuais e coletivos. É fortemente marcada pelo período de recuperação de tempos de supressão de liberdades pelo qual passou o Brasil à época da promulgação da Constituição Federal (Doneda, 2019, p. 271-272). Tem por finalidade assegurar ao cidadão a ciência e a correção de informações relativas à sua pessoa que constem em banco de dados do governo ou de caráter público.

Trata-se de um mecanismo defensivo, sem caráter preventivo, baseado no binômio acesso-retificação. Foi instituído para combater o uso abusivo de informações pessoais por parte do Estado, naquilo que Luís Roberto Barroso (1998, p. 156) classificou como "uma das distorções mais agudas do ciclo militar-autoritário no Brasil". Informações coletadas e armazenadas em diversos órgãos públicos serviam ao constrangimento e perseguição política. A instituição do *habeas data* como remédio constitucional representou uma ambição do legislador constituinte no sentido de coibir essa vertente de uso arbitrário do poder.

Foi previsto expressamente no artigo 5º, LXXII, da Constituição Federal da seguinte forma:

Conceder-se-á *habeas data*

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Segundo Sepúlveda Pertence (1994, p. 53), apesar de o *habeas data* ter sido inserido no rol de ações constitucionais, seu valor nesse sentido seria redundante, pois o mandado de segurança, presente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1934, contemplaria a mesma função. Sua utilidade, portanto, estaria mais relacionada a sublinhar o direito material de qualquer cidadão de acesso e retificação de seus dados.

Igualmente afirma Gilmar Mendes (2007, p. 522) sobre a questão central do *habeas data*: qual seja, "saber em que condições e limites dados pessoais, enquanto materializações do direito de personalidade, podem ser arquivados." Relação direta pode ser estabelecida entre a ideia do *habeas data* e o marco sobre o arquivamento

de dados pessoais ocorrido durante o período entre os governos militares — 1964 até 1985. Trata-se da instauração do Sistema Nacional de Informações (SNI).

Instituído pela Lei nº 4.341 de 1964, a finalidade do SNI era coordenar as atividades de informação e contrainformação, em nome da Segurança Nacional (art. 2º). A partir desse sistema centralizado, foi criado um grande banco de dados, com uma vasta gama de informações de procedências duvidosas e inverídicas.⁶⁸

Sobre as consequências da criação e manutenção de registros à época da ditadura militar, Dalmo Dallari (2002, p. 241) pontua que:

É bem fácil imaginar quanta infâmia, quantas injustiças, quantos atos de vingança pessoal, quanta busca de satisfação de interesses pessoais, quantos pretextos para a prática de violências e de resistência reacionária, quanta imoralidade e ilegalidade teve por único fundamento aquele banco de dados.

Luís Roberto Barroso (1998, p. 149) afirma que a criação do *habeas data* foi "uma reação ao passado de valia primariamente simbólica", um instrumento baseado em circunstâncias históricas já superadas, ainda que possa vir a ser usado para novas situações.

Na mesma direção, Gilmar Mendes (2007, p. 521) considera que a "utilidade relativa" do instrumento no bojo da Constituição Federal está relacionada tanto à ausência de definição específica sobre sua aplicação quanto à circunscrição (inicial) do *habeas data* a contingências políticas. Dalmo Dallari (2002, p. 245) aponta que o esvaziamento do *habeas data*, para além de sua íntima relação com o passado, está no fato de sua problemática regulamentação dada pela Lei nº 9.507 de 1997.

A referida lei regulamentadora do *habeas data* foi incapaz de elucidar as questões controvertidas do instrumento, em especial aquelas relacionadas à legitimidade para seu uso — isto é, se seria ou não uma ação personalíssima de uso restrito ao titular —, ao pedido prévio pelas vias administrativas e à pertinência da justificativa, em caso de negativa do pedido, para a manutenção do sigilo das informações (Dallari, 2002, p. 248). Importa ressaltar que, no que se relaciona ao

⁶⁸ Ver por todos Dalmo de Abreu Dallari (2002, p. 241): "Esses dados, sem nenhuma confiabilidade, foram muitas vezes utilizados para divulgações pela Imprensa ou mesmo para servir de base a processos administrativos ou judiciais. E nem as pessoas que figuravam nesses registros, nem seus defensores legais, como também nem os juízes e tribunais, tinham acesso ao banco de dados, que era considerado sigiloso "por motivo de segurança nacional". *habeas data*

pretexto do sigilo, a doutrina entendeu pelo não cabimento para impedir o acesso às informações pessoais.

Dalmo Dallari (2002) explica que a chave do problema sobre a manutenção do sigilo está no próprio texto constitucional e se materializa na distinção entre o genérico direito à informação positivado no inciso XXXIII do artigo 5º e o direito de acesso a informações pessoais garantido pelo *habeas data* (artigo 5º, LXXII, CF). O direito à informação atende tanto a interesses individuais quanto a coletivos e comporta a exceção do sigilo, conforme a letra da lei:

Artigo 5º XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.** (grifo nosso).

Cabe destacar que a Lei de Acesso à Informação - LAI - (Lei nº 12.527 de 2011), que regulamenta o acesso à informação previsto na Constituição Federal⁶⁹, também impõe exceções nas quais o sigilo será mantido. São situações em que o acesso à informação pode acarretar risco à defesa, à soberania e à segurança da sociedade ou do Estado; prejudicar as relações internacionais do país; representar risco para a segurança e a saúde da população; colocar em risco a estabilidade financeira; entre outras positivadas nos incisos do artigo 23 da LAI.⁷⁰

⁶⁹Art. 5º, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; Art. 37 § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; e Art. 216 § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

⁷⁰Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Em contrapartida, o direito de acesso a informações pessoais demandado por meio da ação de *habeas data* não comporta o sigilo sob nenhum aspecto. Afinal, trata-se de informação relativa à própria pessoa, portanto não há sentido em obstaculizar o acesso. Da mesma forma, se existe erro ou falsidade nas informações pessoais, há o interesse pela retificação.

Questão instigante que atravessa o presente trabalho relaciona-se à crescente assimetria naquilo que "sabemos sobre o que sabem sobre nós" (Zuboff, 2020, p. 22). Com efeito, os desafios que envolvem o conhecimento sobre os agentes de tratamento de dados pessoais, seus objetivos e a possibilidade de retificação são diversos e mais complexos do que outrora. Nas palavras de Barroso (1998, p. 159), ao avaliar a aplicabilidade do *habeas data*, "é certo que os vilões já não são os mesmos".

Por fim, Danilo Doneda (2021, p. 32) explica que, a despeito de o *habeas data* não ter sido capaz de fazer frente à realidade colocada pela Sociedade da Informação e ao crescente uso de dados pessoais, ele obteve êxito em trazer à tona a discussão sobre um direito negligenciado (Doneda, 2019, p. 274), o direito à proteção de dados pessoais. No entanto, sublinha Doneda (2019), a ação de *habeas data*, ao mesmo tempo que jogou luz sobre a proteção de dados pessoais, estabeleceu restrições que precisaram ser superadas posteriormente.

Por exemplo: (i) a legitimidade apenas do titular para impetrar o *habeas data*; (ii) a aplicação inicialmente restrita aos bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; e (iii) o requisito de esgotamento prévio da via administrativa. A primeira restrição foi superada após o entendimento de que familiares de pessoas mortas pelo regime militar eram sim legitimadas à impetração do *habeas data*.⁷¹ Da mesma forma, foi ampliada a noção de "bancos de dados de caráter público" para englobar arquivos de modo amplo (como será exposto mais adiante).

Todavia o esgotamento prévio da instância administrativa permanece como requisito ao *habeas data*, o que, segundo Doneda (2019, p. 275), contribui para o esvaziamento e a inutilidade do instrumento:

Aquele que é, provavelmente, a maior limitação do *habeas data* não é visível ao seu exame específico, porém deflui do contexto

⁷¹ Segundo Doneda (2019, p. 274), essa questão foi superada a partir de 1989, a partir do HD nº 01-DF, 02/02/1989.

no qual se insere. Um sistema de proteção de dados pessoais que possui como instrumentos principais de atuação o recurso a uma ação judicial (e isso somente após o périplo administrativo) não se nos apresenta como um sistema adequado às exigências da matéria. Os problemas relacionados ao tratamento de dados pessoais, conforme observamos, processam-se cada vez mais "em branco", sem que o interessado perceba. Este, nas situações em que sabe ou suspeita da falsidade dos seus dados armazenados em algum banco de dados, ou do uso indevido que é feito deles - ou quando deseja simplesmente fazer uma verificação - encontra-se diante da necessidade de recorrer a uma incerta via administrativa (cujo não atendimento, aliás, não acarreta nenhuma penalidade objetiva ao responsável pelo armazenamento de dados) e, no insucesso dessa tentativa, deve utilizar-se do *habeas data* que, diferentemente do *habeas corpus*, exige um advogado para sua interposição - um tratamento bastante inadequado para um interesse cuja atuação necessita de instrumentos promocionais.

Nesse aspecto citado por Doneda — qual seja, o da a ação judicial como o principal recurso no sistema de proteção de dados pessoais —, ressalta-se o avanço que a dinâmica da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) representou ao estabelecer vias administrativas que pretendem ser mais efetivas. Dentre elas, destaca-se o direito do titular de demandar diretamente ao controlador uma série de informações acerca de seus dados pessoais (art. 18 e incisos).

São elas: obtenção da confirmação da existência do tratamento; acesso aos dados; correção de dados incompletos, inexatos e desatualizados; anonimização, bloqueio ou eliminação de dados tratados em desconformidade com a lei; portabilidade; informação sobre compartilhamento de dados pessoais; informações relacionadas ao consentimento (revogação, eliminação e não fornecimento de consentimento). Em caso de descumprimento por parte do controlador, caracterizado por omissão de resposta ou resposta inadequada, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) estipulou um procedimento específico para que o titular informe a inobservância da obrigação legal.

Nesse caso, o titular de dados pessoais deve peticionar à ANPD, que, a partir da notificação, poderá tomar uma das alternativas a seguir: fiscalização, melhorias regulatórias e ações de educação.⁷² Em outros termos, a LGPD estabeleceu como obrigação legal do controlador de dados pessoais a prestação de informações, ao titular, acerca do tratamento de seus dados pessoais (art. 18 e ss).

⁷² Ver mais em Brasil (2021b).

A ANPD figura de modo suplementar no que diz respeito à concretização dos direitos do titular de maneira específica. Apenas nas situações nas quais o titular não obtém a resposta adequada do controlador é que ele passa a estar habilitado a peticionar diretamente à ANPD (art. 55-J, V, LGPD e Art. 25 § 1º da Resolução CD/ANPD nº 1)⁷³⁻⁷⁴. Ressalta-se, ainda, que a defesa dos direitos dos titulares poderá ser exercida em juízo (art. 22, LGPD).

Voltando ao *habeas data*, apesar das críticas da doutrina dirigidas à sua baixa efetividade e à sua regulamentação (Doneda, 2019, p. 287), é importante considerar seus efeitos quando da análise do RE nº 673.707 MG (Brasil, 2017), como se passa a expor.

Trata-se do caso da empresa do ramo de comercialização de produtos alimentícios para animais Regliminas Distribuidora Ltda, que demandou acesso ao Sistema de Conta Corrente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (SINCOR). O objetivo era obter o conjunto de anotações sobre todos os débitos por ela declarados, a relação de pagamentos realizados para as respectivas quitações, bem como informações armazenadas em outras bases do Sistema da Receita Federal.

O Tribunal Federal da 3ª Região confirmou a sentença que na origem havia negado o pedido de acesso por meio de *habeas data*. O argumento para a improcedência da ação se assentou no fato de o SINCOR não se enquadrar no critério de "cadastro público" (art. 5º, LXXII, a, CF) e, portanto, não estar elegível como objeto de análise de *habeas data*.

A empresa interpôs recurso extraordinário (RE) em face do acórdão proferido pela Oitava Turma do TRF da 3ª Região. O juízo de admissibilidade foi realizado pelo Ministro Luiz Fux, que reconheceu a repercussão geral suscitada pela parte autora (Regliminas) e afirmou a relevância política, social, econômica e jurídica da temática. Da mesma forma, sublinhou que a questão ultrapassava interesses subjetivos, tendo em vista o número expressivo de demandas semelhantes acerca do acesso ao SINCOR (Direito Constitucional e..., 2012).

⁷³ Art. 55-J. Compete à ANPD: V - apreciar petições de titular contra controlador após comprovada pelo titular a apresentação de reclamação ao controlador não solucionada no prazo estabelecido em regulamentação. A

⁷⁴ Art. 25 Observado o disposto nos artigos 17 e 26, a admissibilidade dos requerimentos será realizada pela Coordenação-Geral de Fiscalização, que verificará: § 1º Além dos requisitos de admissibilidade indicados no caput deste artigo, a petição de titular deverá ser acompanhada de comprovação de que foi previamente submetida ao controlador e não solucionada no prazo estabelecido em regulamentação, admitida a autodeclaração do titular quando não for possível apresentar outro meio de prova.

No julgamento do mérito, de forma unânime, o Tribunal deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a tese de que o *habeas data* é sim "a garantia constitucional adequada para a obtenção, pelo próprio contribuinte, dos dados concernentes ao pagamento de tributos constantes de sistemas informatizados de apoio à arrecadação dos órgãos da administração fazendária dos entes estatais" (STF..., 2015)

Do voto do relator, ministro Luiz Fux, é possível destacar dois pontos relevantes, que, segundo Laura Schertel Mendes (2019), mudaram a discussão sobre a proteção de dados pessoais no âmbito constitucional. São eles:

(i) a inédita amplitude do conceito de registro público na jurisprudência do STF:

O registro de dados deve ser entendido em seu sentido mais amplo, abrangendo tudo que diga respeito ao interessado, seja de modo direto ou indireto (...) (STF..., 2015, p. 2)

e

(ii) o reconhecimento de que as informações pessoais armazenadas em bancos públicos ou de caráter público ensejam proteção constitucional e, como tais, são elegíveis de serem conhecidas por meio da ação de *habeas data*:

Aos contribuintes foi assegurado constitucionalmente o direito de conhecer as informações que lhes digam respeito em bancos de dados públicos ou de caráter público, em razão da necessidade de preservar o status de seu nome, planejamento empresarial, estratégia de investimento e, em especial, a recuperação de tributos pagos indevidamente (...) (STF..., 2015, p. 2).

Da mesma forma, ressalta-se a importância do não cabimento do sigilo legal ou constitucional no caso em tela, pois se trata de informações pessoais do impetrante (contribuinte), conforme afirma o relator:

As informações fiscais conexas ao próprio contribuinte, se forem sigilosas, não importa em que grau, devem ser protegidas da sociedade em geral, segundo os termos da lei ou da constituição, mas não de quem a elas se referem, por força da consagração do direito à informação do art. 5º, inciso XXXIII, da Carta Magna, que traz como única ressalva o sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, o que não se aplica no caso sub examine (...) (STF..., 2015, p. 3).

Ainda sobre o RE 673.707 MG, interessa trazer a colocação do ministro Dias Toffoli, que afirma não existir razão, em tempos de internet, para que o poder

público não dê a devida publicidade ao que é de caráter público e interesse geral. No mesmo sentido, não existem motivos para manter em sigilo aquilo que é de interesse específico de cada cidadão no que tange a seu conjunto de informações pessoais.

Toffoli finaliza seu voto com a seguinte exclamação: "E o *habeas data*, no futuro - se Deus quiser! -, será algo do passado" (STF..., 2015, p. 29). Pelo mesmo ângulo, a ministra Cármen Lúcia destaca que, apesar de a introdução do *habeas data* na Constituição de 1988 estar relacionada ao período ditatorial e a tudo aquilo que era tido como segredo, ainda hoje se observa sua pertinência:

As sombras continuam permanentemente permeando as estruturas de poder, especialmente no que diz respeito à vida das pessoas. Por isso a importância de um julgamento como esse, para trazer luz cada vez mais. Não é possível que alguém esconda de você mesmo o que diz respeito a você (STF..., 2015, p. 29).

Por fim, registra-se o voto do ministro Gilmar Mendes, que acrescentou à discussão a estreita relação do *habeas data* com o direito material à autodeterminação informativa:

Ao lado disso, temos essa situação específica que diz respeito a um direito subjetivo material, à proteção de dados ou à proteção dessa autonomia. Daí, a importância, me parece, deste julgado, que pode ser, talvez, o marco inicial de uma vitalização do *habeas data*, numa percepção mais ampla, na medida em que hoje, para esse julgamento, eu tinha feito um levantamento de vários artigos sobre essa temática, já falando de um direito fundamental à autodeterminação informativa: Ana Maria Neves de Paiva Navarro, ou do próprio colega e amigo Ricardo Cueva, "Há um direito à autodeterminação informativa no Brasil?" Em suma, há já uma reflexão, não no campo procedimental processual, mas também no campo do direito material. (STF..., 2015, p. 39)

A importância do RE em referência está no reconhecimento de que as informações pessoais que se encontravam no banco de dados do SINCOR possibilitavam a identificação do contribuinte e, conseqüentemente, tinham o potencial de impactar seus direitos. Portanto, a tutela constitucional deveria ser assegurada por meio do *habeas data*. Desse julgamento se extraiu, segundo Laura Schertel Mendes (2019), o direito à autodeterminação informativa.

Ainda que de forma indireta, quando a CF estabeleceu a tutela processual adequada ao exercício dos direitos de acesso e correção de seus dados pessoais,

também estabeleceu o direito material correspondente — no caso, o direito à autodeterminação informativa:

Como se vê, o acórdão do RE nº 673.707 constitui um ponto de inflexão na jurisprudência constitucional brasileira e consolida um importante passo na interpretação da proteção de dados pessoais como um direito fundamental. Afinal, se a CF prevê o *habeas data* como uma garantia processual à disposição do indivíduo para ter acesso ou corrigir os dados que lhe digam respeito, é lógico supor que há um direito material que suporte essa garantia processual: o direito fundamental (Mendes, 2019, p. 198).

Como se depreende dessa breve exposição sobre o *habeas data* e o RE nº 673.707 MG, a proteção de dados no Brasil já se desenhava tanto processualmente quanto materialmente em âmbito constitucional.

1.4.4. O artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu capítulo V, que trata de práticas comerciais, uma seção dedicada ao banco de dados e cadastros de consumidores. O artigo 43 estabelece um conjunto de garantias relacionadas aos dados de consumidores presentes nesses repositórios. Portanto, encontram-se nesse diploma legal regras que visam proteger o titular de dados em uma relação específica — a de consumo — e em uma situação específica — o tratamento de seus dados pessoais arquivados em cadastros, fichas, registros e banco de dados.

Efetivamente, o artigo 43 do CDC representa uma limitação do direito à privacidade e à proteção dos dados do consumidor ao permitir o tratamento de seus dados pessoais para fins de concessão de crédito. No entanto, o dispositivo impõe limites ao uso dos dados do consumidor por parte dos fornecedores nos seguintes sentidos: (i) garantia de acesso ao consumidor (artigo 43, *caput*)⁷⁵; (ii) obrigação de

⁷⁵ Artigo 43, CDC O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

clareza na linguagem⁷⁶; (iii) limitação temporal das informações negativas⁷⁷; e (iv) dever de retificação em caso de dados inexatos⁷⁸.

É de se observar que a abordagem do artigo 43 é voltada para os bancos de dados de proteção ao crédito⁷⁹, e é natural que assim seja, dado que uma das fontes de inspiração dessa seção do CDC foi o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA) de 1970⁸⁰. Trata-se da primeira lei estadunidense a estabelecer limitações ao setor financeiro no que se relaciona aos bancos de dados de proteção ao crédito.⁸¹

Nas palavras de Antônio Herman Benjamin (2011, p. 415), um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor:

(...) fui buscar inspiração no Direito dos Estados Unidos, tanto na legislação à época em vigor, quanto em propostas legislativas elaboradas por instituições especializadas, como o *National Consumer Law Center*.

Primeiro, foi útil a estrutura do National Consumer Act, na sua primeira versão final (*First Final Draft*), um anteprojeto de lei-modelo preparado pelo National Consumer Law Center, levei em conta o *Fair Credit Reporting Act* (FCRA), aprovado pelo Congresso Americano e, 1970 e ainda em vigor, incorporado ao Consumer Credit Protection Act, como seu Título VI.

Tal fonte de inspiração não podia ser mais apropriada. Nação com mercado de consumo maduro já no final dos anos 1960 quando surgiram as primeiras manifestações organizadas de defesa do consumidor, os Estados Unidos estão há muito familiarizados com os problemas dos arquivos de consumo.

A declaração de propósito do FCRA aponta, por um lado, a importância das agências de informações de crédito para a economia e, por outro, a necessidade do

⁷⁶Artigo 43, CDC § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

⁷⁷ Nota 47 e § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

⁷⁸Artigo 43, CDC § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

⁷⁹Nesse sentido, Leonardo Bessa (2010, p. 305) afirma: "O enfoque do capítulo se dirige aos bancos de dados de proteção ao crédito (SPC, Serasa, CCF etc), vez que é a espécie de bancos de dados de consumo que tem despertado maior interesse jurídico, em razão do seu decisivo e fatal poder na vida do consumidor: exclui-lo ou não do mercado de consumo".

⁸⁰ Trata-se da primeira lei editada nos EUA para proteger o consumidor da atuação dos bureaus de créditos, que tradicionalmente recolhem informações sobre o histórico financeiro dos consumidores e determinam o acesso ao crédito. (Estados Unidos..., 1970)

⁸¹ Para um aprofundamento sobre o histórico do FCRA, ver Zanatta (2020).

exercício de suas atividades com justiça, imparcialidade e respeito ao direito de privacidade do consumidor (Estados Unidos..., 1970, p. 4). O artigo 43 do CDC, da mesma forma, conjuga os princípios constitucionais do direito à privacidade (art. 1º, III) e da honra (art. 5º, X) com os também princípios constitucionais da livre iniciativa (art. 170 e 192) e do desenvolvimento nacional (art. 3º, II).

Apesar do foco originário no mercado de crédito, em que a análise do risco de inadimplência dita desde o interesse na contratação até as condições do contrato (Oliva & Viégas, 2020, p. 559), outras espécies de bancos de dados também passaram a ser alcançados pelo artigo 43, CDC. De acordo com Bruno Miragem (2019, p. 176):

Conforme já foi mencionado, o CDC ao disciplinar os bancos de dados, o fez de modo restrito, com atenção aos bancos de dados restritivos de crédito (art. 43). A ausência de normas relativas a outras espécies de banco de dados no CDC e, originalmente, no restante da legislação, por um lado expandiu o âmbito de aplicação do CDC, assim como permitiu o exame da questão para além do expressamente previsto em lei.

Importa observar que a diferença entre bancos de dados e cadastros de consumo fazia sentido à época da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, quando Antônio Herman Benjamin desenvolveu uma taxonomia doutrinária para preencher uma lacuna na legislação⁸². Cinco aspectos distinguem as duas espécies do gênero "arquivos de consumo". São eles: (i) forma de coleta; (ii) titularidade dos arquivos de consumo; (iii) transmissibilidade; (iv) tempo de armazenamento; e (v) existência de autorização prévia do consumidor (Bioni, 2020, p. 43-45).

Na espécie banco de dados, a forma de coleta ou a origem da informação (Bessa, 2010, p. 279) se dão por ação independente da vontade e do conhecimento do consumidor, usualmente realizada pelas organizações de proteção ao crédito que detêm essas bases. A transmissibilidade é inerente à atividade de formação de bancos de dados, uma vez que as informações são reunidas e tratadas justamente

⁸² O CDC não distingue explicitamente os dois conceitos. Nesse sentido, Leonardo Roscoe Bessa (2010, p. 279) aponta: "Embora, para linguagem coloquial, as expressões 'bancos de dados' e 'cadastros' sejam utilizadas com igual sentido, o mesmo não ocorre para o direito. Sob uma perspectiva jurídica, considerando especialmente a disciplina constante da Lei 8.078/90, as expressões possuem sentido diverso. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) numa única seção, trata dos 'bancos de dados' e dos 'cadastros de consumidores' (art. 43), sem, contudo, diferenciá-los explicitamente."

para instruir a tomada de decisão acerca das condições sobre as quais se desenvolverá a oferta de crédito. O tempo de armazenamento deveria ser indeterminado, uma vez que não se sabe quando as informações serão solicitadas. Por fim, nos bancos de dados, inexistiria a necessidade de consentimento do consumidor (Bioni, 2020, p. 43-45).

Por outro lado, nos chamados cadastros de consumo, a informação é diretamente informada pelo consumidor, em geral no momento da transação. Portanto, a titularidade desses cadastros seria do fornecedor, geralmente um estabelecimento comercial. A transmissibilidade não é intrínseca à formação do cadastro, pois a princípio o interesse está restrito às partes.⁸³ O consentimento do consumidor seria necessário nessa espécie de arquivo de consumo (Bessa, 2010, p. 279).

Já Leonardo Bessa (2010), ao analisar a taxonomia proposta por Antônio Herman Benjamin, ressalta dois aspectos relevantes na distinção entre bancos de dados e cadastros de consumidor: a origem e o destino da informação. A origem é analisada no sentido de quem é a fonte da informação, o próprio consumidor ou terceiros, como os fornecedores de serviços de bancos de proteção ao crédito. O destino, por sua vez, se refere ora ao mercado, que compra as informações dos bancos de proteção ao crédito, ora ao fornecedor de produtos e serviços, com o qual o consumidor estabelece relação.

No entanto, o contexto atual da sociedade da informação eliminou o interesse e o propósito de se observar tal sistematização desenvolvida pela doutrina. Nessa direção, as definições de banco de dados tanto na LGPD quanto no Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD ou GDPR) abordam o conceito de banco de dados de maneira única:

Artigo 5º, IV, LGPD: banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico.

Artigo 4º, 6, GDPR: ficheiro: qualquer conjunto estruturado de dados pessoais, acessível segundo critérios específicos, quer seja centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico.

⁸³ Para o envio de mala-direta, por exemplo.

Fica evidente que as características apontadas como diferenças entre as espécies de arquivos de consumo deixaram de existir. As linhas entre bancos de dados e cadastros de consumidor se tornaram cada vez mais tênues, até desaparecerem por completo. Nas palavras de Bruno Bioni (2020, p. 45):

A racional do legislador foi alcançar todas as informações de consumo. Seja qual fosse a espécie do gênero, arquivos de consumo, bancos de dados ou cadastros de consumo, elas estariam endereçadas pelo regime jurídico da legislação consumerista. Contudo, tal taxonomia deixa de fazer sentido na sociedade da informação. Nela, o fluxo de informações é constante, o que acaba por desbancar todos os elementos acima listados que diferenciariam bancos de dados de cadastros de consumo. Diluiu-se completamente a característica da transmissibilidade (intrínseca) restrita dos cadastros de consumo em comparação à transmissibilidade (extrínseca) mais abrangente dos bancos de dados. Esta última tornou-se praticamente a regra.

Uma a uma, as diferenças existentes entre as espécies de arquivos de consumo foram caindo, em grande parte devido ao estado da conectividade contemporânea, representado por Luciano Floridi (2009) naquilo que chamou de movimento *Onlife*. Uma realidade de hiperconexão, na qual não se diferencia *on-line* e *off-line*, aponta nessa direção. Inserido nela, o consumidor produz dados o tempo todo, seja por meio de pesquisas na internet, seja por meio de sua atividade nas redes sociais, seja por meio de dispositivos conectados a sensores, mudando apenas quem coleta e tira valor desses dados.

Os bancos de dados passaram a ser formados por dados tanto fornecidos pelo consumidor quanto observados ou inferidos pelo fornecedor. É constituída uma coleta de dados permanente, e o consumidor é fonte mesmo quando não toma ações com essa intenção.⁸⁴ Nesse contexto de fontes múltiplas, surge a figura dos *data brokers*, organizações que monitoram, recolhem, tratam, armazenam e comercializam dados sobre os seres humanos. O objetivo dos *data brokers* é reunir a maior parte de dados pessoais, das mais variadas fontes, e vender e revender, a partir de um mecanismo chamado enriquecimento de dados (Bioni, 2020, p. 29).

Outro conceito que se relaciona com a hiperconexão, e que também contribuiu para mudar a caracterização dos arquivos de consumo, é o *sensor fusion*.

⁸⁴ A ausência de intenção por parte do consumidor está refletida na taxonomia desenvolvida pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2014 (OECD, 2014).

Dados, ainda que simples, recolhidos de diferentes sensores individualmente, quando combinados, revelam informações muito mais complexas do que o esperado (Peppet, 2014, p. 121). Portanto, na medida em que os consumidores usam dispositivos equipados com sensores, como monitores de condicionamento físico⁸⁵, eletrodomésticos de todas as espécies⁸⁶ e até remédios⁸⁷, as articulações acontecem e trazem à tona comportamentos, hábitos e intenções futuras (Peppet, 2014, p. 29).

Pelo exposto em relação à origem, ao destino, aos modos de formação e à abrangência dos bancos de dados, torna-se evidente que a discussão deve apontar para as práticas associadas ao tratamento de dados, onde quer que eles estejam armazenados (Goulart, 2016). Nessa direção, passa-se à breve apresentação do Cadastro Positivo e da atribuição de *rating* de crédito, que também se relacionam com a proteção de dados nas relações de consumo.

1.4.5. Lei nº. 12.414/2011, (alterada pela LC nº 166/ 2019)⁸⁸

O denominado cadastro positivo regula a formação do histórico de crédito dos consumidores, conforme informa o artigo 1º, *caput*, da Lei nº. 12.414/2011⁸⁹. A lei conceitua o histórico de crédito como "o conjunto de dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento por pessoa natural ou jurídica".⁹⁰

Como se depreende de sua leitura, o conceito de histórico de crédito não contempla apenas informações positivas a respeito da vida financeira do consumidor (Oliva & Viégas, 2020, p. 571). A associação com a ideia de

⁸⁵ São exemplos: relógios, pulseiras, pedômetros que monitoram batimentos cardíacos, distância percorrida, calorias gastas, entre outras variáveis.

⁸⁶ São exemplos: fornos, fogões, geladeiras, torradeiras que se conectam à rede de internet e podem ser acionados, regulados e desligados à distância.

⁸⁷ Comprimidos com sensores que, uma vez ingeridos, compartilham informações sobre horário de ingestão.

⁸⁸ A Lei nº. 12.414/2011 foi alterada pela LC nº 166/2019 e regulamentada pelo Decreto nº 9.936/2019. De acordo com Leonardo Roscoe Bessa (2019, p. 51), a alteração promovida pela LC nº 166/2019 foi significativa: "Com a recente edição da Lei Complementar 166/19 pode-se afirmar que há uma Nova Lei do Cadastro Positivo.1 Alterou-se substancialmente a Lei 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo): mais da metade da norma foi modificada, ao lado de acréscimo de cinco novos artigos".

⁸⁹ Art. 1º Esta Lei disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

⁹⁰ Art. 2º, VII, Lei 12.414/2011.

"positividade" está no fato de o histórico poder eventualmente contribuir para a correta medida do risco de inadimplemento, favorecendo o "bom pagador" (p. 561).

Os dados que compõem o histórico são de natureza pessoal: por exemplo, número de contratos de crédito no mercado (com bancos, financeiras, empresas de varejo, escolas, cartão de crédito, planos de saúde, serviços públicos essenciais), vencimento e situação de pagamento de parcelas das operações de empréstimo ou de crediário, valor das prestações e saldo devedor (Bessa, 2001). Conseqüentemente, o tratamento dos dados com a finalidade de proteção do crédito também observará o disposto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que, em seu artigo 7º, X⁹¹, faz remissão à legislação pertinente (Lei nº. 12.414/2011).

A Lei Complementar nº 166/2019 autorizou a inscrição prévia de todos os consumidores no chamado cadastro positivo, além de ter alterado diversos dispositivos da Lei nº. 12.414/2011 e inserido outros.⁹² Antes da mudança promovida pela referida lei complementar, o consumidor precisava manifestar sua vontade de ter seu nome inserido no cadastro positivo. O movimento de adesão voluntária foi pouco significativo, o que motivou a mudança na dinâmica de inscrição. Trata-se da passagem do sistema *opt-in* para o sistema *opt-out*, no qual o consumidor é automaticamente inserido no cadastro positivo, precisando se manifestar para que suas informações sejam excluídas. A lógica original era pela manifestação prévia, ou seja, o *opt-in*.

No entanto, em até 30 dias após a abertura do cadastro, o gestor⁹³ é obrigado a comunicar ao consumidor sua inscrição, juntamente com os canais disponíveis para o cancelamento (artigo 4º, § 4º, III).⁹⁴ A comunicação é dispensada caso o consumidor já tenha cadastro aberto em outro banco de dados (artigo 4º§ 5º). As informações somente poderão ser compartilhadas 60 dias após a abertura do cadastro, caso o consumidor não tenha solicitado seu cancelamento (artigo 4º§ 7º).

⁹¹ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

⁹² Leonardo Bessa (2019, p. 51) destaca que um dos motivos para a mudança do sistema *opt-in* para o *opt-out* foi a baixa adesão ao longo dos oito anos da Lei do Cadastro Positivo em vigor.

⁹³ Art. 2º, II - gestor: pessoa jurídica que atenda aos requisitos mínimos de funcionamento previstos nesta Lei e em regulamentação complementar, responsável pela administração de banco de dados, bem como pela coleta, pelo armazenamento, pela análise e pelo acesso de terceiros aos dados armazenados.

⁹⁴ Art 4º § 4º, III A comunicação ao cadastrado deve: informar de maneira clara e objetiva os canais disponíveis para o cancelamento do cadastro no banco de dados.

Além da baixa adesão à inscrição proativa, a exposição de motivos para a LC nº 166/2019 apresentou argumentos econômicos para justificar a mudança na forma de inscrição nos cadastros positivos. A melhora da avaliação dos riscos da perspectiva do credor, a possibilidade de o mercado oferecer juros mais baixos para o "bom pagador" e a contribuição para a diminuição do superendividamento do consumidor estavam entre eles (Bessa, 2001, p. 58).

Nessa direção, importa ressaltar como as instituições denominadas gestoras de bancos de dados⁹⁵ apresentam o cadastro positivo para os possíveis contratantes, chamados de consulentes (artigo 2º, V)⁹⁶, e para o consumidor. Na prestação de serviços aos consulentes, as gestoras procuram oferecer bancos de dados com o maior número de cadastrados. Para tanto, o objetivo é convencer o consumidor-titular⁹⁷ a fazer parte de tais bases de dados, destacando as vantagens e incentivando a sua permanência e/ou inscrição. A Serasa chama o cadastro positivo de currículo financeiro:

Esse é o seu currículo financeiro. Com ele, os seus bons hábitos de pagamento podem contar pontos positivos para você. O Cadastro Positivo reunirá informações sobre como têm sido pagos os compromissos relacionados à contratação de crédito – empréstimos, financiamentos e crediários, por exemplo. Passam a constar do histórico do CPF totais financiados, quantidades e valores das parcelas, bem como o comportamento e a pontualidade de pagamento demonstrados pelo consumidor. O histórico de pagamentos relacionados à contas de consumo de serviços continuados (como água, luz, gás e telefone) também podem ser avaliados pelo mercado para obter uma melhor análise de risco na hora de conceder novos créditos a cadastrados, estender créditos já existentes ou realizar outras transações que impliquem risco financeiro. Assim, aos poucos, você pode construir seu histórico de bom pagador (Serasa Experian, [s.d.]a).

Outra gestora do mercado nacional, o Boa Vista (antigo SPCP) possui um website exclusivo para explicar ao consumidor as vantagens de manter seu cadastro ativo. No domínio www.consumidorpositivo.com.br, é possível aprender sobre "mitos e verdades do cadastro positivo" (Boa Vista..., [s.d.]a). Os seguintes temas são abordados em linguagem clara e direta: acesso aos dados pessoais, acesso de

⁹⁵ Nota explicativa em Banco Central..., 2019.

⁹⁶ Art. 2º, V - consulente: pessoa natural ou jurídica que acesse informações em bancos de dados para qualquer finalidade permitida por esta Lei

⁹⁷ Art. 2º, III - cadastrado: pessoa natural ou jurídica cujas informações tenham sido incluídas em banco de dados

terceiros, quebra de sigilo bancário, informações contempladas, possibilidade de diminuição de taxa de juros, cancelamento, aumento de *score* e direitos do consumidor.

O Sistema de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) se apresenta como "uma empresa de tecnologia vinculada à CNDL para processar e armazenar todas as operações de crédito realizadas pelas empresas associadas".⁹⁸ Já a Quod, última gestora a ser aprovada para funcionamento no país pelo Banco Central, ressalta a importância do cadastro para quem deseja contrair empréstimos como financiamento estudantil, imobiliário, e conseguir um cartão de crédito.

De outro lado, a oferta para os consulentes (contratantes), além de estar embasada no maior número de cadastros, disponibiliza produtos de pontuação, conhecidos como *rating* ou *score* de crédito. Trata-se de um sistema de classificação por nota no qual o gestor atribui a cada consumidor, individualmente, a chance de ele honrar determinado crédito a ser obtido. Dentro de uma escala que varia de 0 a 1.000 pontos, uma nota é atribuída para cada situação específica que envolva o consumidor cadastrado e a operação de crédito pretendida. Cada gestor parte de um modelo estatístico diferente que contempla dados pessoais variados e atribui pesos distintos que se materializam no *score* do consumidor.

O Boa Vista, por exemplo, divide a gradação entre alto (700 a 1.000), médio (550 a 700) e baixo (0 a 250) (Boa Vista..., [s.d.]b). Quanto mais baixo o *score*, menor a chance de adimplemento. Já a Serasa promove em seu website o "*score* 2.0", uma versão renovada do seu sistema de pontuação original: "O Score 2.0 traz toda a credibilidade da Serasa em um novo método para o cálculo dos seus pontos". Segundo a Serasa, a atualização do sistema confere mais importância às contas pagas em dia e "garante análises mais justas e transparentes tanto para quem oferece crédito quanto para quem precisa dele" (Serasa Experian, [s.d.]b).

O *score* de crédito ou *rating* foi incluído no sistema de proteção ao crédito por meio da LC nº 166/2019. O artigo 7º-A⁹⁹ descreve a disciplina para a pontuação

⁹⁸ <https://www.spcbrasil.org.br/institucional/spc-brasil> Acesso em 01.11.2021

⁹⁹ Art. 7º-A Nos elementos e critérios considerados para composição da nota ou pontuação de crédito de pessoa cadastrada em banco de dados de que trata esta Lei, não podem ser utilizadas informações: I - que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito e aquelas relacionadas à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, ao sexo e às convicções políticas, religiosas e filosóficas; II - de pessoas que não tenham com o cadastrado relação de parentesco de primeiro grau ou de dependência econômica; e III - relacionadas ao exercício regular de direito pelo cadastrado, previsto no inciso II do caput do art. 5º desta Lei.

de crédito e veda a utilização de informações desvinculadas da análise de crédito, bem como o tratamento de dados sensíveis (inciso I). Em seguida, o inciso II do artigo 7º-A impede que informações daqueles sem relação de parentesco de primeiro grau ou dependência financeira sejam incluídas para fins de pontuação. Por fim, o inciso III estabelece que não cabe a consideração de informações do consumidor sobre exercício regular de direito.

Outro ponto relevante na sistematização realizada pela LC nº 166/2019 é a obrigação imposta ao gestor de transparência no sentido de revelar "a política de coleta e utilização de dados pessoais para fins de elaboração de análise de risco de crédito" (artigo 7º-A § 1º). Nessa direção, o website da Serasa informa que os seguintes itens compõem o *score* do consumidor cadastrado: pagamento de crédito, consulta para serviço e crédito/comportamento de consultas, histórico de dívidas, tempo de uso do crédito, crédito contratado e pagamento de dívidas.¹⁰⁰

Com efeito, antes mesmo da mudança na lei do cadastro positivo, o STJ já havia firmado entendimento no sentido de legitimar o sistema de *rating* por meio da Súmula 550, que apresenta a seguinte redação:

A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.

No entanto, a sistematização alcançada a partir da LC nº 166/2019 foi essencial para colocar os limites necessários na atividade de *rating* já legitimada e conceituada pelo STJ. Para Leonardo Bessa (2019, p. 64), "a corte respondeu adequadamente às principais perguntas (legalidade do sistema e necessidade de transparência)", mas as demais questões só foram enfrentadas com a LC nº 166/2019, em seu artigo 7º-A, ao trazer em seu bojo os elementos e critérios que podem ser considerados para a composição do *score*.

¹⁰⁰ Ressalta-se que para cada item há uma explicação associada no site, como: "Dívidas: consideramos o histórico de dívidas (ativas e resolvidas nos últimos cinco anos, com um peso máximo de 13,7% na pontuação final) e o seu comportamento de pagamento de dívidas (com peso de até 5,5%). Assim, a maneira como você lida com as suas pendências pode contribuir com cerca de 20% do impacto de queda da sua pontuação. É importante ressaltar que, em casos de pedido de baixa, é a instituição com a qual você tinha o débito que deve comunicar à Serasa que sua dívida foi regularizada. Se mesmo após 10 dias do pagamento ela continuar impactando sua pontuação, recomendamos que entre em contato com o credor e informe que ainda não ocorreu a baixa" (Serasa Experian, [s.d.]b).

Efetivamente, o surgimento e a proliferação dos bancos de dados de proteção ao crédito estão diretamente ligados a duas características presentes na sociedade de consumo: massificação e anonimato. Quanto menor o conhecimento acerca do tomador do crédito, maior a necessidade de informações sobre ele, e maior também a dependência dos chamados arquivos de consumo (Bessa, 2019, p. 53). As entidades de proteção ao crédito surgem então com a intenção de reduzir a incerteza sobre a capacidade de pagamento dos devedores, com o máximo de informações sobre eles.¹⁰¹

Tamanha relevância conferida às entidades de proteção ao crédito não passou despercebida nem pelo mercado, nem pela doutrina, nem pela jurisprudência. Nas palavras de Leonardo Roscoe Bessa (2019, p. 52):

Não se concebe a concessão de crédito sem informações do potencial beneficiário do empréstimo. A obtenção de dados pessoais é necessária para propiciar conhecimento mínimo do consumidor e, num segundo momento, avaliar o risco de concessão de crédito. Almeja-se ganhar confiança, grau favorável de segurança em relação a determinado Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada negócio jurídico. O crédito ampara-se na crença de que o mutuário (consumidor) cumprirá as obrigações assumidas.

Para além da tutela oferecida pela Lei do Cadastro Positivo e pelo artigo 43 do CDC, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais trouxe importantes desdobramentos para as relações de consumo, incluídas as que dizem respeito ao crédito. Conforme já mencionado, a LGPD contempla expressamente, nas hipóteses de legitimação de tratamento de dados pessoais, a proteção ao crédito. Longe de significar uma "carta branca" para o setor, sua interpretação está condicionada à integração às demais normas aplicadas ao mesmo contexto, em especial ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei do Cadastro Positivo (Oliva & Viégas, 2020, p. 593).

¹⁰¹ Leonardo Bessa (2019, p. 53) aponta que a literatura econômica a partir da década de 1970 destaca como são necessárias informações sobre os candidatos ao crédito e como a sua falta (de informações) é prejudicial ao mercado.

1.5. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a relevância da tutela coletiva nas relações de consumo

A interseção entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e as relações de consumo pode ser verificada a partir de pelo menos duas vertentes: uma extraída da consolidação da figura do titular de dados na figura do consumidor, e a outra relacionada às referências e inspirações da LGPD em relação ao Código de Defesa do Consumidor. De especial interesse para o presente trabalho é a relevância da tutela coletiva em matéria de proteção de dados pessoais quando inserida em relações de consumo.

Antes, porém, de se passar à apresentação desse ponto, é importante recordar que a integração entre a lei consumerista e a LGPD é assentada na teoria do diálogo das fontes, tese desenvolvida pelo jurista alemão Erik Jayme e trazida para o Brasil por Cláudia Lima Marques (2020, n.p.), que indica a necessidade de "aplicação simultânea e coerente" de diversos diplomas legais convergentes. Segundo a autora, seu valor está em apresentar uma alternativa aos critérios ortodoxos para solução de conflitos: hierarquia, especialidade e anterioridade¹⁰².

O mundo contemporâneo apresenta uma complexidade crescente de relações, bem como de normas jurídicas que nem sempre incidem sobre o mesmo campo de direito objetivo ou subjetivo.¹⁰³ Daí surge o impedimento de mobilizar os critérios que implicam a revogação, a exclusão ou a derrogação da norma, pois a necessidade que se apresenta é no sentido de composição, e não de substituição, conforme explica Cláudia Lima Marques (2020).

Além da complementaridade, estão presentes outras duas formas de diálogo: a coerência e a adaptação. O diálogo sistemático de complementaridade, também chamado de subsidiário, carrega a possibilidade de agregar, à aplicação de uma lei, uma norma, um princípio ou uma cláusula geral de outra lei. No tipo de diálogo de coerência, o que se tem normalmente são duas leis: uma lei especial e uma geral

¹⁰² De acordo com os critérios clássicos desenvolvidos por Norberto Bobbio (apud Tartuce, 2013, p. 38) em *Teoria do Ordenamento Jurídico*, o critério hierárquico prevê que norma superior prevalece sobre norma inferior, o critério da especialidade afirma que norma especial prevalece sobre norma geral, e o critério cronológico prevê que norma posterior prevalece sobre norma anterior.

¹⁰³ Nesse sentido: "Como não poderia deixar de ser, a crescente complexidade da vida social, política e econômica reflete-se diretamente na natureza dos problemas jurídicos que, cada vez mais, tornam-se igualmente complexos e multifacetados, exigindo soluções que, para serem adequadas e efetivas, precisam ser necessariamente inter e multidisciplinares" (Frazão, 2022).

que lhe serve como base conceitual.¹⁰⁴ O terceiro tipo de diálogo das fontes é aquele de coordenação e adaptação, caracterizado pelas influências de leis gerais nas especiais e vice-versa.

Com efeito, tanto LGPD, em seu artigo 64, quanto CDC, em seu artigo 7º, partem da premissa do diálogo das fontes. Vejamos:

Artigo 64, LGPD: Os direitos e 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.

Artigo 7º, CDC: Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Ambos os artigos afirmam a não exclusão de normas presentes em diplomas diversos. A finalidade é prestar a melhor tutela ao consumidor titular de dados pessoais, como já se vê refletida na jurisprudência ao garantir que ao vulnerável será aplicada a lei mais favorável.¹⁰⁵

O Código de Defesa do Consumidor atravessa o ordenamento jurídico e acolhe em seu texto institutos de outras áreas (Miragem, 2016, p. 88). Pode-se afirmar que o mesmo movimento é observado de forma ainda mais ampla pela LGPD: incorpora institutos e impacta segmentos diversos de aplicação do direito.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Claudia Lima Marques (2020) exemplifica o diálogo sistemático de coerência com o Código Civil oferecendo conceitos de nulidade, prova, pessoa jurídica, que não são definidos no microsistema do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰⁵ Como exemplo, Cláudia Lima Marques (2020, n.p.) destaca o seguinte trecho do REsp 1521408 RJ: “6. Diante da lacuna existente no que concerne ao prazo prescricional aplicável em hipóteses em que se discute a abusividade de cláusula contratual, e, considerando ainda a subsidiariedade do diploma civilista às relações de consumo, valho-me da teoria do diálogo das fontes para determinar a prevalência do prazo prescricional de 10 (dez) anos disposto no art. 205 do CC. 7. (STJ - REsp: 1521408 RJ 2015/0067909-2, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 08/08/2016)”..

¹⁰⁶ A título de exemplo, a LGPD é explícita em fazer remissão à legislação consumerista (art.45) e dispor que as hipóteses de violação de dados no âmbito das relações de consumo estão sujeitas às regras do CDC. Observa-se que não se pretende, no presente trabalho, discutir a natureza da responsabilidade civil na LGPD, mas tão somente situar o instituto na lei de dados. Se, por um lado, se discute na doutrina a natureza do regime de responsabilização da LGPD, não há espaço para essa dúvida no que tange às relações de consumo. Trata-se de responsabilidade objetiva. De forma ampla, para além das relações de consumo, os seguintes juristas têm se posicionado pela natureza objetiva da responsabilidade na LGPD: Caitlin Mulholland, Cíntia Rosa Pereira de Lima, Guilherme Martins e Nelson Rosenvald. Já pela natureza subjetiva: Aline Terra, Carlos Konder, Gisela Sampaio, Gustavo Tepedino, Rose Melo Vencelau. A responsabilidade civil na LGPD é tratada nos artigos 42 a 45 e justificada por meio dos princípios da segurança (art. 6º, VII), da prevenção (art. 6º, VIII), e da responsabilização e prestação de contas (art. 6º, X).

Como consequência relevante do estabelecido diálogo das fontes, bem como do artigo 2º, VI (a defesa do consumidor como fundamento da LGPD), está posto que, mesmo nos casos de competência exclusiva da ANPD, a atuação da autoridade tem o compromisso de integrar as normas de proteção do consumidor (Miragem, 2019, p. 77).

Voltando à tutela coletiva, a positivação dos direitos coletivos e a criação dos mecanismos para sua efetiva proteção tem como marco principal a Lei n. 7.347 de 1985 (Lei da Ação Civil Pública). No entanto, foi o Código de Defesa do Consumidor que cumpriu o papel primordial de revolucionar a tutela coletiva no Brasil (Filomeno, 2021, p. 90), criando uma sistemática nova para a proteção de interesses a título coletivo (Miragem, 2016, p. 722).

O CDC ampliou a tutela coletiva ao introduzir uma terceira categoria de interesses e direitos coletivos, os direitos individuais homogêneos de origem comum (Filomeno, 2021, p. 84). Dessa forma, o artigo 81 do CDC determina três tipos de interesses a serem protegidos pela via coletiva:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A classificação de um direito ou interesse coletivo demanda a análise segundo duas perguntas: a primeira diz respeito ao fato de a proteção pretendida ser divisível, podendo cada titular postular em causa própria e independente dos demais. Em caso positivo, trata-se de direitos individuais homogêneos (inciso III do artigo 81) (Roque et al., 2020, p. 759). Cita-se, como exemplo, o caso dos milhões de brasileiros que tiveram seu CPF exposto no incidente reportado em janeiro de 2021.¹⁰⁷ Em caso negativo, passa-se à segunda questão: existe relação jurídica de base que una o grupo de pessoas? Em se havendo, trata-se de direitos

¹⁰⁷ Ver mais em [Costa \(2021\)](#).

coletivos (inciso II do artigo 81). Em não existindo essa relação de base, trata-se de direitos difusos (inciso I do artigo 81) (Roque et al., 2020, p. 759).

Os interesses ou direitos difusos se relacionam a consumidores que, por circunstâncias fáticas, estão ligados à mesma situação. A tutela jurídica é caracterizada pela indivisibilidade da proteção requerida. Um exemplo clássico é a exposição à propaganda enganosa ou abusiva.¹⁰⁸

No entanto, situação diferente pode ser configurada pela propaganda enganosa ou abusiva direcionada, pois nessa modalidade há a possibilidade de identificação do titular de dados pessoais, o consumidor destinatário da peça publicitária. Havendo a identificação, haverá a individualização, o que acaba por reorganizar o enquadramento do tipo de tutela pretendida. Dito de outra maneira, abre-se a possibilidade de cada titular impactado por propaganda enganosa ou abusiva buscar sua reparação individualmente ou coletivamente.

Já os interesses ou direitos coletivos dizem respeito a consumidores ligados por uma situação jurídica, como empregados de uma empresa que sofrem com monitoramento excessivo por câmeras em ambiente de trabalho. Nesse sentido, rememora-se a multa de mais de 30 milhões de euros imposta à varejista H&M pela autoridade de proteção de dados da Alemanha por violação ao Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGDP ou GDPR).¹⁰⁹

A importância de identificar a correta classificação para a tutela coletiva de dados pessoais, bem como "de consumidor", reside nas implicações atribuídas pela lei para cada uma delas (Roque et al., 2020, p. 758). A sessão de Coisa Julgada do Código de Defesa do Consumidor apresenta, nos incisos do artigo 103, os regimes diferentes para as três categorias de direitos coletivos.¹¹⁰ Por esse ângulo, as

¹⁰⁸ Artigo 37 § 1º CDC É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

¹⁰⁹ Ver mais em [Hodge \(2021\)](#).

¹¹⁰ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes,

discussões envolvendo tutela coletiva têm se direcionado mais para caracterização e implicações do que para questões de admissibilidade (Konder & Fajngold, 2021, p. 359).

Nessa direção, o julgamento, pelo STF, do tema representativo de controvérsia 1.075 de repercussão geral, ocorrido em 07 de abril de 2021, que discutiu o efeito das sentenças em face da competência territorial do órgão prolator (Art. 16 da LACP), é de extrema importância para o contexto de proteção de dados pessoais.¹¹¹ O artigo 16 da LACP, declarado institucional, previa: "A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator ...".

Ao afastar a limitação territorial, o STF confere sentido aos objetivos da tutela coletiva pensada para um país de dimensões continentais como o Brasil. Remove a necessidade de ajuizamento de ações individuais para buscar direitos já garantidos coletivamente em determinada esfera regional, conforme o voto do Ministro Ricardo Lewandowski no RE 1101937 SP, que suscitou a repercussão geral do tema 1.075:

Por tudo isso que foi dito, peço vênha para insistir na tese de que devemos dar o máximo de alcance à eficácia subjetiva da coisa julgada. É inadequado exigir que cada cidadão, ou mesmo que cada pequena associação local, tenha que promover individualmente a sua ação, fechando-se os olhos para o contexto social descrito anteriormente no meu voto e para sua fragilidade diante da parte contrária. Então, desta forma, entendo que a decisão recorrida, ao otimizar o princípio constitucional do acesso à Justiça, é irretocável (STF..., 2021, p. 129).

A decisão é emblemática, pois, além de pacificar o entendimento na jurisprudência sobre a abrangência dos efeitos da coisa julgada nas ACPs, se coaduna com a natureza ampla das atividades de tratamento de dados pessoais. Nesse âmbito, de acordo com o artigo 22 da LGPD, a defesa do titular poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, de acordo com a legislação específica e os instrumentos de tutela individual e coletiva.¹¹²

apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81

¹¹¹ STF - RE: 1101937 SP 0098806-07.2007.4.03.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 11/03/2021, Data de Publicação: 12/03/2021

¹¹² Art. 22, LGPD A defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva.

Da mesma forma, na seção sobre responsabilização e reparação de danos, especificamente no artigo 42 § 3º, a opção do legislador em (re)afirmar a viabilidade da tutela coletiva para as questões relacionadas às violações de dados pessoais faz remissão às normas do processo coletivo positivadas na Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e no Código de Defesa do Consumidor.¹¹³

De acordo com o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, parágrafo único, a tutela coletiva será exercida quando se tratar de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.¹¹⁴ Diante do caso concreto, caberá a investigação acerca de qual categoria deverá ser enquadrada na tutela coletiva de proteção de dados pessoais.¹¹⁵

Em que pese a necessária análise das circunstâncias que ensejariam uma eventual ação coletiva em matéria de dados pessoais, observa-se que a tutela coletiva é naturalmente vocacionada para as situações que vinculam relações de consumo e tratamento de dados pessoais (Goulart, 2022, p. 277). Isso ocorre por dois fatores principais: um relacionado ao enquadramento dos casos ao artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, e outro relacionado ao potencial de mudança que a tutela coletiva representa em oposição à tutela individual (Leonardi, 2019, p. 129).

É possível vislumbrar exemplos de tutela judicial de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos em matérias de tratamento de dados pessoais. A abrangência alcançada por tratamentos irregulares por parte de organizações do setor público ou privado, que impactam um número desconhecido de titulares, tem natureza difusa (Bessa & Nunes, 2020, p. 678). Nessa seara, é possível pensar nos

¹¹³ De acordo com Leonardo Roscoe Bessa & Ana Luisa Tarter Nunes (2020, p. 677), não cabe fazer distinção entre Ação Civil Pública e Ação Coletiva, pois se trata de garantir a proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ainda que exista divergência doutrinária, o autor afirma que estamos diante de expressões que têm o mesmo significado.

¹¹⁴ Art. 81 CDC. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹¹⁵ "A categorização de um direito coletivo, portanto, dependerá invariavelmente da análise da causa de pedir e do pedido da tutela jurisdicional concretamente formulado" (Roque et al., 2020, p. 758).

efeitos enganosos advindos das arquiteturas de escolha em sites permeados por *dark patterns*.¹¹⁶

Já em termos de interesses coletivos, nos quais os titulares são identificáveis e têm uma relação jurídica de base com a parte contrária, é possível a aplicação a situações como o compartilhamento indevido de banco de dados de consumidores entre empresas de um determinado grupo econômico ou o monitoramento não legitimado de conteúdo de serviço de e-mail.¹¹⁷

Por fim, a tutela coletiva dos interesses transindividuais também se aplica a casos envolvendo violações de dados pessoais e consumo. São situações que, pelo mesmo fato, causam danos específicos aos titulares e geram diversas pretensões indenizatórias.¹¹⁸

Antes mesmo de a LGPD entrar em vigor, a judicialização de questões relacionadas a violações de dados pessoais já era observada em especial por meio de Ações Cíveis Públicas, conforme relata Rafael Zanatta (2020) ao tratar do tema.¹¹⁹⁻¹²⁰ De acordo com o autor, é evidente o papel fundamental que a tutela coletiva está destinada a desempenhar "na constituição de um regime jurídico de proteção de dados pessoais" (p. 359). Nessa direção, sustenta que a LGPD integra e reforça um sistema "jurídico-cultural" já existente no Brasil, que abre espaço para que a proteção dos titulares de dados pessoais seja perseguida de forma coletiva, ao lado dos instrumentos de tutela individual (Zanatta & Souza, 2019, p. 406).

¹¹⁶ As *dark patterns* serão abordadas no próximo capítulo.

¹¹⁷ Nesses casos, conforme Bessa & Nunes (2020, p. 679), a sentença beneficiará todos os consumidores que mantêm vínculo com o fornecedor, na forma do artigo 81, II do CDC.

¹¹⁸ Atraindo, nesses casos, a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos na forma do artigo 81, III do CDC (Damasio, 2022).

¹¹⁹ O autor apresenta um compilado de ACPs que, a partir de 2016, buscam a reparação coletiva de situações concretas de tratamento abusivo de dados pessoais: por exemplo, os casos MPF-PI x Google; MPRJ e DPRJ x Fetranspor; MPF-SP x Microsoft; MPRJ x Decolar; MPDFT x Banco Inter; MPDFT x Telefônica; e Idec x Via Quatro (Zanatta, 2020).

¹²⁰ O presente trabalho não abordará concretamente as ações cíveis públicas ajuizadas após a entrada em vigor da LGPD. Porém, cabe observar que era de se esperar que as ações cíveis públicas com base na LGPD não tardassem a acontecer. De fato, em 21 de setembro de 2020, no quarto dia de vigência da LGPD, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) por meio da sua Unidade Especial de Proteção de Dados e Inteligência Artificial (Espec) ajuizou a primeira ACP fundamentada na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Na ACP o MPDFT pediu que a empresa Infortexto eliminasse os dados pessoais tratados de forma irregular de acordo com a LGPD. Pediu também que a empresa tivesse seu domínio cancelado pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. O juiz Wagner Pessoa Vieira da 5ª Vara Cível de Brasília indeferiu a ação por perda de interesse processual, devido ao fato do site estar fora do ar. O processo transitou em julgado sem outras manifestações. Disponível em <https://drive.google.com/file/d/1bFwKa9J6QzfK6r6BP-NsEGi9NLALQvSV/view>Acesso em 28/11/2021.

Na mesma linha, Laura Schertel Mendes (2014, n.p.), ao afirmar a abrangência da disciplina da proteção de dados, a classifica como "um fenômeno coletivo, na medida em que os danos causados pelo processamento impróprio de dados pessoais são, por natureza, difusos, exigindo igualmente uma tutela jurídica coletiva".

Retomando o ponto da vocação da tutela coletiva para endereçar questões relacionadas à proteção de dados pessoais, recorda-se a lição de Stefano Rodotà (2007). Para ele, as pessoas apresentam dificuldades reais de entenderem o grau de periculosidade de certos tipos de tratamento de dados por certas organizações. Soma-se a isso a inerente assimetria de poderes entre o indivíduo isolado e as grandes organizações. Nesse sentido, Rodotà (2007, p. 26) afirma que "estamos diante de questões que, pelo conjunto de meios empregados e pelo número de sujeitos interessados, podem ser corretamente propostas somente em termos coletivos".

É da mesma opinião Shoshana Zuboff (2021, p. 530), para quem o indivíduo sozinho não tem condições de lutar pelo que chama de "miríade de complexidades de sua própria proteção de dados", da mesma forma como não tinha o trabalhador do começo do século XX de lutar por melhores condições de trabalho. Dito de outra maneira, a tutela coletiva é o meio mais eficiente para fazer com que os setores público e privado sejam compelidos a modificar determinadas práticas de mercado.

Outros autores têm apontado a importância do afastamento do modelo individualista de proteção de dados e o aprofundamento da via coletiva. Dentre eles, Helen Nissenbaum, Luciano Floridi e Alessandro Mantellero estão entre os que desenvolveram teorias que enfatizam aspectos que abrem caminho para a tutela coletiva (Zanatta & Souza, 2019).

Helen Nissenbaum (2010, p. 127) é a precursora da noção de privacidade contextual. A autora explica que o direito à privacidade não está relacionado nem ao segredo, nem ao controle, mas sim ao fluxo apropriado dos dados pessoais. A noção de fluxo apropriado de dados é sustentada pelos contextos sociais e pelas normas informacionais relacionadas a cada contexto. Por contextos, Nissenbaum (2010, p. 129) se refere a circunstâncias de tempo, lugar, cultura, que fornecem contorno e características de cenários (setores) sociais específicos.

Esses contextos podem envolver áreas tão diversas quanto saúde e comércio, trabalho e religião, por exemplo, em que coexistem normas, papéis,

estruturas de poder e valores internos pré-estabelecidos. É com base nos contextos que a autora apresenta a ideia de integridade contextual definida em termos de normas informacionais (p. 140).

As normas informacionais apresentam três parâmetros: (i) tipos de informação, (ii) atores e (iii) princípios de transmissão. Os tipos de informação variam de acordo com as áreas nas quais estão inseridas: saúde, educação, política, etc. Já os atores assumem papéis e funções diferentes, a começar pelos que oferecem (enviam) e os que recebem a informação. Por fim, os princípios da transmissão são definidos pelos termos sob os quais a informação circula, como, por exemplo, autorizações ou limites (Nissenbaum, 2015).

Em outro aspecto, as normas informacionais se dividem em dois tipos: (i) normas de apropriabilidade e (ii) normas de distribuição, como explicam Zanatta & Souza (2019, p. 387):

Normas de apropriabilidade (*appropriateness*) circunscrevem o tipo de informação sobre um indivíduo que é apropriado, esperável ou permitido ser revelado em um dado contexto. Normas de distribuição (*distribution*) governam o fluxo ou a distribuição de uma parte para outra. A integridade contextual é mantida quando ambas as normas são respeitadas. Para Nissenbaum, a violação da privacidade ocorre quando há uma contravenção dessas normas. Em sua teoria, esse processo é chamado de violação da privacidade contextual.

O valor da teoria da privacidade contextual também é sublinhado por Bruno Bioni (2020), ao afirmar que, com exceção de Nissenbaum, pouco se avançou em alternativas diversas daquelas centradas na ideia de controle dos próprios dados. É o que se extrai do trecho a seguir:

Ao partir da premissa de que o fluxo das informações pessoais cumpre um valor social e político, a referida autora considera que os indivíduos se desenvolvem de acordo com as suas esferas sociais. A informação que é compartilhada na relação médico-paciente, no ambiente educacional e de trabalho, na cena política e religiosa cumpre, respectivamente, um papel de inserção do seu titular em cada um desses contextos (Bioni, 2020, p. 211).

Ao apontar o valor social e político da teoria de Nissenbaum, Bioni, por reflexo, toca na sua relevância para a tutela coletiva. Nesse sentido, Zanatta & Souza (2019, p. 385) lembram a influência que Nissenbaum vem realizando na reformulação da tutela coletiva no âmbito da *Federal Trade Commission* (FTC).

Trata-se de uma transição de referencial, do individualista para o coletivo, do modelo construído em cima do *notice and consent* – fortemente baseado na suposta capacidade de entendimento do titular de dados pessoais – para uma visão que privilegia não o controle, mas a adequação dos fluxos de dados pessoais.¹²¹

Outra linha teórica sobre a coletivização da proteção de dados pessoais foi desenvolvida por Luciano Floridi (2017). Trata-se da Privacidade de Grupo, adotada pelos pesquisadores do *Oxford Internet Institute*. Floridi aponta a importância dos grupos aos quais as pessoas são associadas e classificadas como o grande ponto de interesse das empresas que tratam dados pessoais. Para ele, o modelo de tutela atual é antropocêntrico e nominalista¹²², o que esconde, por exemplo, riscos associados ao tratamento de dados anonimizados que apresentam potencial para reidentificação.¹²³

Efetivamente, na visão de Floridi (2017, p. 96), a proteção dos grupos não decorre necessariamente da proteção exclusivamente assegurada aos indivíduos. A privacidade dos grupos deve ser compreendida como algo que, em certas circunstâncias, pode estar contido em sua completude na privacidade individual de seus membros, e, em outras, como algo que pertence ao grupo identificado como tal.

Por fim, Floridi (2017, p. 96) aponta que, ainda que a visão adotada pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD ou GDPR) não contemple a privacidade de grupo¹²⁴, é importante levar em consideração que as organizações usuárias de sistemas de *big data* não se importam com o titular de dados individualmente considerado. O foco está nos grupos a que esse titular pertence, a Igreja que frequenta, os aplicativos que usa, o hospital credenciado ao plano de saúde contratado, etc.

¹²¹ Um exemplo de recusa do modelo *notice and consent* que vem ganhando intensidade no âmbito da União Europeia é a decisão da autoridade de proteção de dados da Bélgica em relação à inadequação da plataforma de consentimento desenvolvida pelo IAB Europe para o ambiente de adtech. A decisão foi confirmada por outras 27 autoridades da região. Ver mais em Belgian Authority... (2022).

¹²² Também chamada de atomística, cujo foco está no indivíduo singular (Zanatta & Souza, 2019, p. 391).

¹²³ Nesse aspecto, Floridi (2017) traz à tona a temática da reidentificação dos dados anonimizados por uma abordagem diferente da que se estabeleceu relacionada às falhas nos processos de anonimização nos trabalhos de Arvind Narayanan & Vitaly Shmatikov, Paul Ohme Elizabeth A Brasher (apud Martins & Junior Faleiros, 2019)). A questão central para Floridi (2017) ultrapassa a reidentificação individual para alcançar os riscos para as coletividades, em especial para os grupos de vulneráveis.

¹²⁴ Podemos afirmar o mesmo em relação à LGPD.

Em comum com Helen Nissenbaum, Floridi afirma que a noção de privacidade como o direito individual de controle dos próprios dados se configura como um "ideal irrealista" dentro do estágio atual de desenvolvimento tecnológico (*big data*, mineração de dados e *profiling*) (Zanatta & Souza, 2019, p. 386). Em consequência, a proteção deve ser coletiva.¹²⁵

Há, ainda, o autor italiano Alessandro Mantelero (2016), que cuidou de avançar no debate no sentido de indicar que a proteção coletiva deve caminhar para abarcar grupos não específicos, que fogem "ao conceito sociológico" de grupo. Segundo Mantelero, a evolução da tecnologia de *big-data* e *profiling* coleta dados e cria grupos de pessoas com base em critérios próprios para atender a seus interesses.

São pessoas que não se conhecem, que não têm ideia de que são classificadas e alocadas dentro de um mesmo grupo. Muito menos têm conhecimento das consequências de fazerem parte desses grupos. Nesse sentido, as implicações relacionadas à privacidade são diversas daquelas relacionadas a indivíduos e a grupos conforme entendidos pela teoria da Privacidade de Grupo¹²⁶. Conforme as palavras do autor:

Não estamos nem na presença de formas de análise que envolvem apenas indivíduos, nem na presença de grupos segundo o significado sociológico tradicional do termo, dada a falta de consciência dos membros do grupo como parte de um grupo e a falta de interação entre as pessoas agrupadas em vários clusters por coletores de dados. Devemos, portanto, estender o campo de investigação aos interesses coletivos das pessoas cujos dados pessoais estão sendo coletados, analisados e agrupados. A diferença na natureza desses grupos de indivíduos requer uma abordagem diferente que não pode ser exclusivamente baseada em direitos individuais (Mantelero, 2016, p. 251).

Trata-se de buscar proteger aquilo que Mantelero chama de "interesses coletivos não agregativos", que representam mais do que a soma de interesses individuais dentro de um grupo (Zanatta & Souza, 2019, p. 386). É uma categoria

¹²⁵ A título de exemplo, a teoria da privacidade de grupo é usada por Cathy O'Neil (2020) ao relatar os casos relacionados à vulnerabilidade de grupos inteiros como "mães-solteiras-imigrantes-pobres". São alvo de técnicas de publicidade para a contratação de crédito universitário para cursos que dificilmente conseguirão levar adiante e que ainda mais dificilmente proporcionarão a mudança de vida prometida.

¹²⁶ Segundo o autor, a teoria da privacidade de grupo é baseada no modelo de direitos individuais, que não se mostram suficientes para enfrentar as questões contemporâneas relacionadas aos grupos formados por algoritmos (Mantelero, 2016, p. 241).

de interesses que não necessariamente se preocupa com questões individuais, sejam consideradas separadas, sejam consideradas em grupo. É especialmente importante quando se está diante de empresas ou governo com a intenção de descobrir comportamento de segmentos da população para embasar decisões políticas e econômicas (Mantelero, 2016, p. 252).

Os membros dos grupos considerados dessa forma são afetados indiretamente, mas ainda assim sofrem com a potencial discriminação e invasão de privacidade provocadas pelo tratamento de dados. O foco da dimensão coletiva de proteção de "interesses não agregativos" está mais no uso da informação, e menos no sigilo e qualidade dos dados (Mantelero, 2016, p. 252).

Nessa direção, importa entender como a tutela coletiva pode ser exercida considerando o envolvimento das diversas partes interessadas, definindo critérios processuais específicos, bem como as entidades habilitadas para atuarem no interesse da coletividade (Mantelero, 2016, p. 254). É nesse ponto que, de acordo com Zanatta & Souza (2019, p. 408), o debate sobre coletivização dos dados pessoais apresenta, no Brasil, a vantagem de estar inserido em um sistema no qual a tutela coletiva já é assentada e discutida.¹²⁷ Ministério Público, Defensoria Pública, órgãos que fazem parte do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, desfrutam de uma tradição posta tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Há, ainda, uma questão sobre tutela coletiva relacionada à legitimação para a propositura de ações civis públicas que merece a menção tendo em vista a interseção prática com a hipótese do presente trabalho.¹²⁸ Trata-se do papel a ser

¹²⁷ A ideia de tutela coletiva está diretamente associada à massificação e à complexificação das relações ao longo do século XX. Nesse contexto, passam a ser reconhecidos direitos que não se limitam a um titular específico, mas se estendem à coletividade, muitas vezes formada por indivíduos indeterminados. Conforme a pesquisa desenvolvida no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): "Na ordem jurídica liberal clássica, a titularidade de direitos e o acesso à prestação jurisdicional eram reconhecidos apenas aos indivíduos, os quais deviam ser capazes de identificar seus direitos e provocar o judiciário a protegê-los quando necessários. Com as transformações da sociedade e a conseqüente complexidade das relações sociais, a concepção de Direito sofreu uma alteração radical, incluindo novas categorias de direitos voltados à proteção e à promoção de benefícios sociais aos indivíduos, comunidades ou grupos" (Sociedade Brasileira..., 2018).

¹²⁸ Sobre a legitimação para a propositura de ações civis públicas, recorda-se que está superado o debate relacionado à legitimidade da Defensoria Pública para a defesa de interesses coletivos e à não obrigatoriedade de demonstração de hipossuficiência prévia. Nesse sentido, aponta-se a ADI no 3.943, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público em 2007, que questionou a legitimidade da Defensoria Pública de modo geral para o ajuizamento de ACPs. O STF se posicionou pela improcedência da ação, considerando constitucional a legitimidade ativa da Defensoria Pública. Observa-se que, no mesmo ano de 2007, a Lei n. 7.347/1997 foi alterada justamente para passar a incluir a Defensoria Pública no rol dos legitimados à proposição de ACP, conforme o art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: II, A Defensoria Pública.

eventualmente desempenhado pela ANPD, uma vez que entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, estão entre os legitimados a exercer a defesa coletiva nos moldes do art. 82, III do CDC, bem como do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública.¹²⁹⁻¹³⁰

Trata-se da hipótese da ANPD, órgão integrante da Presidência da República¹³¹, constituída pelo artigo 55-A da LGPD, que diz:

Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República.

Ao analisar a legitimação das pessoas políticas no âmbito das relações de consumo, Bruno Miragem (2016) afirma que, "embora tenha inegáveis méritos, em vista da ampliação da tutela dos direitos dos consumidores, não vem, todavia, sendo utilizado em acordo com as possibilidades que oferece." O poder de polícia e as competências administrativas que tais entidades conservam acabam se sobrepondo à possibilidade de manejo das ACPs.

Importa lembrar que a ANPD possui competência normativa, fiscalizatória e sancionatória em seara administrativa (Artigo 55-J, III, IV, XIII, XVIII e 55-K). Logo, ao lado da competência administrativa, a autoridade detém a competência também em esfera judicial para propor ACPs em matéria de proteção de dados pessoais.

A missão institucional da ANPD comporta a atuação administrativa e judicial, na medida em que, em última instância, está voltada à proteção de direitos fundamentais. Para tanto, tem como objetivo "assegurar a mais ampla e correta

¹²⁹ Na falta de referência na LGPD, recorre-se ao rol do artigo 82 do CDC: Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

¹³⁰ E também ao Art. 5º da LACP: Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

¹³¹ Observa-se que, ao longo da presente pesquisa, foi editada a Medida Provisória n. 1124, que transforma a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) em autarquia de natureza especial e, portanto, não subordinada hierarquicamente à Presidência da República ou a ministérios.

observância da LGPD no Brasil" (Brasil, 2021a). No entanto, até o presente momento, não há sinalização de que as atividades da autoridade se desenvolverão também nessa direção. Uma questão que se coloca para um futuro próximo é como a ANPD vai transitar entre os dois polos: o administrativo e o judicial.

1.6. Ônus da prova e hipossuficiência em ambiente digital

A regra geral sobre distribuição do ônus da prova está descrita no artigo 373 do Código de Processo Civil¹³² e representa aquilo que a doutrina convencionou chamar de distribuição estática. Dito de outra maneira: a responsabilidade de trazer os fatos constitutivos do direito cabe ao autor, enquanto ao réu cabe o ônus de se defender apresentando os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

É inegável a segurança jurídica que a distribuição da carga probatória, tal qual apresentada no caput do artigo 373, CPC, é capaz de oferecer. No entanto, ela carrega, ao mesmo tempo, uma grande desvantagem para a parte que possui algum grau de dificuldade em produzir a prova necessária. Nesse sentido:

Deriva de uma noção de segurança jurídica e previsibilidade que objetivaria a impossibilidade de uma sanção processual imprevista. Porém, de um ponto de vista crítico, há especial problema quando, ao se permitir aos litigantes terem conhecimento de todos os fatos que lhes interessam provar, possibilita-se, concomitantemente, a ocorrência de hipóteses nas quais demandante ou demandado prevalece da dificuldade alheia quanto à produção de provas específicas, mantendo-se inerte e aguardando provimento que lhe beneficie, ainda que não assista razão quanto ao mérito da causa (Brasil Júnior & Cunha, 2018, p. 260).

Em razão da dificuldade de arcar com o ônus probatório, sobretudo quando essa dificuldade se dá por conta da desigualdade da capacidade das partes, surge no Código de Defesa do Consumidor a possibilidade de flexibilizar a regra geral do CPC (*caput* do artigo 373) por meio da inversão do ônus da prova.¹³³

¹³² Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

¹³³ Não se pretende discutir, no presente trabalho, as teorias de ônus probatório. Para parte da doutrina, o Código de Processo Civil adotou a teoria estática com a possibilidade de flexibilização da distribuição do ônus da prova. Esse é o posicionamento de Samuel Meira Brasil Júnior & Gabriel Sardenberg Cunha (2018, p. 262): "Coerente, pois, adotar o entendimento de que a regra geral aplicável no CPC/15 é a de distribuição objetiva e prévia do ônus da prova e que, ao invés de

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor adotou, como direito básico do consumidor, a facilitação de sua defesa, com previsão expressa no artigo 6º, VIII:

a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências

Fica estabelecido, portanto, que, em se tratando de relação de consumo, em função da dificuldade de o consumidor demonstrar os fatos que sustentam sua pretensão, os preceitos tradicionais de ônus da prova, conforme dispostos no CPC, são relativizados. Como explica Bruno Miragem (2016, p. 234):

Ora, na estrutura das relações de consumo, o domínio do conhecimento sobre o produto ou serviço, ou ainda sobre o processo de produção dos mesmos no mercado de consumo é do fornecedor. Da mesma forma, não se pode desconhecer que a defesa judicial de interesses exige do titular da pretensão a disposição de recursos financeiros e técnicos para uma adequada demonstração da pertinência e procedência do seu interesse.

Dois critérios informam relativização: a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança das alegações, a serem sopesados pelo magistrado quando da avaliação do caso concreto. A verossimilhança, como pontua Bruno Miragem (2016, p. 238), é verificada pelo juiz a partir de "um critério de probabilidade" daquilo que é trazido a seu conhecimento.

No que tange à hipossuficiência, importa lembrar que ela não se confunde com vulnerabilidade, posto que esta é condição de todo consumidor, na forma do artigo 4º, I do CDC.¹³⁴ A hipossuficiência é verificada no processo como "circunstância concreta, não presumida a priori, de desigualdade em relação à contraparte ..." (Miragem, 2016, p. 234). De início, trata-se de uma desigualdade econômica relacionada à ausência de recursos financeiros para ingressar em litígio

consagrar-se uma nova regra geral de distribuição dinâmica, contempla-se apenas uma hipótese excepcional de flexibilização do sistema estanque, por meio justamente da já conhecida inversão do ônus da prova. Dita inversão é situação excepcional que ocorre somente se supridos requisitos do § 1º do artigo 373, vez que o comando geral, nesse caso, não possui caráter cogente." Em sentido diverso, ver por todos Marinoni & Arenhart (2016).

¹³⁴ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

contra o fornecedor. Depois, consiste em uma desigualdade de meios para ter acesso aos elementos probatórios que se encontravam na posse do fornecedor.

Em análise sobre contratos eletrônicos de consumo, Guilherme Magalhães Martins (2016) aponta a inversão do ônus da prova como meio necessário para a defesa do consumidor. O ambiente dentro do qual tais contratos são estabelecidos usualmente indica que os registros de transmissão dos dados ficam apenas com o fornecedor. A hipossuficiência surge da falta de conhecimento acerca das tecnologias de informática que suportam os contratos eletrônicos.

Nesse sentido, diz o autor:

Logo, o dever do fornecedor de possibilitar ao consumidor “perenizar” a informação ou o dado eletrônico tem por objetivo evitar (caso já celebrado o contrato) ou, pelo menos, minimizar os danos decorrentes da retirada súbita de uma oferta do site, mudando as regras do jogo, em ofensa ao princípio da vinculação da oferta (art. 30 do CDC) (p. 80).

A doutrina, de modo geral, entende a hipossuficiência da parte de maneira ampla, ensejando a inversão do ônus da prova em qualquer situação que revele a impotência da parte (Schreiber, 2021, p. 345). A jurisprudência refletiu sobre essa circunstância impossibilitadora de produção de provas por parte do consumidor, classificando-a como "hipossuficiência técnica".

Em exemplo de caso corriqueiro sobre fraude em saques bancários relatado pelo Ministro Marco Buzzi, (REsp 1390005 PR 2013/0186831-6), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a hipossuficiência técnica. Tal entendimento é, inclusive, reforçado pela Súmula nº 479: "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias".

No mesmo sentido, com base na hipossuficiência técnica do consumidor diante da incapacidade de provar suas alegações, decidiu o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, (AREsp: 335706 SP 2013/0144962-9), em agravo ao recurso especial:

Com efeito, de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, é possível a inversão do ônus da prova, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, quando demonstradas a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor. Assim, mesmo afastado o requisito da verossimilhança, inquestionável a hipossuficiência técnica da agravada que não tem à sua disposição todos os meios possíveis de realização de prova de suas alegações. **A hipossuficiência, nesse caso, é técnica e, por**

si só, suficiente ao deferimento da inversão do ônus probatório. (grifo nosso).

No contexto das relações de consumo permeadas pelo intenso tratamento de dados pessoais, é de se esperar um aumento nessa circunstância de hipossuficiência caracterizada não pela condição financeira do consumidor, mas sim pela cada vez maior dificuldade de se produzirem provas em relação ao uso de seus dados pessoais.¹³⁵

Nessa direção, a LGPD adotou a inversão do ônus da prova, contemplando os dois requisitos trazidos pelo CDC (hipossuficiência e verossimilhança), e acrescentou um terceiro, relacionado à onerosidade excessiva para a produção da prova por parte do consumidor (Art. 42 § 2º). As três hipóteses de inversão do ônus da prova apresentadas no artigo 42 § 2º da LGPD são *ope judicis*, isto é, exigem a avaliação do magistrado para a verificação da ocorrência:

§ 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

Há, ainda, na LGPD, outra hipótese de inversão do ônus da prova, mas em decorrência da lei (*ope legis*), independentemente da discricionariedade do juiz. De acordo com o parágrafo segundo do artigo 8º, cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nessa Lei.

Com efeito, os direitos dos titulares assegurados no artigo 18 da LGPD e nos seguintes garantem, em esfera administrativa, o acesso a informações que os titulares eventualmente usarão para instruir processos em juízo. É o que afirma, nessa mesma direção, Flávio Maimone (2021, p. 133):

Ao lado da inversão do ônus, o titular poderá buscar por informações diretas com o encarregado ou com o controlador, exigindo prestação de contas para tentar encontrar de onde partiu a violação, com base nos princípios (artigo 6º) da

¹³⁵ Nesse sentido: "Uma inversão tão extremada do ônus da prova é justificada pela, igualmente dramática, hipossuficiência do titular de dados. Como observam Tarcisio Teixeira e Ruth Armelin, essa hipossuficiência torna-se "facilmente constatável quando se tem uma sociedade permeada pela cultura do Big Data, em que há uma coleta massiva de dados, muitas vezes até desnecessária". Em face dessa realidade, complementam os autores, "o titular de dados se encontra em uma posição claramente desfavorável, em que beira [a]o impossível saber quais de seus dados estão sendo tratados, de que forma isso tem sido feito e quem seriam os agentes de tratamento" (Bioni & Dias, 2020, p. 517).

responsabilização e prestação de contas (inciso X) e da transparência (VI), pelo qual há a “garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”. Repisamos que a teia interconectada da Lei contribui com sua efetividade.

Em certa medida, são direitos que se alinham ao fundamento de defesa do consumidor conforme o artigo 2º, VI (LGPD). Da mesma forma, tais direitos se enquadram no direito básico do consumidor no sentido de facilitação de sua defesa (Artigo 6º, VIII, CDC).

Chama a atenção o fato de o instituto do ônus da prova na LGPD ter sido alocado na seção sobre responsabilidade civil (Art. 42, § 2º), ao contrário do CDC, que traz a previsão inserida no rol dos direitos básicos (Art. 6º). Uma interpretação restritiva poderia circunscrever a possibilidade de inversão do ônus da prova às ações indenizatórias.¹³⁶ Porém, no que se refere ao tratamento irregular de dados pessoais, há outras possibilidades que estarão enquadradas em situações diversas de violação da lei.¹³⁷

Em conclusão parcial, este capítulo procurou demonstrar que a tutela dos dados pessoais dos consumidores estava presente no ordenamento jurídico pátrio, muito antes da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados. No entanto, a LGPD sistematizou em um só diploma os direitos dos titulares e os deveres dos agentes de tratamento. Criou, assim, instrumentos que se prestam a facilitar a defesa dos direitos dos consumidores enquanto titulares de dados pessoais, ao mesmo tempo que têm a função de ordenar o mercado no que se relaciona ao tratamento de dados pessoais.¹³⁸

No próximo capítulo, passa-se a analisar situações inseridas no contexto das relações de consumo e tratamento de dados pessoais. Por meio delas, pretende-se demonstrar que a hipossuficiência do titular de dados pessoais é condição inerente

¹³⁶ Conforme Daniela Copetti Cravo (2021, n.p.): "Entende-se que tal possibilidade não deve ficar restrita apenas aos casos estritos de responsabilidade, seja pelo diálogo com o CDC, seja pela previsão geral trazida no artigo 373, § 1º, do CPC" .

¹³⁷ Nesse sentido: "...a sua ratio, fundada na superioridade técnica dos agentes de tratamento sobre o titular dos dados pessoais, justifica a sua aplicação em qualquer litígio envolvendo o tratamento desses dados" (Schreiber, 2021, p. 344).

¹³⁸ Nesse sentido, Miriam Wimmer & Octavio Penna Pieranti (2021, p. 219), em artigo sobre autorregulação e regulação estatal: "A análise da LGPD revela que as regras nela previstas e os parâmetros para a atuação da ANPD privilegiam uma visão moderna da regulação, não como uma ferramenta para restringir comportamentos, mas como um elemento de facilitação para que as atividades sejam desempenhadas de maneira ordenada."

ao consumidor na medida em que suas vulnerabilidades são exploradas para fins de marketing.

Modelos de negócios baseados em análises sofisticadas, que se valem cada vez mais de algoritmos, acabam por promover um aumento do risco para a privacidade e para o livre desenvolvimento da personalidade, além da discriminação e estigmatização social dos titulares de dados pessoais (Martins & Faleiros Júnior, 2021). Nesse contexto, os consumidores e as relações de consumo, ainda que resguardados pelas medidas já vigentes, passam a ser marcados mais intensamente pela assimetria de conhecimento ou conforme Shoshana Zuboff (2020, p. 100), pela desigualdade epistêmica, demandando um reforço a partir da integração entre LGPD e CDC.

2. O avanço silencioso das práticas enganosas: a proliferação das *dark patterns*

2.1. Um breve panorama

É fato que a inovação tecnológica, aplicada ao campo do consumo, alimenta a discussão sobre a preponderância do *homo economicus*, ou seja, aquele que age para maximizar a utilidade de suas escolhas. Dessa maneira, interessa observar o avanço dos estudos sobre Economia Comportamental que propuseram a mudança de paradigma da racionalidade econômica para incluir a influência de variáveis mais complexas nos processos de decisão dos indivíduos em sociedade.

Também chamada de Behaviorismo, a Economia Comportamental pode ser definida, em poucas palavras, como "o estudo das influências cognitivas, sociais e emocionais observadas sobre o comportamento econômico das pessoas" (Samson, 2019).

Se, nas ciências econômicas, o impacto do Behaviorismo se deu no reconhecimento amplo de que os processos decisórios do homem não são ditados unicamente por sua racionalidade (Ribeiro & Domingues, 2018, p. 457), sua influência no marketing foi observada pela incorporação de técnicas propícias à exploração desta nova constatação. Trata-se do fenômeno chamado de "virada comportamental" (Nadler & McGuigan, 2018), que se apropria da gramática da Economia Comportamental e passa a direcionar esforços para explorar vulnerabilidades cognitivas e emocionais dos consumidores em seus processos de decisão de compra (p. 153).

O avanço tecnológico, combinado com a "virada comportamental" do marketing, sobretudo em ambiente digital, formou uma espécie de "tempestade perfeita"¹³⁹ para o emprego de práticas que se aproximam mais da manipulação do comportamento de consumidores do que da influência sobre a preferência por determinados produtos e serviços (Nadler & McGuigan, 2018, p. 152). Com ela, surgem os novos desafios para o Direito. O processo de decisão de compra do consumidor, desde os estímulos iniciais até a compra e o pós-compra, passa a ser diretamente impactado por essa combinação de fatores.

¹³⁹ Expressão do idioma inglês que significa a combinação de eventos ruins. "An extremely bad situation in which many bad things happen at the same time" (Perfect Storm, s.d.).

De especial importância são as tecnologias que viabilizam a apreensão de informações sobre o consumidor (ou consumidor em potencial) para que sejam usadas ao longo de todo o seu processo decisório. Grande parte desse uso é imperceptível aos olhos do público. Dito de outra maneira: a própria consciência do consumidor acerca de como os estímulos de compra são desenvolvidos e direcionados diminui. Dois fatores colaboram para essa invisibilidade: as chamadas *dark patterns*¹⁴⁰ e a exploração de vieses comportamentais¹⁴¹.

O termo *dark patterns* foi cunhado por Harry Brignull¹⁴² em 2009 e apresentado pela primeira vez em seu site darkpatterns.org, no qual descreveu um padrão de interfaces de usuário¹⁴³ que se traduzem por "truques usados em websites e aplicativos que fazem você fazer coisas que você não faria, como comprar produtos ou assinar algum serviço" (Mathur et al., 2021, p. 3).

Já os chamados vieses comportamentais relacionam-se a dois conceitos introduzidos por Tversky e Kahneman em 1974 para explicar o comportamento humano em face das incertezas diante do processo decisório (Kahneman & Frederick, 2002, p. 52). São eles: vieses e heurísticas. Em apertada síntese, os vieses representam erros sistemáticos de julgamento que acontecem em função dos atalhos cognitivos (heurísticas) assumidos pelo cérebro humano para simplificar a tomada de decisões.¹⁴⁴

¹⁴⁰ De acordo com o Stigler Center (2019, p. 12), "as *dark patterns* são interfaces de usuário que dificultam a expressão de preferências reais e atuam na manipulação de atitudes contrárias a suas expectativas e preferências."

¹⁴¹ Viés de comportamento ou atalhos mentais responsáveis por julgamentos antecipados com a intenção de manipular consumidores, são chamados de gatilhos mentais no campo de estudos da persuasão.

¹⁴² No mesmo sentido, outra referência cronológica que marca a definição do termo por Harry Brignull, especializado em design de experiência do usuário (UX) e pesquisador com PhD em Ciência Cognitiva (University of Sussex), é encontrada no site mantido por ele (Brignull, 2010)

¹⁴³ Interface de usuário é o meio pelo qual o usuário interage com o ambiente digital (um site, um aplicativo, uma plataforma de redes sociais, um dispositivo de voz, entre outras aplicações). O Comitê Europeu para a Proteção de Dados (CEPD) definiu a interface do usuário, na Diretriz 03/2022, como "os meios para as pessoas interagirem com as plataformas de mídia social". Tradução livre de: "In these Guidelines, the term user interface corresponds to the means for people to interact with social media platforms" (European Data..., 2022).

¹⁴⁴ Segundo Kahneman & Frederick (2002, p. 52), as noções de viés e heurística foram apresentadas no seguinte extrato, que inicialmente pretendia complementar a análise sobre percepção intuitiva de distância, antes desenvolvida por Brunswik, em 1943: "A avaliação subjetiva de probabilidade se assemelha à avaliação subjetiva de grandezas físicas como distância ou tamanho. Esses julgamentos são todos baseados em dados de validade limitada, que são processados de acordo com regras heurísticas. Por exemplo, a distância aparente de um objeto é determinada em parte por sua clareza. Quanto mais agudamente o objeto é visto, mais próximo ele parece estar. Essa regra tem alguma validade, porque, em qualquer dada cena, os objetos mais distantes são vistos com menos nitidez do que os objetos mais próximos. No entanto, a confiança nessa regra leva a erros sistemáticos na estimativa da distância. Especificamente, as distâncias são frequentemente superestimadas quando

Tais fatores, *dark patterns* e vieses comportamentais, foram apontados em dois estudos contemporâneos sobre o poder das plataformas digitais. O primeiro é o relatório do governo norte-americano com foco na concorrência no mercado digital.¹⁴⁵ O segundo é o relatório produzido pelo Stigler Center (2019), também voltado para plataformas digitais, que, de maneira mais ampla que o primeiro, estudou o impacto das plataformas digitais em quatro áreas relacionadas. São elas: economia; privacidade e segurança; imprensa; e funcionamento da democracia (Stigler Center, 2019, p. 7).

Ambos os relatórios indicam que os consumidores, de maneira geral, não têm condições de entender os aspectos negativos relacionados às suas atividades em ambiente digital. Aos consumidores falta tempo, conhecimento e capacidade. E a tendência é que esse cenário se agrave à medida que as empresas se tornem mais sofisticadas no desenvolvimento de técnicas de manipulação (p. 12).

No Congresso norte-americano, a temática das *dark patterns* está presente por meio do Deceptive Experiences To Online Users Reduction Act (DETOUR).¹⁴⁶ Trata-se de proposta de lei apresentada em 2019¹⁴⁷ e reintroduzida em 2021¹⁴⁸ que pretende banir o uso de técnicas enganosas e manipulativas por parte de grandes prestadores de serviços on-line. No estado da Califórnia, esse movimento já é realidade, e alguns tipos de *dark patterns* estarão proibidos a partir de 1º de janeiro de 2023, com a entrada em vigor do Consumer 's Privacy Right Act (CPRA).

a visibilidade é ruim porque os contornos dos objetos são borrados. Por outro lado, as distâncias são muitas vezes subestimadas quando a visibilidade é boa porque os objetos são vistos com nitidez. Assim, a confiança na clareza como uma indicação leva a preconceitos comuns. Tais vieses também são encontrados em julgamentos de probabilidade”. Tradução livre de: “The subjective assessment of probability resembles the subjective assessment of physical quantities such as distance or size. These judgments are all based on data of limited validity, which are processed according to heuristic rules. For example, the apparent distance of an object is determined in part by its clarity. The more sharply the object is seen, the closer it appears to be. This rule has some validity, because in any given scene the more distant objects are seen less sharply than nearer objects. However, the reliance on this rule leads to systematic errors in the estimation of distance. Specifically, distances are often overestimated when visibility is poor because the contours of objects are blurred. On the other hand, distances are often underestimated when visibility is good because the objects are seen sharply. Thus the reliance on clarity as an indication leads to common biases. Such biases are also found in intuitive judgments of probability.”

¹⁴⁵ USA. **Subcommittee in Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary. Investigation of Competition in Digital Markets.** 2019.

¹⁴⁶ Proposta de lei bi-cameral, pendente de apreciação pelo Congresso Norte-Americano, que pode ser traduzida como: Lei de Redução de Experiências Enganosas para Usuários On-line.

¹⁴⁷ Proposta de lei "Senate Bill 1804, 116 th Congress" Disponível em <<https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1084>>. Acesso em 28 mar. 2022. 28.03.2022

¹⁴⁸ Proposta de lei "Senate Bill 3330, 117 th Congress" Disponível em <<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/3330/titles>> Acesso em 28 mar. 2022.

No âmbito da agência reguladora norte-americana Federal Trade Commission (FTC), houve, nos últimos dez anos, um significativo aumento de casos relatados envolvendo *dark patterns* (Luguri & Strahilevitz, 2021, p. 105-106). Apesar de a maior parte deles não ter citado o termo diretamente, cumpriu o papel de formar um conjunto de precedentes que legitimou a atuação da FTC na direção de fiscalizar e sancionar as empresas que se valiam das *dark patterns* em suas relações comerciais (p. 90).

Em abril de 2021, a FTC promoveu a sessão de trabalho "Jogando luz sobre as 'dark patterns'" (Estados Unidos..., 2021a), com o objetivo de discutir seus efeitos na tomada de decisão do consumidor. Em seguida, em outubro do mesmo ano, publicou a diretriz de fiscalização voltada para advertir as organizações acerca do uso ilegal de práticas que "enganam ou prendem os consumidores em serviços de assinatura".¹⁴⁹

Nesse sentido, é significativa a afirmação de Samuel Levine, diretor do escritório de proteção ao consumidor da agência, por ocasião da publicação do referido documento:

A diretriz deixa claro que enganar os consumidores para que se inscrevam em programas de assinatura ou retê-los quando tentam cancelá-los é contra a lei. As empresas que empregam *dark patterns* e outros truques sujos devem levar isso em conta. Esta diretriz se baseia nas muitas ações de fiscalização empreendidas pela FTC e por outras agências contra truques e armadilhas de assinaturas ilegais, às vezes usadas por vendedores inescrupulosos em serviços de renovação automática, planos de continuidade, conversões gratuitas ou não gratuitas e planos de pré-notificação (Estados Unidos..., 2021b).

Passando para a União Europeia, o European Data Protection Board (EDPB) ou, em português, Comitê Europeu para a Proteção de Dados (CEPD) publicou o Guideline nº 3/2022 sobre *dark patterns* no contexto das plataformas de mídias sociais.¹⁵⁰ Antes da respectiva publicação, trabalhos das autoridades de proteção de consumidores e de proteção de dados pessoais da região já haviam apresentado a preocupação com a utilização indiscriminada das *dark patterns* e seus impactos na proteção de dados pessoais.

¹⁴⁹FTC. 2021. Enforcement Policy Statement Regarding Negative Option Marketing.

¹⁵⁰ EDPB. **Guidelines 03/2022**. Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognize and avoid them.

Na Noruega, a Norwegian Consumer Council demonstrou o impacto negativo das *dark patterns* por meio de um estudo realizado em 2018 envolvendo as empresas Google, Facebook e Microsoft. A conclusão apontou para a não conformidade de tais práticas aos princípios do GDPR, bem como para a invalidade do consentimento obtido às custas de influências advindas por meio de *dark patterns* (Forbrukerrådet, 2018).

Em 2019, a autoridade francesa Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) lançou o relatório chamado "Shaping choice in the Digital World: from dark patterns to data protection: the influence of ux/ui design on user empowerment"¹⁵¹, no qual oferece uma série de recomendações operacionais aos participantes do ambiente digital, que incluem a vedação ao uso de *dark patterns*.¹⁵²

Por sua vez, o Information Commissioner 's Office (ICO) do Reino Unido publicou, em 2021, a "Opinion on data protection and privacy expectations for advertising proposals" (UK. ICO, 2021). Esse trabalho faz parte da revisão que o ICO vem realizando, desde 2019, sobre o setor de publicidade em ambiente digital.¹⁵³ Dentre as orientações expostas com o objetivo de contribuir para a adequação do setor às regras de proteção de dados do Reino Unido, está mais uma vez a vedação ao uso das *dark patterns*. As práticas enganosas foram mencionadas naquilo que diz respeito à obtenção do consentimento do consumidor em relação ao monitoramento e ao direcionamento de publicidade em ambiente digital (UK. ICO, 2021, p. 29, 45).

Ainda no continente europeu, quase que de maneira concomitante à publicação do "Guideline" nº 03/2022, foi aprovada a versão provisória do "Digital Markets Act" (DMA)¹⁵⁴. Trata-se da proposta de regulamento voltado para delimitar poderes e criar novas obrigações para as grandes empresas de tecnologia (*Big Techs*) que se enquadram no conceito de "prestadores de serviços essenciais

¹⁵¹ Traduzido livremente para "Moldando a escolha no mundo digital: de padrões obscuros (*dark patterns*) à proteção de dados: a influência do design UX/UI no empoderamento do usuário".

¹⁵² CNIL. IP Report, N.6: **Shaping choice in the Digital World**: from dark patterns to data protection: the influence of ux/ui design on user empowerment. Paris: Cnil, 2019.

¹⁵³ Ver mais em: <<https://ico.org.uk/about-the-ico/what-we-do/our-work-on-adtech/>>. Acesso em 28 mar. 2022.

¹⁵⁴ Disponível em chrome-extension://efaidnbmninnbpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Foeil.secure.europarl.europa.eu%2Foeil%2Fpopups%2Fprintficheglobal.pdf%3Fid%3D721797%261%3Den Acesso em 25.03.2022.

de plataformas" (*core platform services*)¹⁵⁵ e que sejam caracterizadas como "controladores de acesso" (*gatekeepers*) (Colomo, 2021, p. 561)¹⁵⁶.

O DMA compõe um novo pacote regulatório no âmbito da União Europeia, voltado para o mercado digital, do qual também faz parte o Digital Services Act (DSA)¹⁵⁷, que, por sua vez, enfrenta diretamente questões relacionadas ao uso das *dark patterns* por parte de prestadores de serviços on-line. O texto atual do DSA prevê a proibição das *dark patterns* no sentido de preservar a tomada de decisão livre e autônoma, sem recursos que distorcem, enganam ou desorientam o usuário.

Interessa observar que a versão do DSA aprovada em "primeira leitura"¹⁵⁸ é mais rigorosa do que aquela inicialmente encaminhada pela Comissão Europeia ao Conselho e ao Parlamento Europeu justamente em relação às *dark patterns*. No texto original, não havia sequer menção direta a tais práticas, tendo sido propostos dois novos considerandos (*recitals*) que abordam explicitamente as *dark patterns* para preencher tal lacuna (e que serão explorados mais adiante).

As *dark patterns* se tornaram um recurso usado por organizações na comunicação com consumidores em ambiente digital de maneira ampla.¹⁵⁹ No que diz respeito à privacidade e à proteção de dados pessoais, passaram a atrair o interesse de legisladores, reguladores, bem como das autoridades de proteção de dados, conforme mencionado anteriormente.

¹⁵⁵ Os prestadores de serviços essenciais de plataforma ("core platform services") são definidos no artigo 2º do texto provisório do DMA como: «Serviço essencial de plataforma», qualquer dos seguintes serviços: a) Serviços de intermediação em linha; b) Motores de pesquisa em linha; c) Serviços de redes sociais em linha; d) Serviços de plataformas de partilha de vídeos; e) Serviços de comunicações interpessoais independentes do número; f) Sistemas operativos; g) Serviços de computação em nuvem; h) Serviços de publicidade, incluindo qualquer rede de publicidade, serviço de trocas publicitárias ou outro serviço de intermediação publicitária, prestados por um prestador de qualquer dos serviços essenciais de plataforma enumerados nas alíneas a) a g).

¹⁵⁶ O Digital Markets Act (DMA) define controladores de acesso (*gatekeepers*) no artigo 3º do texto provisório do DMA se: a) tiver um impacto significativo no mercado interno; b) explorar um serviço essencial de plataforma que serve de porta de acesso importante para os utilizadores profissionais chegarem aos utilizadores finais; e c) ocupar uma posição enraizada e duradoura nas suas operações ou, se for previsível, ocupar tal posição num futuro próximo.

¹⁵⁷ Disponível em chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.euro.parl.europa.eu%2Fdoceo%2Fdocument%2FTA-9-2022-0014_EN.pdf&cclen=610980&chunk=true Acesso em 25.03.2022.

¹⁵⁸ Trata-se de uma das etapas do processo legislativo no âmbito da União Europeia quando o Conselho recebe a proposta legislativa da Comissão Europeia. Nesta fase o Conselho e o Parlamento realizam o exame do texto, chamado de "leitura". É possível que até três "leituras" ocorram até que Conselho e Parlamento cheguem a uma decisão final acerca da proposta legislativa, no sentido de acatar ou rejeitar. Disponível em: <<https://www.consilium.europa.eu/pt/council-eu/decision-making/>>. Acesso em 22 mar. 2022.

¹⁵⁹ Harry Brignull mantém um site atualizado no qual relata o rol crescente de *dark patterns*: <<https://www.darkpatterns.org/hall-of-shame/all>>. Acesso em 21 mar. 2022.

É certo que elas estão presentes também no contexto dos jogos on-line (Reino Unido, 2022; Streeter, 2022)¹⁶⁰, bem como em sites de comércio eletrônico (Matsakis, 2020), o que faz com que alcancem parte significativa dos usuários de internet.¹⁶¹ Chamar a atenção da mídia era questão de tempo, por dois motivos: o primeiro, porque as ações judiciais e representações junto a órgãos de defesa do consumidor começaram a aparecer e a repercutir na imprensa¹⁶². O segundo, porque, em alguma medida, todo usuário de internet já foi exposto a algum tipo de *dark pattern*, ainda que grande parte não saiba exatamente do que se trata.¹⁶³

Como exemplo, cita-se o caso do maior varejista de comércio eletrônico, a Amazon (Forbrukerrådet, 2021, p. 11), e do seu serviço Amazon Prime, objeto de investigação sobre os obstáculos impostos ao cancelamento da assinatura por parte do Norwegian Consumer Council (NCC).¹⁶⁴ Em janeiro de 2021, o NCC apresentou uma reclamação junto à autoridade de defesa do consumidor da Noruega.¹⁶⁵ A reclamação foi embasada no relatório produzido pelo próprio NCC intitulado "Você pode deslogar, mas você nunca poderá sair: Como a Amazon manipula seus consumidores para manter suas assinaturas no Amazon Prime".¹⁶⁶

Em resumo, o NCC alegou que o processo de cancelamento da subscrição do serviço Amazon Prime é caracterizado por um conjunto de elementos de "design manipulativo"¹⁶⁷ que fazem com que o consumidor seja submetido a um grande

¹⁶⁰ A CMA (Competition Markets Authority) investigou as práticas da Microsoft relacionadas à renovação automática da assinatura do XBOX no segmento de jogos on-line. As questões colocadas pela CMA pretenderam identificar se os consumidores sabiam de antemão se as assinaturas seriam renovadas automaticamente, se era fácil desligar a funcionalidade de renovação automática e se o consumidor poderia perceber que continuava pagando por algo que não mais usava (Reino Unido, 2022).

¹⁶¹ Segundo dados de 2022 do Datareportal, mais de 60% da população mundial acessa a internet. 58,4% dos usuários de internet entre 18 e 64 anos fazem compras on-line pelo menos uma vez por semana. Jogos on-line, junto com pesquisas por produtos e serviços, estão entre as dez atividades mais realizadas em ambiente digital (Kemp, 2022).

¹⁶² Ver, em especial, Ingram (2021). Ver mais em: Wakefield (2021), Kim (2022), Kwai (2021), Woollacott (2021) e FTC Complaint... (2021). ;

¹⁶³ Matéria veiculada no jornal The New York Times, em abril de 2021, aborda o quão corriqueiramente estar on-line significa lidar com *dark patterns* (Bersinger, 2021). No mesmo sentido, ver Koh (2019) e Pisani (2020).

¹⁶⁴ Trata-se de organização independente norueguesa de defesa dos direitos do consumidor. Ver mais em: <<https://www.forbrukerradet.no/forside/om-oss/>>.

¹⁶⁵ Disponível em: <<https://www.forbrukerradet.no/siste-nytt/amazon-manipulates-customers-to-stay-subscribed/>>. Acesso em 23 mar. 2022.

¹⁶⁶ Traduzido de: "YOU CAN LOG OUT, BUT YOU CAN NEVER LEAVE How Amazon manipulates consumers to keep them subscribed to Amazon Prime.

¹⁶⁷ Design manipulativo é outro termo comumente utilizado pela literatura para designar *dark patterns*, e será objeto de apreciação mais à frente, juntamente com outros termos também muito usados: manipulação, influência e persuasão.

número de obstáculos até conseguir efetivar o cancelamento. Dentre as práticas apontadas, estão menus de navegação complicados, redação distorcida, escolhas confusas e vários *nudges*¹⁶⁸.

Em contrapartida, o relatório demonstra que a inscrição no referido serviço é extremamente fácil: "Embora a assinatura de uma conta no Amazon Prime seja uma interação perfeita, os consumidores que desejam cancelar a assinatura se deparam com um conjunto de tarefas significativamente mais complicado" (Forbrunkerraedet, 2021, p. 14).

Difícultar o cancelamento de assinaturas impondo uma série de ações a serem realizadas, oferecer outras opções antes de concluir a operação (receber menos e-mails ou receber e-mails com menos frequência), lembrar o quão valiosas são as informações que o usuário deixará de receber (*confirmshaming*)¹⁶⁹ ou, ainda, apresentar perguntas "traíçoeiras" que induzem o usuário a erro: todos são exemplos de *dark patterns*, práticas comumente encontradas em ambiente digital.¹⁷⁰

Na representação junto à autoridade de defesa do consumidor da Noruega, o NCC solicitou que o procedimento de cancelamento do Amazon Prime seja avaliado para que se determine se está de acordo com a lei de "Controle do Marketing" do país (*Marketing Control Act*)¹⁷¹. A ação da NCC contra as *dark patterns* despertou o interesse de grupos de proteção do consumidor nos EUA¹⁷², que aproveitaram o estudo produzido para requerer que a FTC também investigue

¹⁶⁸ De acordo com o dicionário de Cambridge, *nudge* significa "encorajar ou persuadir alguém a fazer algo de forma gentil, em vez de forçada ou direta." A palavra ganhou popularidade a partir de 2008 com a publicação do livro *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, de Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein.

¹⁶⁹ *Confirmshaming* é o termo usado por Harry Brignull para descrever o tipo de *dark patterns* desenvolvido para causar embaraço e mal-estar no usuário quando este recusa ou cancela uma oferta, como por exemplo: "não obrigada, já sei tudo sobre tudo", ou "não obrigada, eu não gosto de poupar dinheiro", ou ainda "não obrigada, eu prefiro não me manter atualizada". Todos em: <<https://confirmshaming.tumblr.com/>>. Acesso em 30 abr. 2022.

¹⁷⁰ Ver por todos: <<https://www.deceptive.design/types>>.

¹⁷¹ O "Marketing Control Act" na Noruega é a lei que implementou a Diretiva n. 2005/29 / CE, "Unfair Commercial Practices Directive" (UCPD). Nesse sentido: "Pedimos à Autoridade de Defesa do Consumidor que avalie se o procedimento de cancelamento do Amazon Prime constitui uma prática comercial desleal de acordo com a seção 6 da Lei de Controle de Marketing cf. Seção 8 e 9". Traduzido livremente de: "We ask the Consumer Authority to assess whether the cancellation procedure for Amazon Prime constitutes an unfair commercial practice pursuant to the Marketing Control Act section 6 cf. Section 8 and 9." P. 7.

¹⁷² São eles: Public Citizen; Campaign for a Commercial-Free Childhood; Center for Digital Democracy; Center for Economic Justice; Consumer Federation of America; Electronic Privacy Information Center; U.S. PIRG.

a regularidade do processo de cancelamento da Amazon Prime em face das leis norte-americanas.¹⁷³⁻¹⁷⁴

2.2. *Dark patterns*: Da influência à manipulação?

Efetivamente se pode afirmar que o interesse da comunidade jurídica sobre as *dark patterns* gira em torno de uma pergunta: Quais são os limites legais admissíveis? Dito de outra maneira: onde traçar a linha entre as práticas que são toleráveis e inseridas no contexto da livre iniciativa e do livre exercício da liberdade econômica¹⁷⁵ e aquilo que deve ser considerado intolerável frente à proteção do consumidor e do titular de dados pessoais?¹⁷⁶⁻¹⁷⁷

Antes, porém, do despertar de atenção de legisladores, reguladores e entidades de defesa do consumidor para os possíveis efeitos nefastos das *dark patterns*, técnicas assemelhadas permaneceram circunscritas à dinâmica própria da atividade do marketing –conforme já descrita no capítulo um do presente trabalho, marcada, durante todo o século XX, pelo objetivo de influenciar o consumidor na direção de produtos e serviços do fornecedor.

No entanto, a integração do marketing com a tecnologia, fenômeno conhecido por "martech" (Kotler et al., 2021, p. 11), ampliou o objetivo inicial para abarcar a predição. A capacidade de prever comportamento é peça-chave do chamado Marketing 5.0¹⁷⁸, que passou a combinar a predição com a influência, como afirmam Kotler et al. (2021, p. 24):

¹⁷³ Ver mais em chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.citizen.org%2Fwp-content%2Fuploads%2FAmazon-Dark-Patterns-FTC-letter-.pdf&clen=151467&chunk=true

¹⁷⁴ Ainda não há notícia oficial sobre a eventual investigação da FTC, conforme Ropek (2022).

¹⁷⁵ De acordo com os princípios gerais da atividade econômica, conforme art. 170, CF: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. Também de acordo com a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica, art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

¹⁷⁶ Nesse sentido, ver Luguri & Strahilevitz (2021, p. 102) e Mathur et al. (2021, p. 2).

¹⁷⁷ Art. 170, V, CF e Art. 39, CDC.

¹⁷⁸ "O Marketing 5.0 é, por definição, a aplicação de tecnologias que mimetizam o comportamento humano para criar, comunicar, entregar e aumentar o valor ao longo da jornada do cliente. Um dos temas cruciais do Marketing 5.0 é o que chamamos de next tech, um grupo de tecnologias utilizadas para emular as capacidades do profissional de marketing humano. Isso inclui IA, PLN, sensores, robótica, realidade aumentada (RA), realidade virtual (VR), internet das coisas (IoT) e blockchain.

O marketing preditivo é o processo de criar e utilizar a análise preditiva – em alguns casos com o uso de aprendizado de máquina para prever os resultados das atividades de marketing antes mesmo do lançamento. Essa primeira aplicação permite que as empresas visualizem qual será a reação do mercado, influenciando-a de maneira proativa.

Como consequência da inserção da predição no marketing, uma nova indústria surgiu e extrapolou as fronteiras das atividades comerciais.¹⁷⁹ Trata-se da "indústria da influência", noção primeiramente desenvolvida pela organização Tactical Tech¹⁸⁰, que se dedica a estudar os efeitos da tecnologia na sociedade (Bentes, 2021). Portanto, parece natural que estratégias antes circunscritas ao marketing e, por isso, com menor potencial de atrair a atenção e o interesse da sociedade como um todo estão agora sob escrutínio.¹⁸¹ Nesse contexto também se inserem as *dark patterns*.

É fala recorrente entre os estudiosos de temas relacionados à influência a ideia de que não se está diante de grandes novidades, como ressalta a pesquisadora Anna Bentes (2021, p. 43-44):

Claro que a busca por técnicas refinadas e efetivas para influenciar, conduzir e persuadir o comportamento humano, com ou sem auxílio de aparatos tecnológicos, já são desenvolvidas há muito tempo na história da humanidade. Porém, a particularidade dessa indústria é que a busca pelo potencial de prever e influenciar comportamentos torna-se, cada vez mais, um aspecto central do modelo de negócios que vem se formando nas primeiras décadas do século XXI através da internet e no mercado de dados e, por sua vez, que vem mudando a própria lógica do capitalismo.

Da mesma forma, os estudos sobre *dark patterns* fazem essa ressalva em relação ao ineditismo das técnicas, apontando como verdadeiramente novos o meio digital, a apreensão de dados pessoais e a escala proporcionada pela internet (Cf. Narayanan et al., 2020).

Uma combinação dessas tecnologias é o que torna possível o Marketing 5.0" (Kotler et al., 2021, p. 14).

¹⁷⁹ Esse é um ponto importante, porém ultrapassa os objetivos do presente trabalho. O transbordamento das estratégias comerciais para outras esferas da vida, como as relações de cidadania, já vem sendo estudado por nomes como Yochai Benkler et al. (2018) e Luciano Floridi (2019)....

¹⁸⁰ Ver mais em: <<https://tacticaltech.org/projects>>. Acesso em 02 abr.2022.

¹⁸¹ Pode-se indicar que os eventos relacionados ao caso das relações ocultas entre Cambridge Analytics e Facebook nas eleições norte-americanas de 2016 provocaram a emergência dos temas relacionados à influência, à manipulação e à predição.

Um termo comumente vinculado à noção de influência que também remonta ao passado é a persuasão, característica integrante do discurso publicitário e inserida na própria definição da palavra publicidade: "comunicação não pessoal paga por um patrocinador identificado usando meios de comunicação de massa para persuadir ou influenciar uma audiência" (Moriarty et al., 2018, p. 578).¹⁸²

A associação entre as técnicas de persuasão e a publicidade retrocede ao início do século XX, com a aplicação de "modelos psicológicos para mobilizar o consumo das massas" (Bentes, 2021, p. 53).¹⁸³ É célebre a obra *As armas da persuasão*¹⁸⁴, do psicólogo Robert Cialdini (2012), na qual apresenta os princípios da persuasão identificados após três anos de trabalho em áreas de marketing e publicidade de grandes empresas.

São eles: reciprocidade, compromisso e coerência, aprovação social, afeição, autoridade e escassez.¹⁸⁵ Não causa surpresa a semelhança entre os princípios de Cialdini e as tipologias desenvolvidas para descrever as *dark patterns*. Neste contexto, cabe mencionar a recente manifestação de entidades de psicologia no sentido da apropriação dos saberes da respectiva área do conhecimento por atores interessados na "manipulação de subjetividades de um modo inimaginável, até hoje, na história da humanidade" (Ferreira et al., 2021, p. 31).

Retomando a reflexão que tem permeado a recente produção jurídica¹⁸⁶ sobre as *dark patterns* – qual seja, sua inserção lícita no âmbito das práticas comerciais –, observa-se a frequência com que a palavra "manipulação" aparece

¹⁸² No mesmo sentido, mas sem usar os termos influenciar e persuadir: "...o meio de divulgação de produtos e serviços com a finalidade de incentivar o seu consumo" (Dias, 2018, p. 25).

¹⁸³ Ver também o documentário *The Century of the Self*, sobretudo o primeiro episódio, no qual é retratado Edward Bernays, sobrinho de Freud, precursor da área de Relações Públicas em 1920. É considerada a primeira pessoa a aplicar as ideias de Freud em âmbito corporativo. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=DnPmg0R1M04> Acesso em 04 abr.2022.

¹⁸⁴ A obra inicial de Cialdini foi publicada em 1984 sob o título *Influência: a psicologia da persuasão*. A partir de então, ele seguiu pesquisando o tema da influência e persuasão, o que gerou atualizações no livro de lançamento. Ver mais sobre o autor em: <https://www.influenceatwork.com/>

¹⁸⁵ Conforme explica Cialdini (2012) na introdução da obra *As armas da persuasão*: "Um aspecto do que aprendi nesse período de três anos de observação participativa foi especialmente esclarecedor. Embora os profissionais da persuasão empreguem milhares de técnicas para convencer, a maioria delas se enquadra em seis categorias básicas, sendo cada uma delas governada por um dos princípios psicológicos fundamentais que comandam a conduta humana. Este livro está organizado em torno desses seis princípios – reciprocidade, coerência, aprovação social, afinidade, autoridade e escassez."

¹⁸⁶ No seu sentido mais amplo: propostas de lei e de regulação, relatórios e artigos científicos.

relacionada ao que se convencionou, no marketing e na publicidade, classificar como influência e persuasão.¹⁸⁷

Por isso, neste ponto, faz-se necessária uma breve digressão acerca de três termos que são frequentemente usados na literatura sobre as *dark patterns*¹⁸⁸. São eles: manipular, influenciar e persuadir.¹⁸⁹ À exceção de manipular, os dois últimos também são usados na literatura sobre marketing.¹⁹⁰ A depender do campo teórico, um termo prevalece sobre os demais, assim como diferentes significados podem ser atribuídos. Daí decorre a importância de colocar em evidência, ainda que brevemente, suas respectivas definições.

Não se pretende aqui adentrar em metodologias como análise de conteúdo ou análise de discurso¹⁹¹, uma vez que não é este o objeto do presente trabalho. No entanto, a partir da pesquisa bibliográfica, foi possível observar que, ao lado dos verbos "influenciar e persuadir"¹⁹², bem como seus derivados "influência e persuasão", empregados com frequência no marketing, está a noção de "manipulação".¹⁹³

Segundo Robert Perloff (2017, p. 43), a manipulação é uma técnica de persuasão que ocorre quando os objetivos persuasivos não são revelados. A intenção é enganar o destinatário. Já de acordo com o Dicionário Michaelis, manipular apresenta seis significados, dos quais dois interessam à presente discussão: quais sejam, "Influenciar ou controlar um ou mais indivíduos de maneira

¹⁸⁷ A título de exemplo em relação à frequência do uso da palavra manipulação, citam-se dois artigos recentes que serviram de referência para o presente trabalho. Em Luguri & Strahilevitz (2021), em 66 páginas, o termo manipulação (incluindo manipulativo e manipular) foi citado 44 vezes. Em Mathur et al. (2021), em 27 páginas, o termo manipulação (incluindo manipulativo e manipular) foi citado 48 vezes.

¹⁸⁸ Mais à frente, faz-se menção ao estado da arte da literatura sobre *dark patterns*. Adianta-se que os estudos se dividem em dois blocos principais: o primeiro deles relaciona-se ao grande campo de IHC ou Human Computer Interaction (HCI); o segundo, também abrangente, comporta as ciências sociais de maneira ampla.

¹⁸⁹ As seguintes palavras também são usadas para descrever as *dark patterns*: coercitivo, enganoso, ilusório, malicioso, danoso, sedutor, condutivo, truques e trapaças (Mathur et al., 2021, p. 4).

¹⁹⁰ Aqui se faz referência ao marketing de forma ampliada.

¹⁹¹ São métodos utilizados por pesquisadores de áreas diferentes que têm por objetivo organizar e atribuir significado dos dados pesquisados, bem como tirar conclusões a partir das sistematizações realizadas. Sampaio, 2021.

¹⁹² Conceitos como propaganda, formadores de opinião, campanhas de interesse público e boca a boca carregam, em suas definições, os termos influenciar e persuadir (Moriarty et al., 2018, p. 578-594).

¹⁹³ Para este ponto, partiu-se da pesquisa bibliográfica realizada por Mathur et al. (2021), à qual se optou por acrescentar os seguintes documentos: European Data... (2022) e a versão atual, ainda sujeita à aprovação, do Digital Services Act (DSA) Disponível em chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.europarl.europa.eu%2Fdoceo%2Fdocument%2FTA-9-2022-0014_EN.pdf&clem=610980&chunk=true

ilegítima e de acordo com os próprios interesses; sugestionar" e "Provocar o falseamento da realidade; adulterar, falsear" (Manipular, 2022).

Importa ressaltar que, no primeiro significado, há a indicação do organizador da obra de se tratar de linguagem figurada: ou seja, aquela que aumenta a expressividade de um discurso, que pretende dar significados mais amplos e não literais. Destaca-se, nas duas definições, a associação do termo manipular a noções juridicamente proibidas: ilegitimidade¹⁹⁴ e adulteração¹⁹⁵.

Já para a palavra influenciar, a mesma fonte trabalha com a noção do exercício de ascendência ou de sugestionamento sobre algo ou alguém.¹⁹⁶ Interessa observar que a publicidade feita em ambiente digital ampliou o número de agentes usados para endossar produtos e serviços. São os chamados influenciadores digitais, que ganharam destaque e projeção comercial na internet pelo potencial que têm de afetar a opinião, o comportamento e a decisão de compra de seus públicos.

A relação de confiança com a audiência é o grande atributo dos influenciadores, o que faz do chamado Marketing de Influência¹⁹⁷ um espaço propício para práticas enganosas, como a não identificação de promoção de conteúdo publicitário. O movimento não passou despercebido pelas autoridades de proteção do consumidor e pelos órgãos de autorregulamentação publicitária de diversos países.¹⁹⁸ No Brasil, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) lançou um guia específico que determina as regras para o conteúdo comercial produzido pelos influenciadores (CONAR, 2021).

Por fim, a noção de persuadir é explicada por meios de palavras que remetem à ideia do convencimento, no sentido de levar alguém a tomar uma

¹⁹⁴ Conforme definição do vocábulo "ilegítimo": "A quem faltam condições jurídicas para exercer determinada função e para ser reconhecido como válido perante a lei" (Ilegítimo, 2022).

¹⁹⁵ Conforme definição do vocábulo "adulteração": "Ato ou efeito de adulterar; falsificação" e "estado ou característica do que foi adulterado; contrafação, corrupção" (Adulteração, 2022).

¹⁹⁶ "Ter ou exercer influência ou ascendência sobre alguém ou algo; sugestionar" (Influenciar, 2022).

¹⁹⁷ Marketing de influência é um ramo do marketing feito em ambiente digital que se utiliza de influenciadores como cocriadores de conteúdo comercial para a divulgação de produtos e serviços (Cf. Geyser, 2022).

¹⁹⁸ Nesse sentido, mais de 20 países têm seus guias orientativos para marketing de influenciadores: <<https://icas.global/advertising-self-regulation/influencer-guidelines/>>. Acesso em 27 abr. 2022.

decisão, a acreditar em algo ou a mudar de ideia¹⁹⁹⁻²⁰⁰. Merece destaque a noção de que a autopersuasão é considerada a chave para o sucesso da influência. De acordo com Perloff (2017, p. 25), um dos grandes mitos sobre a persuasão é que as pessoas são convencidas a fazer aquilo que não desejam. Na visão do autor, a pessoa toma a decisão com base em argumentos persuasivos, mas inserida em ambientes de livre escolha.²⁰¹

Em uma visão mais crítica que a de Perloff, pensando a partir da perspectiva do anunciante, a ideia de autoconvencimento é a melhor possível, pois o consumidor não se dá conta da persuasão exercida sobre ele: "Todos se tornam agentes de persuasão. O segredo da persuasão é fazer a pessoa induzir a si mesma" (The Persuaders, 2004)²⁰² Nessa mesma linha, Carissa Véliz (2020, p. 31) afirma que as grandes empresas de tecnologia investem justamente na característica manipulativa do *soft power*, o que transforma o usuário em cúmplice da própria manipulação exercida sobre ele.

Em conclusão parcial sobre as acepções de manipulação, influência e persuasão aqui expostas, é possível extrair preliminarmente o sentido negativo e juridicamente condenável que o ato de manipular denota: seja em uma definição literal, que se associa ao falseamento da realidade ou à adulteração, seja em linguagem figurada, quando relativa à ilegitimidade da influência. Lembra-se, ainda, da intenção de enganar associada à palavra manipulação: "manobra feita às ocultas com o intuito de falsear a realidade" (Manipulação, 2022).

Importa ter em mente os diferentes significados atribuídos a cada um dos termos, pois a opção pela descrição de determinada prática como manipulativa, em detrimento de influência ou persuasão, aponta para a sua respectiva ilicitude.

¹⁹⁹ "Levar (alguém ou a si próprio) a crer ou aceitar; convencer(-se). Levar (alguém ou a si próprio) a tomar decisão sobre (algo). Fazer (alguém) mudar de ideia ou atitude (por autoridade, argumentação, raciocínio etc.); convencer. Fazer (alguém) ter certeza (sobre algo). Mostrar a necessidade ou conveniência de aconselhar, apontar, indicar. Levar a uma solução convincente e satisfatória; convencer" (Persuadir, 2022).

²⁰⁰ Robert M Perloff (2017, p. 22) define persuasão como "o processo simbólico em que os comunicadores tentam convencer outras pessoas a mudar suas atitudes ou comportamentos próprios em relação a uma questão através da transmissão de uma mensagem, em uma atmosfera de livre escolha."

²⁰¹ Não faz parte da presente discussão adentrar a temática da plena autonomia ou liberdade do ser humano. O significado de liberdade de escolha e de autonomia é uma pergunta sem resposta única. Vale lembrar que nem nas democracias existe a liberdade plena. Perloff (2017, p. 28) adota a visão de que uma pessoa é livre se ela pode agir de maneira diversa daquela que sugere a mensagem persuasiva ou se ela pode refletir criticamente sobre as escolhas em uma dada situação.

²⁰² "Todos se tornam persuasores. O segredo da persuasão é fazer a pessoa induzir a si mesma" (The Persuaders, 2004).

Porém, ressalta-se que estabelecer os limites entre influenciar e manipular o consumidor apresenta duas perspectivas distintas no que tange ao presente trabalho. A primeira delas se revela relevante na medida em que se assume (ou não) que a manipulação se insere em práticas abusivas, portanto vedadas pela legislação consumerista pátria.

De outra forma, em uma segunda perspectiva, a definição de limites e diferenças entre manipulação e influência deixa de ser significativa uma vez que o uso de *dark patterns*, ainda que entendido como circunscrito à legítima esfera da influência característica da atividade do marketing, enseja proteção diferenciada do consumidor.

Os padrões enganosos de design²⁰³, sinônimo para *dark patterns*, somados a outras práticas de marketing em ambiente digital que serão exploradas mais adiante, são por si só suficientes para mudar a condição do consumidor. Além de vulnerável, ele passa também a ser hipossuficiente, pois dificilmente capaz de compreender a arquitetura digital à qual está submetido.

A hipossuficiência se faz (oni)presente diante das práticas enganosas cada vez mais sofisticadas e imperceptíveis aos olhos do consumidor. Aquilo que é marca individual, que indica a debilidade processual e, em decorrência, autoriza a inversão do ônus da prova pelo magistrado se converte em marca universal. Resta impossível a realização de uma tutela jurídica justa enquanto a inversão do ônus da prova não estiver presente como regra no contexto das relações consumeristas travadas em ambiente digital.²⁰⁴

Dito de outra maneira, a mera existência e utilização de *dark patterns*, independentemente do seu enquadramento legal, acaba por reforçar a hipótese de hipossuficiência do consumidor no mercado digital (este ponto será retomado na conclusão do presente trabalho).

Os limites legais que foram postos sobre as relações de consumo remontam, no Brasil, ao Código de Defesa do Consumidor, diploma legal constituído antes da explosão da internet comercial, do e-commerce, da digitalização, das incontáveis possibilidades de uso dos dados pessoais. Da mesma forma, a atividade publicitária

²⁰³ Depois de mais de uma década usando o termo *dark patterns*, Harry Brignull o atualizou para "deceptive design patterns" no site <https://www.deceptive.design/>.

²⁰⁴ Em sentido semelhante afirma Cole (2016): "a vulnerabilidade deve ser reestruturada como uma alegação sobre injustiça."

é fiscalizada majoritariamente com base na autorregulação proveniente do Código de Autorregulamentação Publicitária (CONAR)²⁰⁵. Seu conjunto de regras também carece de ferramentas para lidar com a nova escala que as *dark patterns* representam em termos de influência do consumidor.

O sempre complicado exercício jurídico-regulatório de promover o equilíbrio entre inovação, desenvolvimento econômico e proteção do consumidor se torna ainda mais instigante. Com o objetivo de compreender como as *dark patterns* representam novos desafios à proteção do consumidor, passa-se à apresentação sobre como o tema vem sendo tratado na literatura jurídica. A necessidade de compreensão e análise desses conceitos e da forma como vêm sendo aplicados às relações de consumo se faz imperiosa no bojo do presente trabalho.

2.3. *Dark patterns* - passado – presente - futuro

As *dark patterns* têm sido objeto de estudo da comunidade acadêmica desde 2009, quando Brignull cunhou o termo. A partir desse momento, é possível apontar pelo menos dois grupos de interesse. O primeiro deles se insere na área dos estudos de "Interação Humano-Computador"²⁰⁶ (IHC ou HIC em inglês), na qual, desde a década de 1980, são desenvolvidas pesquisas voltadas para as relações entre o ser humano e o computador (Mathur et al., 2021).

Trata-se de um campo inicialmente identificado com as ciências da computação, mas cujos horizontes se expandiram para abarcar investigações mais amplas. Temas como computação social e organizacional, acessibilidade para idosos, deficientes físicos e cognitivos, e um abrangente espectro de experiências e atividades humanas passaram a fazer parte da IHC. Nada obstante, o enfoque da IHC ainda é atrelado a questões técnicas de interação, conforme se observa na afirmação de John M. Carroll, autor e fundador da área, acerca da expansão dos estudos em IHC e do tipo de profissional a ela relacionado:

Ele se expandiu das primeiras interfaces gráficas de usuário para incluir inúmeras técnicas e dispositivos de interação, interações multimodais, suporte de ferramentas para especificação de

²⁰⁵ Ver mais em <http://www.conar.org.br/>

²⁰⁶ Em inglês, o campo é chamado de Human-Computer Interaction (HCI), conhecido pela sua multidisciplinaridade e inicialmente focado no design da tecnologia de computadores e nas interações entre a máquina e o Homem. Ver mais em: <<https://www.interaction-design.org/literature/topics/human-computer-interaction>>. Acesso em 22 mar. 2022.

interface de usuário baseada em modelo e uma série de interações onipresentes, portáteis e sensíveis ao contexto emergente.

(...)

Os programas acadêmicos da IHC treinam muitos tipos diferentes de profissionais: designers de experiência do usuário, designers de interação, designers de interface do usuário, designers de aplicativos, engenheiros de usabilidade, desenvolvedores de interface do usuário, desenvolvedores de aplicativos, comunicadores técnicos/designers de informações on-line e muito mais (Interaction Design..., s.d).²⁰⁷

Já o segundo grupo é formado pelos campos de interesse da psicologia, da economia, da filosofia e, mais recentemente, do direito. Referem-se a pesquisas que inicialmente se ocuparam em descrever o fenômeno a partir da perspectiva da modificação na arquitetura de escolha do usuário (Mathur et al., 2021, p. 12)⁻²⁰⁸. Para tanto, definições foram estabelecidas, e diferentes formas de classificar as técnicas de *dark patterns* encontradas foram apresentadas (Bösch et al.. 2016; Gray et al., 2018). O resultado é uma sistematização acadêmica que é congruente, mas apresenta diferentes abordagens envolvendo tipos e atributos das *dark patterns*, bem como os efeitos provocados nos usuários (Mathur et al., 2021, p. 9).

Os estudos mais recentes passaram a se debruçar sobre a intensificação no uso das *dark patterns*, tendo como embasamento a taxonomia previamente desenvolvida. Em 2019, pesquisadores das universidades de Princeton e Chicago rastrearam mais de 11 mil websites de comércio eletrônico e revelaram a presença de *dark patterns* em 11% deles (Mathur et al., 2019). Na mesma linha, pesquisadores da universidade de Zurique identificaram *dark patterns* em 95% de um universo composto por 240 aplicativos selecionados da loja do Google (Google Play) (Geronimo et al., 2020, p. 1).

²⁰⁷ Tradução livre de "It expanded from desktop office applications to include games, learning and education, commerce, health and medical applications, emergency planning and response, and systems to support collaboration and community. It expanded from early graphical user interfaces to include myriad interaction techniques and devices, multi-modal interactions, tool support for model-based user interface specification, and a host of emerging ubiquitous, handheld and context-aware interactions. (...) HCI academic programs train many different types of professionals: user experience designers, interaction designers, user interface designers, application designers, usability engineers, user interface developers, application developers, technical communicators/on-line information designers, and more" (Interaction Design..., ano).

²⁰⁸ O conceito de arquitetura de escolha do usuário está relacionado ao contexto dentro do qual as pessoas tomam decisões e à forma como as opções são apresentadas a elas. No ambiente digital, a arquitetura de escolha é o ambiente no qual o usuário age, incluindo a apresentação das alternativas, o conteúdo e o próprio design de interfaces. Alguns exemplos de arquitetura de escolha são: a ordem de apresentação de resultados de pesquisa, o número de passos ou cliques necessários à conclusão de determinada ação, ou opções pré-selecionadas em formulários (CMA, 2022, p. 2).

Questões ligadas à privacidade e à proteção de dados dos usuários também foram analisadas, como, por exemplo, estudos sobre *dark patterns* em avisos de cookies e em plataformas de consentimento (Utz et al., 2019). Destaca-se, em especial, a pesquisa realizada em 2016, na Universidade Ulm (Alemanha) (Bösch et al., 2016), pelo pioneirismo ao investigar o uso de técnicas para fazer com que os usuários entreguem suas informações pessoais de maneira contrária a seus próprios interesses. A partir de padrões de proteção de privacidade catalogados por Hoepman (2020), os autores desenvolveram uma classificação específica para *dark patterns* em privacidade.²⁰⁹

Apesar de se tratar de um assunto relativamente novo, há a sensação familiar de se estar diante de algo que acontece há muito tempo no ambiente de negócios, o esforço de influenciar o consumidor. A ideia de "nome novo para prática antiga" permeia os trabalhos sobre *dark patterns*.²¹⁰

Porém, ela é atualmente analisada a partir de um novo contexto, que é o ambiente digital. É o que se extrai, por exemplo, da fala de Ryan Calo durante o workshop "Bringing Dark Patterns to Light" promovido pela "Federal Trade Commission" (FTC) em 2021:

A ideia de que você pode manipular um ambiente para canalizar o comportamento tem uma longa linhagem. Pensamos em um exemplo da década de 1920, da ponte que Robert Moses supostamente fez para ter uma determinada altura de vão para que apenas pessoas ricas pudessem chegar à praia, porque, para o transporte público, era difícil passar sob uma ponte baixa.

(...)

Outro grande exemplo, que é menos falado, são as chaves de hotéis na Europa, pelo fato de serem tão incrivelmente volumosas e pesadas. Os funcionários dos hotéis, cansados com as constantes perdas das chaves, as tornaram pesadas para que os hóspedes tivessem um incentivo para deixá-las na recepção.

(...)

²⁰⁹ Esse tópico será explorado mais adiante. As *dark patterns* propostas por Bösch et al. (2016, p. 241) são: maximizar, publicar, centralizar, preservar, obscurecer, negar, violar e falsificar (fake).

²¹⁰ Nesse sentido: "Dark patterns' é um termo novo para uma prática antiga: usar o design para estimular um comportamento desejado" (Hurwitz, 2021, p. 1). No mesmo sentido, apesar de recentemente terem explodido na consciência geral, as *dark patterns* são o resultado de três décadas de longas tendências: uma do mundo do varejo (práticas enganosas), outra da pesquisa e das políticas públicas (*nudges*), e a terceira da comunidade de design (*hacking* de crescimento) (Narayanan et al., 2020, p. 68).

Quando você passa de um ambiente físico para um ambiente digital, há mais aspectos do ambiente que você pode manipular (Estados Unidos..., 2021a, p. 3).²¹¹

Em contexto digital, ganha outra proporção aquilo que já se encontrava normalizado aos olhos do consumidor no ambiente físico: por exemplo, técnicas como "preço psicológico", avisos de "últimas unidades" e "entrega das chaves". Nas palavras de Calo, "há mais aspectos para manipular" (Estados Unidos..., 2021a). Esses aspectos surgem de uma combinação de fatores que envolvem desde a captura da atenção do usuário, o tratamento dos dados pessoais daí advindos até a segmentação da audiência, a formação de perfis e o direcionamento de conteúdo individualizado.

No ambiente on-line, por exemplo, por meio dos testes A/B²¹², as empresas têm a oportunidade de "refinar e aperfeiçoar as *dark patterns* que seus pares da era 'Mad Men' sequer podiam imaginar" (Luguri & Strahilevitz, 2021, p. 103).²¹³ É possível testar e definir em tempo real, por exemplo, qual é a duração ideal de um cronômetro que mostra os minutos restantes de validade de uma oferta ou qual é o sombreado perfeito do tom de azul que atrai mais cliques, conforme afirmam Narayanan et al. (2020, p. 76) em revisão bibliográfica sobre *dark patterns*:

Os testes A/B revelaram-se fundamentais para o desenvolvimento das "dark patterns" porque está longe de ser óbvio como traduzir um princípio abstrato como a "prova social" em um "nudge" concreto ("7 pessoas estão pesquisando sobre este hotel neste momento!"). Outro exemplo: Durante quanto tempo deve durar uma contagem decrescente mentirosa ("Este acordo expira em 15 minutos!" ... "14:59" ... "14:58" ...), para que o utilizador aja com urgência, mas não entre em pânico? Em

²¹¹ Na mesma oportunidade, Calo apontou o caso da Uber envolvendo alterações nos preços das corridas relacionadas a variáveis como pouca carga no celular do consumidor, bem como os picos de demanda (Calo & Rosenblat, 2017).

²¹² O conceito de teste A/B foi desenvolvido na década de 1920, mas tomou outra proporção no ambiente digital em termos de escala e de cruzamento de variáveis. Com isso, o grau de personalização das ofertas em ambiente digital é significativamente mais profundo (Gallo, 2017).

²¹³ Sobre *Mad Men*, ver o seguinte apontamento: "Mad Men começa na agência de publicidade fictícia Sterling Cooper na Madison Avenue em Manhattan, Nova York e mais tarde na recém-criada empresa Sterling Cooper Draper Pryce (mais tarde chamada Sterling Cooper & Partners), localizada perto do Time-Life Building em 1271 Sixth Avenue. De acordo com o episódio piloto, a frase 'Mad Men' era uma gíria cunhada na década de 1950 por anunciantes que trabalhavam na Madison Avenue para se referir a si mesmos, sendo 'Mad' a abreviação de 'Madison'. (Na realidade, o único uso documentado da frase daquela época pode ter sido nos escritos do final dos anos 1950 de James Kelly, um executivo de publicidade e escritor.) (...) É amplamente considerada como uma das maiores séries de televisão de todos os tempos, e como parte da Idade de Ouro da televisão do início do século 21 (Egea, 2021, p. 60).

tempo real, as experiências permitem aos designers encontrar as respostas com apenas algumas linhas de código.²¹⁴

Com efeito, volta-se para a questão central: o consumidor contemporâneo, inserido nesse ambiente digital, está sujeito apenas a técnicas agressivas (e toleradas) de marketing? Ou estaria ele diante de outro patamar de atuação por parte das empresas, no mesmo sentido afirmado por Shoshana Zuboff (2020, p. 23) acerca do capitalismo de vigilância, sem precedentes?

A investigação sobre o fenômeno das *dark patterns*, envolvendo suas definições e seus impactos junto ao consumidor, se apresenta valiosa nesse sentido; qual seja, trazer à tona uma faceta de um contexto maior, no qual todos estamos inseridos, chamado de capitalismo de vigilância. Vale repetir as palavras da autora:

Uma explicação para os muitos triunfos do capitalismo de vigilância paira sobre todas as outras: ele não tem precedentes. Aquilo que não tem precedentes é necessariamente irreconhecível. Quando nos deparamos com algo sem precedentes, nós o interpretamos de modo automático através da lente das categorias familiares, tornando invisível justamente aquilo para o qual não há precedentes (Zuboff, 2020, p. 23).

Zuboff explica que, dentre os perigos que traz a ausência de precedentes, está a "normalização do anormal", aquilo que transforma o novo em uma continuação do passado, visto sob as lentes do passado e, portanto, dificilmente reconhecido como ameaça. Nesse sentido, importa trazer o tema à tona, retirá-lo do campo do marketing digital, em que esteve nos últimos anos.

Segundo Luguri & Strahilevitz (2021, p. 45), a diminuta publicação de resultados de pesquisas sobre a efetividade das *dark patterns*, em face do número crescente de websites e aplicativos que usam tais técnicas, revela tão somente a intenção de manter o assunto longe dos olhos dos reguladores e da opinião pública. Nas palavras dos autores:

Com certeza, a falta de pesquisas publicadas não significa que a eficácia destas técnicas seja um mistério completo. Pelo contrário, suspeitamos que o tipo de resultados de pesquisa que

²¹⁴ Livremente traduzido de: "A/B testing proved key to the development of dark patterns because it is far from obvious how to translate an abstract principle like social proof into a concrete nudge ("7 people are looking at this hotel right now!"). Another example: For how long should a fake countdown timer be set ("This deal expires in 15 minutes!" ... "14:59" ... "14:58" ...), so that the user acts with urgency but not panic? Online experiments allow designers to find the answers with just a few lines of code." In.: NARAYANAN, Arvind *et al.* Dark Patterns Past, Present, and Future: the evolution of tricky user interfaces. *Acm Queue*. [S.I.], p. 67-91. mar. 2020. P. 76.

relatamos aqui tenha sido replicado por cientistas sociais que trabalham internamente para empresas de tecnologia e comércio eletrônico.

Nosso palpite é que os consumidores estão vendo tantos padrões obscuros na natureza porque as pesquisas internas e proprietárias sugerem que os padrões obscuros geram lucros para as empresas que os empregam.

Mas esses cientistas sociais têm tido fortes incentivos para suprimir os resultados de seus testes A-B de padrões escuros, de modo a preservar dados sobre os sucessos e fracassos das técnicas como segredos comerciais e (talvez) para conter o surgimento de indignação pública e respostas legislativas ou regulamentares.

Em paralelo ao desenvolvimento das práticas de marketing digital, duas outras áreas também são consideradas precursoras das *dark patterns*: as pesquisas desenvolvidas em políticas públicas e *nudges*, e o "growth hacking". Thaler e Sunstein introduziram o termo *nudge*, que pode ser explicado por "iniciativas oriundas das esferas privadas e públicas que orientam as pessoas em determinadas direções, mas que ainda assim lhes permitem seguir o seu próprio caminho" (Mathur et al., 2021, p. 12).²¹⁵

A noção de autonomia inerente aos *nudges* foi reforçada pelo próprio Thaler (2018), ao afirmar que o aperfeiçoamento do ambiente de escolha (aquilo que ele chama de "arquitetura de escolha") faz com que as pessoas tomem melhores decisões (para elas), sem ter as opções limitadas. O crescimento das *dark patterns* é visto pelo autor como um desvio do que os *nudges* são, aquilo que passou a chamar de *sludge*: "atividades que estão essencialmente a empurrar para o mal."²¹⁶ Dito de outra maneira: as técnicas usadas para induzir a boas escolhas a partir da

²¹⁵ Livremente traduzido de "Private and public initiatives that steer people in particular directions, but still allow them to go their own way" (Mathur et al., 2021, p. 12).

²¹⁶ Nesse sentido: "Sunstein e eu sublinhamos que o objetivo de um arquiteto (ou designer) de escolha consciente é ajudar as pessoas a fazer melhores escolhas de acordo com aquilo que julgam ser apropriado. Porém, e quanto a atividades que essencialmente empurram para o mal? Este 'lodo' (sludge) apenas enlameia as coisas e torna mais difícil a tomada de decisões sensatas e a atividade em prol da sociedade". Traduzido livremente de: "Sunstein and I stressed that the goal of a conscientious choice architect is to help people make better choices "as judged by themselves." But what about activities that are essentially nudging for evil? This 'sludge' just mucks things up and makes wise decision-making and prosocial activity more difficult" (Thaler, 2018, s.p) Narayanan et al. (2020, p. 73) observam que nem os críticos dos "nudges", nem aqueles que propuseram esse modelo, anteciparam que o mercado empresarial prontamente se apropriaria de tais técnicas em benefício próprio, e não do destinatário.

perspectiva do usuário (*nudges*) passam a ser usadas em benefício do mercado empresarial, do lucro e do crescimento em primeiro plano.

Assim afirma Thaler sobre a transformação de "*nudges* em *sludges*":

No entanto, as mesmas técnicas de empurrar podem ser utilizadas para fins menos benevolentes. Tomemos a empresa de comercialização de bens e serviços. As empresas podem encorajar os compradores a maximizar os lucros em vez de melhorar o bem-estar dos compradores (pense no financiador Bernie Madoff, que defraudou milhares de investidores). Um exemplo comum é quando as empresas oferecem um desconto aos clientes que compram um produto, mas depois exigem que eles enviem pelo correio uma cópia do recibo, o código de barras SKU na embalagem, e assim por diante. Essas empresas estão apenas a oferecer a ilusão de um desconto às muitas pessoas como eu, que nunca reclamam. Devido a esse lodo tão espesso, as taxas de reembolso para descontos tendem a ser baixas, no entanto a atração do desconto ainda pode estimular as vendas - chamam-lhe 'bait buy' (Thaler, 2018, s.p).

Ressalta-se que a descrição de Thaler acerca dos descontos ilusórios e do esforço requerido do consumidor para que tenha a oferta concretizada se enquadra perfeitamente em mais de uma categoria de *dark patterns*, conforme descritas na literatura (Luguri & Strahilevitz, 2021, p. 52; Brignull, 2010; Gray et al., 2018; Bösch et al., 2016), sobretudo no que diz respeito à exigência de tempo depreendido por parte do usuário (Lewis, 2014).

Apesar da influência do marketing digital e do desenvolvimento do conceito de *nudges* sobre as *dark patterns*, uma terceira ideia nascida no Vale do Silício, chamada de *growth hacking*, está diretamente envolvida na disseminação das práticas sob análise. O termo (*growth hacking*) foi apresentado em 2010 por Sean Ellis, então chefe de crescimento da empresa DropBox.²¹⁷ Pode ser traduzido como a combinação de marketing, *big data*, *big analytics*, testagem e programação, com um foco prioritário no crescimento (Bohnsack & Liesner, 2019, p. 9).

A aplicação do *growth hacking* contempla atividades inerentes às cinco etapas comuns ao ciclo de relacionamento com clientes: (i) aquisição, (ii) ativação, (iii) receita, (iv) retenção, e (v) indicação (p. 9). Em cada uma dessas atividades o que se procura são formas não tradicionais de promover o crescimento do negócio, o que, para empresas assentadas em ambiente digital, significa expandir a base de consumidores.

²¹⁷ Ver mais em: <<https://www.seanellis.me/about.html>>.

O exemplo mais mencionado sobre *growth hacking* remonta ao ano de 1996, quando do lançamento do Hotmail. Para cada e-mail enviado por seus usuários, a empresa adicionava a seguinte mensagem: "Obtenha o seu e-mail gratuito com Hotmail" ("Get you free mail at Hotmail"). A frase era colocada no fim da mensagem escrita por cada usuário, dando a impressão de que fazia parte do seu conteúdo. Tratava-se de um link clicável que levava à página de inscrição do serviço. O resultado da ação representou a aquisição de um milhão de usuários em seis meses (McLAUGHLIN, 2014).

Nem toda estratégia de *growth hacking* se utiliza de *dark patterns*, mas existe uma relação de proximidade entre o objetivo de desenvolver um negócio rapidamente e práticas enganosas ou manipulativas. Há indícios de que, visando expandir seus negócios, tanto Airbnb quanto Reddit adotaram contas falsas, promoveram comentários fictícios e enviaram e-mails automatizados como se fossem originados de pessoas reais no início das operações (Mead, 2012; Rosoff, 2011). Em ambos os casos, ficou evidente a dissimulação empregada no sentido de querer demonstrar um número irreal de assinantes engajados com as marcas.

Já a empresa LinkedIn criou uma ação de *growth hacking* que disparava e-mails solicitando conexão a partir dos perfis de seus usuários, sem que a operação fosse transparente o suficiente para remetentes e destinatários. Isto é, quem mandava as mensagens não sabia que seu perfil estava programado automaticamente para realizar os envios, e quem recebia tinha a percepção de que as mensagens eram enviadas voluntariamente pelos respectivos remetentes. A LinkedIn acabou fazendo um acordo para pagar um total de 13 milhões de dólares em reparação aos que foram impactados pelas mensagens enviadas sem consentimento dos usuários (Strange, 2015).

A popularização e a profundidade da discussão nascente acerca das *dark patterns* é o que vai determinar como esse fenômeno será tratado no futuro. O esforço em ampliar o campo do conhecimento e apontar as implicações inicialmente para as relações de consumo, mas posteriormente para a sociedade, é o que marca o momento presente.

Recentemente, dois casos que envolvem a manipulação da audiência e o uso *dark patterns* vieram a público no Brasil. Um deles diz respeito aos recursos usados pela equipe da cantora Anitta (e seus fãs) para ajudar a música *Envolver* a chegar

ao primeiro lugar do ranking global da plataforma de música Spotify.²¹⁸⁻²¹⁹ O outro caso se refere à empresa iFood e à contratação de agência de marketing digital com o objetivo de criar ações visando desmobilizar o movimento dos entregadores por melhores condições de trabalho (DiP et al., 2022).²²⁰

No âmbito da pesquisa acadêmica, dois trabalhos recentes empreenderam esforços no sentido de apresentar um resumo da sistematização de *dark patterns* encontrada na literatura (Luguri & Strahilevitz, 2021, p. 53) e o conjunto de definições mais recorrentes (Mathur et al., 2021, p. 4). Em função de a produção acadêmica ser nova, as diferentes taxonomias desenvolvidas pelos autores – incluindo as autoridades de proteção ao consumidor e proteção de dados (como CNIL e NCC), bem como órgãos governamentais (como FTC e EDPB) – não permite detectar uniformidade no próprio conceito de *dark patterns* (Mathur et al. 2021, p. 7).

2.4. (In)definições de *dark patterns*

A partir do conceito inicial de *dark patterns*, termo cunhado por Harry Brignull em 2009, a doutrina passou a desenvolver definições que, apesar de diferentes em suas literalidades e enfoque, mantêm um núcleo comum. Esse núcleo gira em torno da ideia de influenciar e conduzir o usuário, nem sempre em direção a seus interesses.

A depender do segmento perante o qual as *dark patterns* são analisadas, as concepções mudam levemente para contemplar as respectivas especificidades. No âmbito dos jogos on-line, por exemplo, o ponto focal do design é a primazia do jogador-usuário. O objetivo do jogo é entreter o jogador, e o designer deve criar o ambiente para que isso aconteça (Zagal et al., 2013, p. 1). A presença de *dark patterns* nos jogos é relatada sob múltiplos aspectos: por exemplo, os estímulos para

²¹⁸ O caso de Anitta e a suposta manipulação do ranking do Spotify levou à abertura de investigação por parte da empresa. No entanto, de acordo com o site <https://sparkchronicles.com/>, o resultado é divulgado apenas para o artista. A suspeita começou a ser levantada com um tweet de um fã da cantora postado no dia 14 de março de 2022 que dava instruções para alavancar a música na plataforma. Basicamente orientava a criar diferentes playlists com a música, tocar repetidamente cada playlist e trocar de conta a cada 20 repetições (Como fãs..., 2022).

²¹⁹ Ver mais em <https://news.euro-24.com/entertainment/News/71028.html> Acesso em 01.05.2022.

²²⁰ Esse ponto é tratado mais adiante.

que o jogador faça desembolsos não antecipados por ele, como acontece nas ofertas para a compra de elementos que aceleram a passagem de fase.²²¹

Outra situação corriqueira é representada pela obrigação de o usuário realizar tarefas repetitivas com o único propósito de prolongar a sua permanência on-line.²²²⁻²²³ São chamadas de *dark patterns* de tempo e estão presentes em outras situações que não só os jogos.²²⁴ Fazem com que o usuário tenha a sensação de tempo perdido ou exigem muito tempo em troca de pouco entretenimento (Lewis, 2014, p. 103).

Já no universo da Internet das Coisas (IoT), mais especificamente dos robôs que servem como companhia e assistentes domésticos, as *dark patterns* foram definidas em termos da chamada "estética da fofura" (Lacey & Caudwell, 2017). As pesquisas mostram que, quanto mais "fofo" o robô, mais disposto o usuário fica para entregar dados pessoais, inclusive os sensíveis. Isso ocorre porque o alto grau de fofura dispara um gatilho emocional capaz de diminuir a racionalidade de quem se relaciona com o dispositivo (Lacey & Caudwell, 2019, p. 374).

Em uma outra vertente, as *dark patterns* estão sendo associadas a práticas anticoncorrenciais na medida em que são utilizadas por atores que detêm grandes participações do mercado digital (Day et al., 2019, p. 3). Nas esferas em que a moeda de troca é a atenção, a privacidade e a proteção de dados devem ser fatores de promoção da concorrência (Delrahim, 2019). Alguns tipos de *dark patterns*, quando entendidos como manipulação digital, fazem com que os usuários disponibilizem justamente atenção e dados pessoais, colocando certas empresas em posição de vantagem inatingível (Day et al., 2019, p. 24).

²²¹ Em *Angry Birds*, é possível comprar o "Mighty Eagle" para passar de fase; em *Jurassic World Alive*, o jogador pode pagar para abrir as incubadoras mais rapidamente; em *Golf Blitz*, está à venda pular cronômetros para realizar atividades sem espera. Ver mais exemplos em: <<https://www.darkpattern.games/>>. Acesso em 03 mai. 2022.

²²² Como *Pokémon*, em que o jogador precisa dedicar tempo expressivo para subir de nível. São dois sistemas que definem a performance dos pokémons: IVs (*individual values*) e EV (*effort value*). Para conseguir subir na pontuação desses dois sistemas, é preciso, por exemplo, chocar longamente os ovos para conseguir IVs ou jogar inúmeras batalhas para aumentar o EV (Como usar..., 2016).

²²³ Esse tipo de *dark patterns*, chamado de *grinding*, prolonga a permanência no jogo e está diretamente relacionado à noção mais ampla de economia da atenção, que demanda do usuário um comportamento repetitivo de longa duração (Eyal & Hoover, 2014, p. 85).

²²⁴ Chris Lewis (2014, p. 99-100) apresenta três tipos de *dark patterns* de tempo: a primeira é a chamada *grinding*; a segunda é *hellbroadcast*, que impõe um banimento do usuário da plataforma, jogo ou website sem que ele saiba, e, em consequência disso, ele perde tempo supondo que está participando de uma comunidade quando, na verdade, não está; a terceira é a "interação por demanda" que ocorre quando o usuário é chamado a se reengajar por motivos alheios aos seus interesses.

No que se refere a questões de privacidade e proteção de dados, as *dark patterns* foram apreciadas inicialmente sob as perspectivas do consentimento (Utz et al., 2019, p. 976).²²⁵ Recebeu atenção especial na Europa, pós-GDPR (maio de 2018), a forma como os websites e aplicativos passaram a trabalhar com os avisos de privacidade envolvendo o consentimento para o tratamento de cookies (Degeling et al., 2019). Outros trabalhos focaram nos mecanismos usados para dificultar o *opt-out* (Sanchez-Rola et al., 2019), bem como para desencorajar o exercício dos direitos dos titulares (Forbrukerrådet, 2018, p. 7).

Na mesma direção, porém circunscrita às redes sociais, o EDPB relacionou as *dark patterns* a práticas que conduzem o usuário a tomar decisões que enfraquecem a proteção de seus dados pessoais. Para tanto, as empresas inseridas nesse setor são orientadas a observar uma lista de atividades proibidas, considerando o ciclo de vida do usuário em redes sociais (European Data..., 2022, p. 2). Isso significa dizer que, tanto no cadastramento quanto ao longo da permanência e no descadastramento, as técnicas consideradas potencialmente contrárias ao melhor interesse dos usuários precisam ser evitadas. Nesse propósito, o EDPB apresentou exemplos de *dark patterns* a serem evitadas, além de uma lista de boas práticas para que o design de interfaces do usuário esteja em conformidade com o GDPR (European Data..., 2022, p. 3).

Além das definições, a doutrina procurou sistematizar as *dark patterns* de diferentes maneiras, sendo as mais usuais aquelas que apresentam classificações²²⁶ e aquelas que descrevem atributos (Luguri & Strahilevitz, 2021, p. 52). Coube a Brignull a tarefa de oferecer a primeira classificação das "práticas enganosas de design". Sua taxonomia inicial contempla 12 tipos de *dark patterns*, que incluem desde velhas práticas, já conhecidas dos usuários, como o spam²²⁷, até outras de percepção mais difícil.

As mensagens não solicitadas e enviadas em massa (spams) estão claramente relacionadas ao marketing direto, seja por meio de e-mail (e-mail

²²⁵ Article 29 Data Protection Working Party. 2018. Guidelines on consent under Regulation 2016/679. Technical Report 17/EN WP259 rev.01. European Commission.

²²⁶ A doutrina chama as classificações de "taxonomia".

²²⁷ As mensagens não solicitadas enviadas em massa (spam) obedecem, nos Estados Unidos, às regras do CAN-Spam Act de 2003 (FTC) e, na União Europeia, estão sujeitas tanto ao GDPR quanto à Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu, que está em vias de ser substituída pelo Digital Services Act (DSA). No mesmo sentido, o spam no Brasil pode violar a LGPD, a começar pelos princípios da finalidade e da transparência (art. 6º, I e IV).

marketing), seja por meio de outros instrumentos de contato (sms e notificações). O spam é regulado nos Estados Unidos pelo CAN-Spam Act de 2003, que estabelece as condições para o envio de mensagens comerciais e veda práticas consideradas enganosas. Sua relação com as *dark patterns* é evidente, na medida em que proíbe o uso de remetente e assunto com potencial de induzir o consumidor em erro.²²⁸ Da mesma forma, a necessidade de *opt-out* de mensagens futuras impõe o alerta sobre o teor publicitário da comunicação.²²⁹

A fraude comercial que faz com que o usuário acredite que a ação que realiza leva a um determinado resultado, quando na verdade leva a outro inesperado, é chamada de *bait and switch* e também faz parte da taxonomia de Brignull.²³⁰ Um exemplo descrito por ele retrata a abordagem ardilosa da Microsoft que levou seus consumidores a realizarem inadvertidamente a atualização da versão do Windows 10. A Microsoft sugeria, por meio de um pop-up, que o usuário fizesse a atualização do sistema. No entanto, ao clicar no botão de fechar o pop-up, tradicionalmente disposto no canto superior direito, a operação começava. Isto é, em vez de simplesmente fechar o pop-up (intenção do usuário), a atualização operacional tinha início (intenção da empresa).²³¹

Com efeito, o conceito de *bait and switch* no Brasil apresenta contornos de propaganda enganosa, nos termos descritos pelo artigo 37 § 1º do Código de Defesa do Consumidor.²³² Acontece, por exemplo, quando o fornecedor anuncia produtos que não possui em estoque com o objetivo de atrair o consumidor para a compra de outras espécies (geralmente mais caras). No Reino Unido, o "Consumer Protection for Unfair Trading Regulations" de 2008 incluiu explicitamente o *bait and switch* na lista de atividades comerciais proibidas.²³³

²²⁸ Ver acima caso já relatado sobre o LinkedIn e o disparo de mensagens com teor enganoso.

²²⁹ Ver mais em: <<https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/can-spam-act-compliance-guide-business>>. Acesso em 06 mai. 2022.

²³⁰ A prática do *bait and switch* não se limita à seara comercial.

²³¹ Ver em: <<https://www.deceptive.design/types/bait-and-switch>> Acesso em 09abr. 2022.

²³² O próprio Brignull incluiu, em sua taxonomia, o tipo "anúncio disfarçado", que hoje pode ser inserido no conceito mais amplo do "bait and switch". Ver em: <<https://www.deceptive.design/types/disguised-ads>>. Acesso em 09 abr.2022.

²³³ "Making an invitation to purchase products at a specified price and then (a)refusing to show the advertised item to consumers, (b)refusing to take orders for it or deliver it within a reasonable time, or (c)demonstrating a defective sample of it with the intention of promoting a different product (bait and switch)." <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2008/1277/schedule/1/made> Anexo 1, 6 (a), (b) e (c). Acesso em 07.05.2022.

Na mesma direção, o FTC Act veda as práticas que se enquadram nesse tipo de *dark pattern*, mas ainda assim casos são recorrentes. Em março de 2022, a agência notificou a Intuit, empresa dona do software de serviços voltados para o reembolso de impostos, por anúncios repletos de *bait and switch*. Nesse caso, o consumidor era atraído pela proposta de gratuidade, que dificilmente se concretizava.²³⁴

Importa observar que é comum o uso simultâneo de mais de um tipo de *dark patterns*, como apresentado por Brignull ao demonstrar a interseção do que ele chamou de "motel de barata"²³⁵ com "perguntas traiçoeiras"²³⁶ e "inserção furtiva no carrinho"²³⁷. O trio se presta a explicar situações nas quais o consumidor é facilmente levado a tomar algum tipo de ação, como se cadastrar em um site ou adquirir um serviço por assinatura, e em seguida submetido a perguntas que não trazem opções claramente inteligíveis²³⁸. Para culminar, ele dificilmente percebe que produtos ou serviços foram inseridos clandestinamente em suas compras²³⁹.²⁴⁰

A noção de "continuidade forçada"²⁴¹ guarda relação íntima com o tipo "motel de barata", pois foi descrita por Brignull como a prática de não avisar ao consumidor que o prazo do serviço contratado chegou ao fim. A cobrança continua ocorrendo silenciosamente, muitas vezes sem que o consumidor esteja consciente. Ressalta-se que, no Brasil, a renovação automática de assinaturas se enquadra nas

²³⁴ Ver mais em: <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/03/ftc-sues-intuit-its-deceptive-turbotax-free-filing-campaign>>. Acesso em 07 mai. 2022.

²³⁵ Ver em: <<https://www.deceptive.design/types/roach-motel>>. Acesso em 09 abr.2022.

²³⁶ Ver em: <<https://www.deceptive.design/types/trick-questions>>. Acesso em 09 abr. 2022.

²³⁷ Ver em: <<https://www.deceptive.design/types/sneak-into-basket>>. Acesso em 09 abr.2022.

²³⁸ Em janeiro de 2022, foi reportado que o Barclays apresentava a seguinte afirmação a seus consumidores: "Marque a caixinha caso você não queira que a gente lhe envie informações sobre ofertas, prêmios e informações sobre outros serviços () e-mail () sms () telefone ()". O que se lê é um caso evidente de perguntas traiçoeiras. Ver em: <<https://twitter.com/kimeshan/status/1479190800709955585>> Acesso em 05 mai.2022.

²³⁹ As inserções furtivas ocorrem usualmente na forma de "upgrade" para assinaturas, como em: <<https://twitter.com/darkpatterns/status/1363426644497694722/photo/1>> (acesso em 05 mai. 2022) ou na forma de produtos relacionados, como ingresso de cinema junto com combo pipoca e refrigerante inseridos sem solicitação do consumidor.

²⁴⁰ Em 2022, a autoridade de proteção de dados da França multou o Facebook e o Google por tornar a recusa de cookies extremamente difícil em relação ao aceite. Ver em: <<https://www.cnil.fr/en/cookies-cnil-fines-google-total-150-million-euros-and-facebook-60-million-euros-non-compliance>>. Acesso em 05 mai. 2022. Nessa mesma linha, outro caso já mencionado anteriormente é o da Amazon Prime.

²⁴¹ Ver em: <<https://www.deceptive.design/types/forced-continuity>> Acesso em 09 abr.2022.

práticas abusivas descritas no artigo 39, III, CDC.²⁴² No mesmo sentido, nos Estados Unidos, a FTC emitiu, em novembro de 2021, um aviso reforçando as condutas previstas em diferentes diplomas legais que tratam de situações correlatas às renovações automáticas.²⁴³

Existe ainda um tipo de *dark pattern* que é utilizado no processo de descadastramento do usuário ou na recusa de alguma oferta. Ocorre quando, na confirmação do *opt-out*, as mensagens assumem um tom de deboche e colocam em oposição textos como "eu quero desconto" e face de "não obrigado, eu gosto de preços sem descontos".²⁴⁴ A prática é conhecida como *confirmshaming*²⁴⁵ e, apesar de não haver validação de resultados em termos da mudança na intenção dos usuários nos respectivos serviços, é usada comumente utilizada até por marcas renomadas.²⁴⁶

Informações em destaque que ofuscam outras informações igualmente ou mais importantes para o consumidor também se inserem nas *dark patterns*. Um exemplo é o relevo dado ao valor calórico por porção de um determinado produto. A ideia é chamar a atenção para o baixo índice calórico. No entanto, ao observar o tamanho da porção em referência, percebe-se o truque: destacar a quantidade de calorias e disfarçar o (diminuto) tamanho das porções.²⁴⁷ Na mesma linha, estão as estratégias de design que deliberadamente diminuem a capacidade do consumidor

²⁴²Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço.

²⁴³ Ver mais em: <<https://www.federalregister.gov/documents/2021/11/04/2021-24094/enforcement-policy-statement-regarding-negative-option-marketing>>. Acesso em: 05 mai.2022. O enforcement da FTC se baseia nas seguintes leis: Seção 5 do FTC Act (15 U.S.C. 45(a)), na Restore Online Shoppers' Confidence Act ("ROSCA") (15 U.S.C. 8401 até 8405), e na Telemarketing Sales Rule (16 CFR parte 310). E ainda na Regra sobre a Utilização de Planos de Opções Negativas de Prenotificação (16 CFR parte 425), na Lei de Transferência Electrónica de Fundos ("EFTA") (15 U.S.C. 1693 até 1693r), e na Lei de Reorganização Postal ("Postal Reorganization Act") (15 U.S.C. 1693 até 1693r). Ver mais em: <<https://www.federalregister.gov/d/2021-24094/p-15>>. Acesso em 05 mai.2022.

²⁴⁴ Ver em: <<https://twitter.com/darkpatterns/status/1363426633206661123>>. Acesso em 05 mai.2022.

²⁴⁵ Também chamado de *guilt tripping*, *manipulinks* e *opt-out negativo*. Ver em: <<http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1438076/FULLTEXT01.pdf>>.

²⁴⁶ O Zoom coloca a seguinte mensagem para o usuário que prefere o plano mensal ao trimestral: "Não, eu não gosto de economizar". Ver em: <https://twitter.com/Steve_Bromley/status/1371063794877804548>. Acesso em 05 mai.2022.

²⁴⁷Ver em: <<https://www.deceptive.design/types/misdirection>> Acesso em 09 abr.2022. Ver também: <<https://twitter.com/darkpatterns/status/1354849728677228544>>. Acesso em 05 mai.2022.

de comparar preços²⁴⁸, bem como aquelas que encobrem custos para revelá-los apenas na última etapa de compra.²⁴⁹

Completa a taxonomia inicial de Brignull o tipo batizado de *privacy zuckering*²⁵⁰, que descreve a condução do usuário para que ele revele mais informações pessoais do que estaria disposto a fazer. O nome dessa última modalidade de *dark pattern* é uma referência aos obstáculos impostos pelo Facebook para que o consumidor efetivamente exerça algum controle dos seus dados pessoais.²⁵¹

A classificação de Brignull representa a base sobre a qual outros sistemas foram desenvolvidos. Dentre eles, destaca-se o recente trabalho de Luguri & Strahilevitz (2021, p. 53), que, a partir da identificação de tipos recorrentes de *dark patterns*, propuseram uma nova sistematização dividida em oito categorias. São elas: (i) importunação (ou *nagging*, em inglês), (ii) prova social, (iii) obstrução, (iv) inserções furtivas (ou *sneaking* em inglês), (v) interferência de interface, (vi) ação forçada, (vii) escassez, e (viii) urgência.

A importunação está relacionada à insistência para que o usuário realize a ação desejada pelo fornecedor. Um exemplo é a quantidade e a frequência de mensagens enviadas pelos aplicativos para que o usuário habilite o recebimento de notificações (Cf. Beggiora, 2019). Interessa apontar que a ideia por trás do *nagging* está intimamente ligada a uma técnica de persuasão publicitária chamada "mera exposição", que parte do princípio de que, quanto mais vemos uma coisa, mais gostamos dela. Não por outro motivo, as marcas buscam aumentar a frequência da exposição no ambiente visual que rodeia seu público-alvo (Andrews et al., 2013).²⁵²

A *dark pattern* identificada como "prova social" é baseada no impulso que as pessoas têm de reproduzir comportamentos alheios. Está relacionada à ideia do

²⁴⁸ Ver em: <<https://www.deceptive.design/types/price-comparison-prevention>>. Acesso em 09 abr.2022. Em sentido oposto, a legislação consumerista nacional obriga a exposição dos preços que contemple unidades fundamentais de medida: Art. 2º-A Na venda a varejo de produtos fracionados em pequenas quantidades, o comerciante deverá informar, na etiqueta contendo o preço ou junto aos itens expostos, além do preço do produto à vista, o preço correspondente a uma das seguintes unidades fundamentais de medida: capacidade, massa, volume, comprimento ou área, de acordo com a forma habitual de comercialização de cada tipo de produto. (Incluído pela Lei nº 13.175, de 2015).

²⁴⁹ Ver em: <<https://www.deceptive.design/types/hidden-costs>>. Acesso em 09 abr.2022.

²⁵⁰ Ver mais em: <<https://www.eff.org/deeplinks/2010/04/facebooks-evil-interfaces>> Acesso em: 09 abr.2022.

²⁵¹ Ver em: <<https://www.deceptive.design/types/privacy-zuckering>>. Acesso em 09 abr.2022.

²⁵² No mesmo sentido, relacionado à exposição está o conceito de frequência, que significa a repetição da mensagem exposta.

"efeito manada" (*bandwagon*), que sugere que todo mundo está fazendo, comprando, comendo determinado produto ou serviço (Moriarty et al., 2018, p. 144). Na publicidade, a "prova social" é técnica comumente aplicada usando fórmulas como "90% de X fazem / compram / preferem Y", nas quais X é o público-alvo, e Y é a conduta realizada (Andrews et al., 2013, p. 50).²⁵³ No ambiente digital, essa prática assume outras formas, como o número de seguidores em redes sociais, o número de compradores de um determinado produto e as avaliações positivas de produtos e serviços.

Trata-se de uma parte importante da estratégia comercial das empresas que contribui para o processo de decisão de compra e ajuda na diferenciação dos concorrentes. A teoria da "prova social" também é relevante diante da falta de clareza por parte do consumidor sobre o que deve ser feito; por isso, essa estratégia é utilizada para compras de impulso e para alavancar marcas desconhecidas (Andrews et al., 2013, p. 53).²⁵⁴ O ponto de atenção está em separar o que é verdadeiro e legítimo do que é conteúdo fabricado para enganar o consumidor. Nesse sentido, duas técnicas são relatadas na doutrina de *dark patterns*: falsos *feedbacks* de supostos usuários²⁵⁵ e afirmações falsas sobre a quantidade de pessoas que doaram, compraram, experimentaram a oferta em questão²⁵⁶

Os tipos de *dark patterns*, classificados por Brignull, que envolviam dificuldades impostas ao consumidor para cancelar determinados serviços, recusar ofertas e comparar preços foram agrupados e renomeados por Luguri & Strahilevitz (2021, p. 53) sob o título de "obstrução". Na mesma direção, os tipos relacionados à inserção sorrateira de produtos e serviços nas compras do consumidor, custos encobertos, continuidade forçada de programas de assinatura e *bait and switch* foram agrupados e classificados como práticas furtivas (*sneaking*) (p. 53).

²⁵³ Outros exemplos de prova social na publicidade: "a maioria prefere" e "9 entre 10 pessoas usam...".

²⁵⁴ Em sentido complementar: "A prova social é a teoria de que, quando confrontados com uma situação em que não conhecemos as normas sociais, olhamos para os outros na comunidade para nos orientarmos sobre um determinado comportamento" (Lewis, 2014, p. 57).

²⁵⁵ A Amazon reconheceu que existe um problema de *feedbacks* falsos (reviews) e em 2020 interceptou mais de 200 milhões de reviews suspeitos. Ver em: <<https://www.aboutamazon.com/news/how-amazon-works/creating-a-trustworthy-reviews-experience?tag=cnet-buy-button-20&ascsubtag=921a9b6c-b41f-4d13-be45-0b112b314006%7C%7Cdt>>. Acesso em 05 mai.2022.

²⁵⁶ Também chamada de "mensagens ativas", informam, por exemplo, ao consumidor que está navegando em um site de comércio eletrônico, que "5 pessoas estão vendo essa peça nesse minuto".

Outros tipos anteriormente identificados, seja por Brignull, seja por outros autores (Gray et al., 2018; Bösch et al., 2016; Mathur et al., 2021; Lacey & Caudwell, 2019), também foram reunidos conforme o potencial de provocar interferências nas interfaces dos usuários. São exemplos dessas interferências: anúncios disfarçados, perguntas traiçoeiras, *confirmshaming* e desvio de informações importantes. Chama a atenção o conceito de desvio de informações importantes, pois está intimamente relacionado à técnica de persuasão publicitária conhecida como fluência (Andrews et al., 2013, p. 27).

Em poucas palavras, a fluência associa-se à persuasão na medida em que ajuda a promover a fácil e rápida compreensão da mensagem. Elementos visuais, textuais e conceituais devem ser mobilizados para que usuário realize, sem esforço, a ação pretendida pelo anunciante.²⁵⁷ No entanto, a fluência pode ser usada como uma prática enganosa quando pretende ofuscar ou desviar a atenção do usuário, fazendo com que ele não perceba que está sendo conduzido em direção contrária a seus interesses. Nesse sentido, diminuir a fluência dos elementos que compõem a mensagem pode ser medida necessária para que se atinja um efeito mais atento e ponderado junto ao público-alvo.

É o caso da reconsideração do pedido de acesso à câmera dos aparelhos de telefone que certos aplicativos fazem no momento da instalação. Caso a primeira resposta seja negativa, e posteriormente o usuário decida pela permissão, o processo de mudança nas configurações é propositadamente mais demorado.²⁵⁸

Adicionalmente, os tipos classificados como spam, compartilhamento de contatos, *privacy zuckering* e cadastramento desnecessário foram reunidos sob o nome de "ações forçadas" (Luguri & Strahilevitz, 2021, p. 53). Todos representam o abuso sobre o desconhecimento do usuário em relação aos estímulos que lhe são direcionados. Por fim, os dois últimos tipos de *dark patterns* que completam a

²⁵⁷ Nesse sentido, se inserem contemporaneamente no contexto do marketing e da publicidade as expressões "sem costura" e "sem fricção". Os aplicativos de delivery ou de transporte, por exemplo, são serviços com essa característica (Siggelkow & Terwiesch, 2019).

²⁵⁸ Dessa forma: "A intuição parece ser que, quando uma decisão possivelmente impulsiva está em conflito com um julgamento anterior (possivelmente considerado), a preferência atual só deve prevalecer se o usuário estiver certo do seu desejo de dispensar uma proteção da sua privacidade". Livremente traduzido de: "The intuition appears to be that when a possibly impulsive decision is in tension with an earlier (possibly considered) judgment, the current preference should prevail only if the user is certain about her desire to undo a privacy-protective choice" (Luguri & Strahilevitz, 2021, p. 102).

classificação de Luguri & Strahilevitz (2021, p. 53) são escassez e urgência, também se relacionadas a técnicas conhecidas de persuasão publicitária (p. 53).

Remonta ao ano de 1975 uma pesquisa realizada com o objetivo de descobrir como as pessoas avaliariam a atratividade de biscoitos em dois potes idênticos. Os biscoitos que estavam em menor quantidade foram mais bem avaliados em relação aos que estavam no pote cheio (Worchel et al. 1975). Segundo Eyal & Hoover (2014, p. 59), a aparência de escassez afeta a percepção de valor pois sinaliza algo sobre o produto, ainda que seja algo oculto para o consumidor em potencial.

A ideia de que produtos escassos valem mais representa uma heurística²⁵⁹ geralmente adotada pelos consumidores, que se soma à noção já mencionada de "prova social", bem como à perspectiva de um arrependimento antecipado (Andrews et al., 2013, p. 74-75). A técnica da escassez se configura como *dark pattern* quando forem falsas as mensagens que afirmam o baixo número de itens em estoque e/ou o alto de número de pessoas pesquisando (olhando, consultando) o mesmo item.

Já a urgência é a tentativa de influenciar o consumidor com base em mensagens sobre prazo da oferta, comumente acompanhadas de um cronômetro para incrementar o apelo visual. A força persuasiva está relacionada aos sentimentos da breve indisponibilidade da oferta e da última oportunidade para aproveitar tal proposta (Andrews et al., 2013, p. 72). Entretanto, a urgência só será considerada uma *dark pattern* caso as informações associadas à mensagem sejam inverídicas (Luguri & Strahilevitz, 2021, p. 99).

Há, ainda, outras propostas de classificação das *dark patterns*, que assumem contornos diferenciados a depender da área de interesse dos autores.²⁶⁰ O que se

²⁵⁹ ver nota 444.

²⁶⁰ Mathur et al. (2021, p. 4) propuseram o agrupamento das *dark patterns* de acordo com quatro aspectos. O primeiro deles descreve as características da interface que podem afetar os usuários: (a) coercitiva, (b) enganosa, (c) maliciosa, (d) ilusória, (e) odiosa, (f) sedutora, (g) direcionada, (h) trapaceira. O segundo aspecto representa os mecanismos que produzem efeitos nos usuários: (a) atacam os usuários, (b) confundem os usuários, (c) enganam os usuários, (d) exploram os usuários, (e) manipulam os usuários, (f) iludem os usuários, (g) direcionam os usuários, (h) subvertem as intenções dos usuários, (j) trapaceiam os usuários, (k) enfraquecem a autonomia do usuário, (l) atuam sem o consentimento do usuário. Já o terceiro aspecto se refere ao papel do designer da interface e se divide em dois pontos: o abuso do conhecimento do designer sobre o comportamento do usuário e a intenção do designer. O quarto e último aspecto envolve os benefícios e danos provocados pela interface do usuário. Os mesmos autores também trabalharam com classificação baseada em atributos comuns às *dark patterns*, partindo da ideia que as *dark patterns* atuam modificando a "arquitetura de escolha" do usuário, seja interferindo no espaço de decisão, seja no

percebe é que, à medida que a tecnologia evolui, as possibilidades de usar técnicas que podem revelar padrões não tolerados em termos de práticas comerciais também evolui. Por esse motivo, é possível observar uma maior sofisticação na descrição das *dark patterns* realizada, por exemplo, por Luguri & Strahilevitz (2021), em comparação ao que descreveu Brignull pela primeira vez em 2009.

É o que se apreende da recente classificação proposta pelo EDPB no anteriormente citado "guideline nº 03/2022". O trabalho aborda especificamente os tipos de *dark patterns* encontrados no ambiente das redes sociais com potencial para violar o GDPR. A própria definição de *dark pattern* se apresenta de forma circunscrita às redes sociais e às questões de proteção de dados:

No contexto destas Diretrizes, as "dark patterns" são consideradas interfaces e experiências do usuário implementadas em plataformas de redes sociais que os levam a tomar decisões potencialmente prejudiciais no que diz respeito ao tratamento dos seus dados pessoais. As "dark patterns" têm como objetivo influenciar o comportamento dos usuários e podem dificultar a sua capacidade de proteger eficazmente os seus dados pessoais e de fazer escolhas conscientes (European Data..., 2022, p. 2).²⁶¹

Seis categorias foram apresentadas e, apesar das particularidades inerentes ao tema, o ponto em comum entre elas e as demais descrições e classificações está em evitar práticas que conduzam o titular de dados a tomar atitudes contrárias a seus interesses.²⁶²

A revisão da literatura realizada até aqui permite afirmar que há o indicativo de que outras formas de definir, classificar ou atribuir características às *dark patterns* surgirão. A novidade representada pelo assunto e o avanço da tecnologia são variáveis que contribuem para a constante evolução da área, que, conforme já mencionado, começa a despertar o interesse da comunidade jurídica.

fluxo de informação. Fazem isso por meio de assimetrias, restrições, tratamento desigual, dissimulação, enganosidade e ocultação de informação.

²⁶¹ Livremente traduzido de "In the context of these Guidelines, "dark patterns" are considered as interfaces and user experiences implemented on social media platforms that lead users into making unintended, unwilling and potentially harmful decisions regarding the processing of their personal data. Dark patterns aim to influence users' behavior and can hinder their ability to effectively protect their personal data and make conscious choices" (European Data..., 2022, p. 2).

²⁶² As seis categorias são: (i) sobrecarregar, (ii) ignorar ou pular, (iii) comover, (iv) obstruir, (v) tornar inconstante e (vi) deixar no escuro (European Data..., 2022, p. 2-3).

2.5. Perspectivas legais

Analisando as *dark patterns* no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que, em todas as definições e formas de classificação, há o uso de termos e expressões juridicamente condenáveis se tomadas sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor. Em primeiro lugar, a depender do tipo de *dark patterns*, é possível identificar em abstrato o potencial de violação de direitos básicos do consumidor que asseguram liberdade de escolha (Art. 6º, II)²⁶³ e a proteção contra propaganda enganosa, abusiva e práticas comerciais coercitivas ou desleais (Art. 6º, IV)²⁶⁴.

O mesmo ocorre naquilo que envolve a publicidade, desde a descrição de oferta e apresentação de produtos (Art. 31)²⁶⁵, a identificação obrigatória do teor publicitário (Art. 36)²⁶⁶, até as situações que ensejam enganabilidade e abusividade (Art. 37)²⁶⁷. A utilização de *dark patterns* também pode configurar-se como práticas abusivas na medida em que se valem da incapacidade de entendimento do consumidor (Art. 39, IV)²⁶⁸. A literatura, inclusive, aponta que os consumidores com menor nível de instrução – idosos, pessoas em condições precárias de saúde ou em situações críticas, como desemprego – são os mais suscetíveis a serem influenciados pelas *dark patterns* (Luguri & Strahilevitz, 2021, p. 47, 71).²⁶⁹

²⁶³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

²⁶⁴ Art. 6º, IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

²⁶⁵ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

²⁶⁶ Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

²⁶⁷ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

²⁶⁸ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

²⁶⁹ CMA (2022, p. 44).

No que tange à proteção de dados pessoais e à Lei Geral de Proteção de Dados, igualmente se verifica, abstratamente, alguns pontos de atenção no uso de técnicas descritas como *dark patterns*. O princípio da finalidade (Arts 6º, I) serve como ponto de partida para determinar se o uso de certo padrão de design se insere ou não no conceito de *dark patterns* (European Data..., 2022, p. 3). A simples obrigatoriedade de que o tratamento seja realizado segundo propósitos legítimos já coloca em xeque o próprio conceito de *dark patterns*, quando entendido como práticas que pretendem enganar o usuário.²⁷⁰ Outros princípios, como adequação, necessidade, transparência e não discriminação (Arts 6º II, III, IV e IX)²⁷¹, completam a análise inicial.

Outro ponto de eventual conflito entre *dark patterns* e a LGPD é aquilo que se relaciona ao consentimento (Art. 5, XII)²⁷². A autoridade de proteção de dados do Reino Unido (ICO), na análise que realizou sobre publicidade digital, sublinhou que os agentes desse mercado não devem usar *dark patterns* para fazer com que os usuários concordem com monitoramento para que possam acessar certos serviços (UK.ICO, 2021).

Portanto, a despeito de não existir no Brasil uma normativa específica sobre *dark patterns*, é possível, na análise do caso concreto, usar os diplomas legais em vigor: Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), por exemplo.²⁷³

²⁷⁰ De acordo com o conceito inicialmente trabalhado por Harry Brignull, de truques propositalmente desenvolvidos para levar o usuário a fazer o que não quer. Ver em: <<https://www.deceptive.design/>>.

²⁷¹ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos)

²⁷² Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

²⁷³ Nessa direção: "Por exemplo, as interfaces que são enganosas porque omitem informações materiais ou se baseiam em informações falsas podem ser analisadas à luz das leis de proteção ao consumidor que proíbem tais práticas". Traduzido livremente de: "For example, interfaces that are deceptive because they omit material information or rely on false information can run afoul of well established consumer protection laws prohibiting such practices" (Mathur et al., 2021, p. 17).

2.5.1. Primeiros casos sobre *dark patterns* chegam ao CONAR

Para além da legislação vigente no Brasil, há que se considerar o papel exercido pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) no controle da atividade publicitária.²⁷⁴ No âmbito do CONAR, cabe ao Conselho de Ética atuar na fiscalização, no julgamento e na deliberação daquilo que se refere à conformidade e ao cumprimento do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP).

Ressalta-se que o CBARP é compatível com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) no que diz respeito ao exercício da publicidade. Conforme Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2018), as normas e anexos do CBARP servem inclusive de referência aos operadores do direito em função da completude do seu texto (50 artigos e 22 anexos), pois:

Com efeito, por serem orientações que refletem e consolidam os usos e costumes do mercado publicitário, servem de fonte interpretativa subsidiária para o julgador, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A esse respeito, note-se, ademais, a disposição do art. 16 do CBARP²⁷⁵, segundo o qual as suas normas éticas também podem servir de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação envolvendo matéria publicitária (Dias, 2018, p. 51).

A relevância da autorregulamentação exercida pelo CONAR é evidente na medida em que há um grande número de representações julgadas desde 1978 (mais de 10.000 casos) e que, dentre esses casos, há um número reduzido de decisões no âmbito do Conselho de Ética que são levadas pelas partes à apreciação do poder judiciário.²⁷⁶ As partes envolvidas nas representações costumam acatar as

²⁷⁴ O CONAR é uma instituição privada, fundada no final dos anos 1970 com o objetivo de criar um sistema de autorregulamentação publicitária no Brasil. Duas finalidades principais definem a linha de atuação do CONAR: (i) a proteção da liberdade de expressão comercial e (ii) o zelo pela ética na publicidade. Pouco depois da criação da instituição, composta por profissionais do mercado publicitário, foi desenvolvido o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP). O Código norteia as atividades de fiscalização, julgamento e deliberação acerca dos casos que envolvem a propaganda comercial no Brasil (Dias, 2018, p. 50). Ver mais em: <<http://conar.org.br/>>. Acesso em: 09 abr.2022.

²⁷⁵ Artigo 16, CBARP: "Embora concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código é também destinado ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio."

²⁷⁶ Em algumas situações pontuais, as empresas alvo de representação junto ao Conselho de Ética do CONAR levaram o caso para ser apreciado pelo Poder Judiciário. Foi o que aconteceu com a empresa dona da marca de refrigerante Dolly, que em 2017 havia tido a recomendação do CONAR

deliberações, sejam as mais brandas, que envolvem advertência, sejam as mais severas, que envolvem recomendação de alteração ou suspensão de veiculação.

Na mesma direção, o reconhecimento do valor das atividades empreendidas pela instituição está estampado no Decreto nº 10.877 de 7 de dezembro de 2021, que atualizou a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. O decreto faz referência expressa à autorregulamentação publicitária para que suas práticas sejam observadas na fiscalização e na aplicação das multas por parte dos Procons.²⁷⁷

Acredita-se, portanto, que não tardarão a chegar ao CONAR reclamações que envolvam o uso das *dark patterns*. Na verdade, já é possível apontar dois casos, que, apesar de não mencionarem o termo, podem ser lidos como o início de um novo ciclo que será marcado por questões que abarcam as *dark patterns*.

O primeiro caso diz respeito ao serviço de streaming Globoplay e à representação sob a alegação de propaganda enganosa por parte de um consumidor.²⁷⁸ Este relatou que, ao fazer uma pesquisa no Google por um título de filme (*Eu, Tonya*), foi impactado por um anúncio que promovia a instalação (download) do aplicativo da Globoplay. O texto e a imagem do anúncio faziam referência ao filme *Eu, Tonya*.

No entanto, para a surpresa do consumidor, a obra não estava disponível para consumo na plataforma. Conforme suas palavras: "Olá, sou assinante da plataforma e a mesma anuncia no Google na campanha de Download do App o filme Eu, Tonya, e para a minha completa surpresa, o filme não está no catálogo! Isso é um absurdo!".²⁷⁹

O que seria um caso simples – pois trata da violação ao artigo 27 do CARP²⁸⁰, que obriga a apresentação verdadeira do produto oferecido, e que se relaciona diretamente ao artigo 37 § 1º do CDC, que veda a prática da propaganda

para que retirasse o filme publicitário *Coelhinhos da Dolly* do ar. Inconformada, a empresa acionou o Poder Judiciário e obteve o aval para manter o filme no ar. Ver mais em Sacchitiello (2018).

²⁷⁷ Artigo 14-A: "Para fins do disposto no art. 14, o órgão de proteção e defesa do consumidor deverá considerar as práticas de autorregulação adotadas pelo mercado de publicidade em geral."

²⁷⁸ O caso, discutido na reunião da 7ª Câmara do Conselho de Ética, realizada em 7 de dezembro, deliberou pelo arquivamento da representação nº 203/21, "Globo Comunicação e Participações– Globo Play–instale– Eu, Tonya junta história surreal e filme de tv...".

²⁷⁹ Disponível em: <https://www.reclameaqui.com.br/globo-com/propaganda-enganosa-da-plataforma_-Vnf7c6R6CIT1B92/>. Acesso em 09 abr. 2022.

²⁸⁰ Artigo 27 O anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido, conforme disposto nos artigos seguintes desta Seção, onde estão enumerados alguns aspectos que merecem especial atenção.

enganosa – revela toda a sua complexidade por meio do voto da relatora.²⁸¹ É o que se expõe a seguir.

Após o relato do consumidor, é apresentada a resposta da anunciante (Globoplay), que informa que seus anúncios se baseiam nos conteúdos disponibilizados aos assinantes. Ressalta que a maior parte do acervo da Globoplay é formado por produções exclusivas e que pode ser visto sob demanda. Porém, o assinante também tem acesso ao canal de TV aberto da Rede Globo e, por meio dessa funcionalidade, tem a possibilidade de assistir pela internet à programação que é transmitida ao vivo.

Em seguida, a Rede Globo explica que os anúncios veiculados no Google são gerados automaticamente por meio de algoritmos (do Google) que combinam as palavras-chaves digitadas pelo usuário no buscador (do Google) com o acervo do serviço de streaming. Trata-se de publicidade direcionada comportamental²⁸², que cruza informações sobre o consumidor em tempo real com o conteúdo da plataforma para gerar anúncios personalizados. Mais especificamente, se insere na categoria de "anúncio dinâmico de pesquisa". De acordo com o anunciante:

A descrita operação digital automatizada de criação e divulgação de anúncios teria ocorrido no presente caso e dado ensejo à referência ao título do filme por ter sido transmitido pela emissora aberta; -assim, o anúncio questionado foi formulado pelo algoritmo da Google Play e foi divulgado na plataforma relacionado ao conteúdo pesquisado pelo consumidor autor da queixa, que teria realizado busca de informações sobre o filme 'Eu Tonya' (CONAR, 2022, p. 6).²⁸³

O anunciante indicou que, de fato, o filme que figurou como tema do anúncio que impactou o consumidor logo após sua pesquisa no Google não fazia parte do serviço de vídeo por demanda da plataforma Globoplay. No entanto, alegou, em sua defesa contra a acusação de propaganda enganosa, que o filme foi exibido ao vivo no canal aberto da TV Globo naquele mesmo dia. O consumidor, portanto, poderia ter assistido pelo aplicativo, que faculta o acesso à programação da TV Globo.

²⁸¹ O CONAR reconhece o ineditismo e a complexidade envolvida no caso ao divulgar o voto da relatora em sua íntegra, o que não é comum (CONAR, 2022, p. 6).

²⁸² Esse tema será abordado no capítulo 4.

²⁸³ CONAR. Boletim n. 222. Janeiro 2022. P. 6.

No entanto, observa-se que a motivação principal da contratação do serviço de streaming é o acesso ao catálogo, e não a possibilidade de assistir à programação ao vivo, em tempo real. Em uma consulta ao website da Globoplay, nota-se que a menção à programação ao vivo aparece em letras muito pequenas, no rodapé da tela principal.²⁸⁴ Esse fato parece ser indicativo de pouca relevância do "ao vivo" como atributo de venda junto ao público-alvo do serviço.

Ainda que o tema relacionado às *dark patterns* não tenha sido suscitado pela relatora, aponta-se a identificação de pelo menos duas práticas condenáveis que vêm sendo descritas na literatura como tais. São elas: "informações escondidas" e o clássico padrão *bait and switch*.

O recurso de "informações escondidas" é, inclusive, confirmado pelo anunciante (Globoplay):

Afirma que em tal modalidade o anúncio é claramente identificado, **porém a inserção das palavras iniciais nos anúncios correlacionadas à busca dos usuários nem sempre resulta em frases claras, sendo necessário acessar o link para informações completas** informa que, ainda que tenha ocorrido a imprecisão descrita, o filme foi efetivamente transmitido na plataforma, na modalidade ao vivo, não tendo havido desrespeito ao regramento publicitário e a ética aplicada ao mercado. (CONAR, 2002, grifo nosso).

Conclui-se, portanto, que o próprio anunciante reconhece a falta de clareza e exatidão na mensagem publicitária que impactou o consumidor. Afirma a necessidade de acessar um link para obter informações completas, justamente aquelas informações que o consumidor buscou em sua pesquisa no Google – logo, informações relevantes para a tomada de decisão.

No que tange à prática do *bait and switch*, o exemplo se adequa perfeitamente, pois trata da noção de fazer parecer algo que na realidade não é: o anúncio induz à ideia de que o filme pesquisado faz parte do catálogo. O

²⁸⁴ * Sinal da Globo gratuito disponível em algumas cidades nos seguintes estados: Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo e o Distrito Federal.

** Canal gratuito no território brasileiro. Ver mais em: https://vitrine.globo.com/assine/globoplay?origemId=2143&utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=aq_google_vitrine_low_perf_search_web_tier1_insti_bianual&utm_content=search&utm_term=search-bianual&gclid=CjwKCAjw6dmSBhBkEiwA W-EoPNyVp2viDHptYcY AmsHcm8 QJhjaTX9scAOEA1Df6pThmsHewltBoC7wQQA vD BwE> ou <https://globoplay.globo.com/tv-globo/ao-vivo/6120663/>>.

consumidor clica no anúncio e assina o aplicativo para, em momento posterior, perceber que o produto (filme) não estaria disponível da maneira como ele foi levado a acreditar.²⁸⁵

A justificativa do anunciante se dá pelo viés da novidade tecnológica que comete "falhas não propositais". Informa que está trabalhando para corrigi-las, bloqueando palavras-chave que relacionem a busca do usuário com filmes que não estão no acervo por demanda da plataforma. Por fim, elogia a atuação do CONAR como mediador entre o consumidor final e os anunciantes e afirma que não houve infração, mas sim imprecisão:

Diante dos inúmeros desafios atuais que os anunciantes têm que superar frente aos novos modelos de publicidade, mostra-se essencial a ponte que vem sendo realizada por este respeitável órgão de autorregulação publicitária entre o consumidor final e o anunciante, possibilitando que as mensagens publicitárias e os serviços seja aprimorados através de eventuais falhas não propositais cometidas pelos algoritmos.

(...) Por tais razões, considerando que o conteúdo foi disponibilizado na plataforma, apenas não tendo constado de catálogo fixo, não configurando infração, mas sim imprecisão fruto de processo automatizado de criação de anúncio, pede arquivamento da presente representação (CONAR, 2022, p. 6).

Com efeito, na conclusão do voto, a relatora pede o arquivamento do caso, reconhece os esforços do anunciante de ajustar a operação e indica a necessidade de aprimorar mecanismos de controle. Porém, sua argumentação indica uma preocupação mais acentuada com a continuidade dos processos de publicidade dinâmica do que com questões relacionadas ao potencial lesivo que tais práticas podem apresentar. É o que se extrai do trecho abaixo:

Sobre o 'anúncio dinâmico de pesquisa', a queixa do consumidor de ter recebido anúncio impreciso em resposta da busca sobre onde assistira o filme traz a discussão sobre as transformações na área das comunicações. As respostas e os caminhos no ambiente digital são amplamente operados por algoritmos, num conjunto programado de operações para gerar uma série de resultados relacionados aos interesses dos usuários, por meio de processos de associação, repetição e analogia.

A beleza do algoritmo é, justamente, estabelecer amplas conexões, beneficiando consumidores e os negócios digitais. Por

²⁸⁵ Observa-se que, no caso deste consumidor em especial, o que fez a reclamação junto ao CONAR e que postou o relato na plataforma Reclame Aqui, ele já era assinante do serviço de streaming Globoplay.

isso é importante dosar bem, ter equilíbrio ao aprimorar esses mecanismos, porque a precisão requerida para uma solução digital pode, de outra parte, implicar num estreitamento do campo de possibilidades e, muitas vezes, no bloqueio da resposta buscada (CONAR, 2022, p. 6).

Não causa surpresa o posicionamento da relatora, pois o CONAR é uma instituição privada organizada originalmente para defender a liberdade de expressão comercial,²⁸⁶ ainda que, nas últimas décadas, tenha estado atento à atualização necessária, como, por exemplo, estabelecendo limites para participação de crianças em filmes publicitários (2008) e lançando o mencionado "Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais" (CONAR, 2021).²⁸⁷

Nesse sentido, cabe a crítica feita por Antônio Herman Benjamin acerca da insuficiência do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária em impedir "toda sorte de abusos praticados contra os interesses dos consumidores" (Benjamin et al., 2010, p. 232).

É esperado que, à medida que o órgão seja cada vez mais provocado por casos semelhantes envolvendo *dark patterns*, as manifestações dos conselheiros adquiram mais profundidade, maturidade e visão ampla, contemplando não só os desafios para os anunciantes, como também o potencial de dano para os consumidores.

Um segundo caso está em análise pelo CONAR e representa a oportunidade de uma reflexão sobre os limites das técnicas de *dark patterns* usadas para a comunicação das marcas. Trata-se da abertura de processo investigatório contra a empresa iFood acerca de suposta campanha de publicidade contendo práticas enganosas.²⁸⁸

Segundo reportagem publicada no site da Agência Pública em 4 de abril de 2022, o iFood contratou duas agências de marketing digital com o objetivo de desenvolver campanhas de comunicação em reação às manifestações dos entregadores iniciadas em 1º de julho de 2020. O problema estaria nos meios

²⁸⁶ Nesse sentido: "O Conar faz apologia da liberdade de expressão, entendendo que a publicidade comercial é uma forma de expressão protegida pela Constituição" (Pasqualotto et al., 2014, p. 103).

²⁸⁷ Ver mais em: <<http://www.conar.org.br/index.php?codigo&pg=infantil.php#>>. Acesso em 19 abr. 2022.

²⁸⁸ Conforme notícia no site do Conar: "Conar abre processo investigatório O Conar abriu hoje processo investigatório sobre campanha em redes sociais atribuída ao iFood, conforme denúncias publicadas na imprensa. O procedimento visa apurar eventual cometimento de infração ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e identificar a autoria da campanha." Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>> Acesso em 19 abr. 2022.

escolhidos para levar a mensagem do iFood a público. De acordo com as informações que compõem a referida matéria jornalística, foram identificados perfis falsos de supostos entregadores que faziam comentários fictícios, gravavam vídeos e compareciam às manifestações com o objetivo de esvaziar e desvirtuar a narrativa dos manifestantes (Levy, 2022).

Diferente do caso anteriormente relatado (Globoplay), que se limitou a práticas voltadas para publicidade em ambiente digital, as acusações que pairam sobre o iFood, caso comprovadas, são dignas de comparação com os meios de trabalho de Steve Bannon.²⁸⁹ Não se trata apenas de publicidade, mas de construção de discurso com finalidade de manipular, e não influenciar, a opinião pública, conforme se depreende do extrato abaixo da reportagem:

De acordo com os documentos e relatos obtidos pela Agência Pública, dentro das agências os usuários falsos utilizados para disseminar e engajar a narrativa da campanha eram chamados de “VIPs”. A base para as postagens vinha de documentos chamados “FAQs” — perguntas e respostas — elaborados pela equipe de criação. “Era definida narrativa que nós temos que construir e a partir disso escreviam, por exemplo: se alguém falar que o iFood paga mal, vamos responder que na verdade o iFood paga x% a mais que os outros aplicativos e y% a mais que cooperativa. A equipe formulava essa resposta de três maneiras diferentes e postavam”, explicou uma das fontes ouvidas (Levy, 2022).

A investigação começou pelo CONAR, porém, pela gravidade e abrangência das acusações, chamou a atenção do Ministério Público Federal (SP). Por meio da Procuradoria Regional do Direitos do Cidadão, o MPF abriu representação junto ao iFood e às agências QI Marketing e Benjamim Comunicações para que prestem esclarecimentos sobre os fatos expostos na matéria jornalística.²⁹⁰

Conforme o exposto na justificativa da representação formulada pelo MPF, investiga-se a possibilidade de violação não apenas de direitos à informação, mas também "de direitos humanos de trabalhadores, à liberdade de associação, de

²⁸⁹ Steve Banon é figura controversa do cenário midiático e político norte-americano. Serviu como estrategista da campanha eleitoral que elegeu Donald Trump. Foi chamado, pela revista *Time*, de "grande manipulador" (Bennett, 2020).

²⁹⁰ Ver mais em: <<http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-quer-explicacoes-do-ifood-apos-noticias-sobre-financiamento-de-campanha-contra-entregadores>>. Acesso em 19 abr. 2022.

reunião e de manifestação, e à liberdade de gozar de condições justas de trabalho."²⁹¹

O entendimento do MPF é de que as ações empreendidas pelas empresas citadas, caso venham a ser confirmadas, ultrapassam os impactos relacionados aos direitos trabalhistas para alcançar questões relacionadas à opinião pública. Os eventuais efeitos advém de uma estratégia comercial que envolveu a simulação de um debate público que nunca existiu, como se lê abaixo:

Por outro lado, tais estratégias, se bem compreendidas, também podem ter afetado a própria compreensão do público geral a respeito do que era demandado pelos entregadores. No ponto, chama atenção o fato de que empresas de publicidade, de acordo com a reportagem, teriam se valido de expedientes que simularam participações espontâneas no debate público realizado em redes sociais como o Twitter e o Facebook, tais como a criação de perfis falsos de supostos entregadores, os quais, sem se declararem como veiculantes de conteúdos patrocinados, eram remunerados para fazerem comentários e postagens a favor da empresa contratante. E a se confirmarem tais notícias, esse conjunto de estratégias pode, assim, ter tido impacto também sobre a percepção de todos os usuários destas plataforma a respeito dos temas debatidos pelos entregadores, e em especial daqueles usuários que consomem os serviços prestados pelo iFood.²⁹²

As suspeitas levantadas pela Agência Pública indicam um vasto conteúdo que se enquadra não só nas definições e atributos das *dark patterns*, mas em um contexto mais amplo de práticas enganosas e manipulativas. Não é uma ação pontual para vender um produto, para angariar mais assinaturas para um canal ou uma *newsletter*; é uma estratégia comercial que transborda do marketing digital para a sociedade.

Em conclusão parcial, acredita-se que, no âmbito das perspectivas normativas sobre *dark patterns*, a atuação não deve ficar restrita ao CONAR. Um envolvimento institucional com a chancela da administração pública será necessário. É o que já acontece nos EUA, como se passa a expor.

²⁹¹ Disponível em <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-quer-explicacoes-do-ifood-apos-noticias-sobre-financiamento-de-campanha-contra-entregadores> Acesso em 19 abr. 2022.

²⁹² Disponível em <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/despacho-ifood.pdf> Acesso em 19.04.2022.

2.5.2. Atuação da FTC em face das *dark patterns* - um breve relato

No contexto norte-americano, a sessão 5(a) do FTC Act estabelece que "atos ou práticas desleais ou enganosas no comércio ou que afetam o comércio são ilegais"²⁹³, e se firmou, em parte, como a lei capaz de coibir e regular as *dark patterns* (Luguri & Strahilevitz, 2021, p. 82). O conceito de práticas ilegais ou enganosas é extraído de situações concretas sobre as quais a FTC esteve envolvida como parte, como o caso "Federal Trade Commission vs AMG Capital Management" (p. 82). A corte do 9º Circuito, ainda que sem maiores explicações acerca do que são *dark patterns*, enxergou o quão enganosas as práticas da AMG Capital Management se mostravam ser.²⁹⁴

Os websites da AMG Capital Management empregavam uma série de *dark patterns* para a venda de empréstimos bancários. Os consumidores se deparavam com técnicas que forçavam a continuidade da contratação na modalidade mais cara dos empréstimos (assinatura por default), com custos ocultos relacionados ao tempo despendido para entender as modalidades oferecidas e com perguntas traiçoeiras que dificultavam a identificação das respostas adequadas para pagar menos taxas (Luguri & Strahilevitz, 2021, p. 44).

Outras empresas também estiveram sob a mira da FTC, que considerou as *dark patterns* práticas enganosas e, portanto, passíveis de serem combatidas com base na seção 5(a) do FTC Act. Em 2016, a LeadMedia (Federal Trade Commission vs LeadClick Media) foi condenada por propaganda enganosa, pelo uso de "anúncios disfarçados" (anúncios não identificados como publicidade), bem como pela veiculação de testemunhais falsos na forma de comentários de consumidores fictícios).²⁹⁵

Em fevereiro de 2020, após firmar um acordo com a FTC, a HomeDepot pagou mais de 34 milhões de dólares a consumidores que foram levados a acreditar que seus computadores precisavam de manutenção. Conforme informação da FTC, a HomeDepot disponibilizou em programa gratuito de verificação de vírus que

²⁹³ Ver mais em <https://www.ftc.gov/about-ftc/mission/enforcement-authority>

²⁹⁴ Nesse sentido: "O tribunal não precisou de um rótulo de padrões escuros ou dados experimentais para ver o quão enganosas as estratégias individuais e seu efeito cumulativo poderiam ser" (Luguri & Strahilevitz, 2021, p. 82).

²⁹⁵ Ver mais em: <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2016/10/us-circuit-court-finds-operator-affiliate-marketing-network-responsible-deceptive-third-party-claims>> Acesso em 09 abr. 2022.

apresentava ao consumidor um falso diagnóstico que indicava a necessidade do serviço de reparo.²⁹⁶

O exemplo da HomeDepot revelou o uso de *dark patterns* do tipo *bait and switch*, prática que leva o usuário a se envolver em uma atividade para uma finalidade esperada (questionário para diagnóstico gratuito feito por um fornecedor de confiança), e acaba tendo um resultado inesperado (a oferta de um serviço desnecessário, realizada de forma traiçoeira) (Luguri & Strahilevitz, 2021, p. 87). Casos como esses já vêm formando um conjunto de precedentes nos quais as cortes federais nos EUA têm ratificado os poderes de investigação e prevenção da FTC relacionados à utilização de *dark patterns* por parte das empresas.²⁹⁷

2.5.3. DETOUR - O Congresso norte-americano e a tentativa de regular as *dark patterns*

Para além das questões referentes às práticas enganosas e injustas que balizam a atuação da FTC, existe no Congresso norte-americano uma proposta de lei específica para regular as *dark patterns*.²⁹⁸ Conforme mencionado anteriormente, trata-se do "Deceptive Experiences To Online Users Reduction Act

²⁹⁶ Nesse sentido: "A FTC diz que o Office Depot e o OfficeMax executaram o PC Health Check, um programa de verificação de diagnóstico criado e licenciado pelo Support.com, que levou aqueles consumidores a pensar que seus computadores tinham sintomas de malware ou 'infecções' reais, mesmo que a verificação não tivesse encontrado nenhum problema desse tipo. Muitos consumidores que obtiveram resultados falsos de varredura compraram serviços de diagnóstico e reparo de computadores no Office Depot e OfficeMax que custaram até \$300". O site Support.com completou os serviços e recebeu uma parte de cada compra. Livrementemente traduzido de: "The FTC says Office Depot and OfficeMax ran PC Health Check, a diagnostic scan program created and licensed by Support.com, that tricked those consumers into thinking their computers had symptoms of malware or actual "infections," even though the scan hadn't found any such issues. Many consumers who got false scan results bought computer diagnostic and repair services from Office Depot and OfficeMax that cost up to \$300. Support.com completed the services and got a cut of each purchase." Ver mais em: <<https://consumer.ftc.gov/consumer-alerts/2019/03/office-depot-computer-scans-gave-fake-results>>. Acesso em 09 abr. .

²⁹⁷ Nesse sentido, os tipos mais recorrentes no levantamento desenvolvido por Luguri & Strahilevitz (2021, p. 88) e que já embasaram a violação da proibição de práticas enganosas da FTC foram os seguintes: falsos testemunhos, "roach motel", custos escondidos, continuidade forçada, manipulação estética, pré-seleção (*opt-out*), anúncios disfarçados, perguntas traiçoeiras, inserção no carrinho de compras, *bait and switch*, cadastro forçado e escassez.

²⁹⁸ Trata-se de proposta de lei apresentada em 2019 e reintroduzida em 2021 que pretende banir o uso de técnicas enganosas e manipulativas por parte de grandes websites.

(DETOUR)"²⁹⁹, que se destina a grandes prestadores de serviços digitais, aqueles com mais de 100 milhões de usuários ativos por mês.³⁰⁰

Seu texto veda um conjunto de práticas relacionadas às *dark patterns*, como, por exemplo: manipular interfaces de usuário para dificultar a tomada de decisões, facilitar o consentimento e a entrega de dados pessoais, além de impedir qualquer estímulo a comportamentos compulsivos. Como se lê na Seção 3 (a) (1) sobre condutas proibidas:

(A) projetar, modificar ou manipular interfaces de usuário dos serviços on-line com a finalidade ou efeito substancial de obscurecer, subverter ou prejudicar a autonomia do usuário, a tomada de decisões, o consentimento ou a obtenção de dados do usuário;

(B) conduzir testes comportamentais ou psicológicos, investigação ou estudo dos usuários, exceto com o consentimento informado de cada um envolvido;

(C) projetar, modificar ou manipular interfaces de usuário dos serviços on-line com a finalidade ou efeito substancial de cultivar o uso compulsivo, incluindo funções de reprodução automática de vídeo iniciadas sem o consentimento verificável do usuário; e

(D) projetar, modificar ou manipular interfaces de usuário dos serviços on-line ou parte delas, que sejam direcionadas a um indivíduo menor de 18 anos, com o propósito ou efeito substancial de aumentar o uso de um serviço on-line através do qual o usuário interage com outros usuários sem o consentimento dos pais.³⁰¹

É interessante observar que a DETOUR incluiu no rol de proibições a prática, não informada ao usuário, dos testes comportamentais ou psicológicos, definidos na Seção 2 (1) como: "o estudo, inclusive por meio da experimentação

²⁹⁹ Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/8975?s=1&r=9>>. Acesso em 23 mar.2022.

³⁰⁰ Conforme sessão 2 (6): mais de 100.000.000 de utilizadores autenticados de um serviço on-line em qualquer período de 30 dias. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/8975/text?r=9&s=1>> Acesso 19 abr. 2022.

³⁰¹ Tradução livre de: (A) to design, modify, or manipulate a user interface of an online service with the purpose or substantial effect of obscuring, subverting, or impairing user autonomy, decision making, or choice to obtain consent or user data; (C) to design, modify, or manipulate a user interface of an online service with the purpose or substantial effect of cultivating compulsive usage, including video auto-play functions initiated without verifiable consent of a user; or (D) to design, modify, or manipulate a user interface on an online service, or portion thereof, that is directed to an individual under the age of 18, with the purpose or substantial effect of increasing usage of an online service through which a user interacts with other users without parental consent. In.:<https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/8975?s=1&r=9> Acesso em 23.03.2022.

humana, de ações evidentes ou observáveis e fenômenos mentais inferidos a partir do comportamento, incluindo as interações entre indivíduos e as atividades de grupos sociais."³⁰²

O conceito de teste comportamental engloba os testes A/B, mecanismos largamente usados no ambiente digital.³⁰³ Seu objetivo é definir a variável (organização de elementos, links, cor, fonte, tamanho da fonte, imagem, etc) que mais proporciona o resultado almejado (um clique num botão de comprar, por exemplo). A utilização da testagem A/B é capaz de remover grande parte da imprecisão na construção das mensagens publicitárias, bem como de promover a personalização extrema de acordo com o perfil de cada usuário.³⁰⁴

Na verdade, a internet acelera o processo de aprendizagem sobre o comportamento do consumidor. Por meio dos testes A/B, as respostas relacionadas a cada ação de marketing chegam em questão de segundos para o anunciante, que tem a oportunidade de fazer ajustes infinitos até que seu objetivo seja alcançado (O'Neil, 2020, p. 73).

A permissão para testes A/B, bem como para outras avaliações de comportamento que se enquadrem no conceito apresentado pela DETOUR (supracitada), depende da disponibilização rotineira da informação sobre a realização dos testes com dados dos usuários. De acordo com a Seção (3) (b) (1), é dever dos prestadores de serviços on-line:

Declarar ao usuário, na sua plataforma on-line e de fácil acesso, através da sua interface, qualquer experiência, pesquisa ou estudo comportamental ou psicológico cujos objetivos sejam aumentar o envolvimento do usuário com o serviço on-line ou encorajar os usuários a tomar qualquer ação para convertê-los em

³⁰² Traduzido livremente de: "SEC. 2. DEFINITIONS. In this Act the following definition apply: (1) BEHAVIORAL OR PSYCHOLOGICAL EXPERIMENT, RESEARCH, OR STUDY.—The term “behavioral or psychological experiment, research, or study” means the study, including through human experimentation, of overt or observable actions and mental phenomena inferred from behavior, including interactions between and among individuals and the activities of social groups." Disponível em <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/8975/text?r=9&s=1> Acesso em 19.04.2022.

³⁰³ A utilização de testes A/B começa muito antes da internet. A atividade de envio de mala direta pelo correio para consumidores sempre esteve baseada em medir resultados e testar abordagens diferentes (formatos, mensagens, conceitos criativos).

³⁰⁴ Nesse sentido, recorda-se a utilização dos testes A/B na campanha de Donald Trump, que originou mais de 100 mil peças publicitárias diferentes (Benkler et al., 2018, p. 271).

compradores de qualquer produto ou serviço adicional oferecido por tal serviço on-line.³⁰⁵

A divulgação deve ser feita de maneira clara, aparente, adequada ao contexto, e livre de qualquer obscuridade.

2.5.4. A abordagem direta do *Consumer's Privacy Right Act* sobre as *dark patterns*

Enquanto a DETOUR espera apreciação do Congresso norte-americano, em âmbito estadual, mais especificamente no estado da Califórnia, o movimento legislativo de regular as *dark patterns* está em andamento. A partir de 1º de janeiro de 2023, com a entrada em vigor do "Consumer's Privacy Right Act" (CPRA), alguns tipos de *dark patterns* estarão proibidos. De acordo com o procurador geral do estado, a aprovação do CPRA coloca a Califórnia na vanguarda da proteção da privacidade em ambiente digital, pois, em suas palavras:

Elimina ainda mais obstáculos para capacitar os consumidores a exercer seus direitos sob a Lei de Privacidade do Consumidor da Califórnia. Essas proteções garantem que os consumidores não sejam confundidos ou enganados ao buscar exercer seus direitos de privacidade de dados.

(...)

Proíbe as empresas de sobrecarregar os consumidores com linguagem confusa ou etapas desnecessárias, como forçá-los a clicar em várias telas ou ouvir as razões pelas quais eles não devem optar por não participar.³⁰⁶

³⁰⁵ Livremente traduzido de: SEC. 3. UNFAIR AND DECEPTIVE ACTS AND PRACTICES RELATING TO THE MANIPULATION OF USER INTERFACES. (b) DUTIES OF LARGE ON-LINE OPERATORS.—Any large on-line operator that engages in any form of behavioral or psychological experiment, research, or study based on the activity or data of its users shall— "(2) state on its on-line platform and readily accessible to a user through its user interface, any behavioral or psychological experiment, research, or study whose purpose is to increase user engagement with the on-line service or to encourage users to take any action to convert such users into purchasers of any additional product or service offered by such on-line service" Disponível em <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/8975/text?r=9&s=1> Acesso em 19.04.2022.

³⁰⁶ Tradução livre de: "California is at the cutting edge of privacy protection, and this newest approval by OAL clears even more hurdles in empowering consumers to exercise their rights under the California Consumer Privacy Act," said Attorney General Becerra. "These protections ensure that consumers will not be confused or misled when seeking to exercise their data privacy rights. The regulations include an eye-catching Privacy Options icon that guides consumers to where they can opt-out of the sale of their personal information." Disponível em: <https://oag.ca.gov/news/press-releases/attorney-general-becerra-announces-approval-additional-regulations-empower-data>. Acesso em 22 mar. 2022.

A definição dos tipos de *dark patterns* que estarão proibidos pela CPRA será dada em regulamentação posterior, a cargo da nova agência de proteção de privacidade da Califórnia (CPPA).³⁰⁷ O regulamento foi colocado em consulta pública, entre os meses de setembro e outubro de 2021, e reuniu mais de 70 submissões.³⁰⁸ Dentre os itens relacionados para comentários do público, destacam-se as *dark patterns*.³⁰⁹

O conceito inicial de *dark patterns* é: "a interface do usuário concebida ou manipulada com o efeito substancial de subverter ou prejudicar a autonomia, a tomada de decisões ou a escolha do usuário, tal como definido em maior pormenor pela regulamentação" (Simonite, 2021). Do resumo dos comentários é possível extrair que não existe consenso em relação à amplitude da definição de *dark patterns*.

Alguns representantes da indústria pregam por uma definição mais restrita, que se mantenha no campo do design de interface de usuário. De outra parte, há os que defendem uma definição capaz de ultrapassar questões relacionadas aos vícios de consentimento.³¹⁰ A complexidade do tema ficou evidente também a partir das sessões de audiências públicas. Pesquisadores ouvidos recomendaram a contratação, pela CPPA, de profissionais com a expertise necessária para avaliar e medir o impacto advindo do "design manipulativo".³¹¹

2.5.5. A movimentação no continente europeu - o guideline da EDPB e o gradual avanço do *Digital Services Act*

Passando para o continente europeu, as *dark patterns* foram inseridas na proposta do novo regulamento "Digital Services Act" (DSA), que substituirá a Diretiva 2000/31/CE.³¹² A transformação digital e a crescente utilização dos

³⁰⁷ Ver em: <<https://iap.org/news/a/cpra-regulations-delayed-past-july-1-deadline-expected-q3-or-q4/>>. Acesso em 19 abr. 2022.

³⁰⁸ Ver nota para consulta pública em https://cppa.ca.gov/regulations/pdf/invitation_for_comments.pdf Acesso em 19.04.2022.

³⁰⁹ Os temas propostos foram: (i) Auditorias de cibersegurança e Avaliações de Risco Realizadas pelas Empresas; (ii) Decisões automatizadas; (iii) Auditorias a serem realizadas pela agência (CPPA); (iv) Direitos do consumidor; (v) Direitos de *opt-out* da venda de informações pessoais; e (vi) novas definições ou atualizações de definições, incluindo *dark patterns*. Disponível em: <https://cppa.ca.gov/regulations/pdf/invitation_for_comments.pdf>. Acesso em 19 abr. 2022.

³¹⁰ Ver mais em: <<https://www.jdsupra.com/legalnews/cppa-releases-public-comments-for-cpra-2894613/>>. Acesso em 19 abr.2022.

³¹¹ Disponível em: <<https://www.jdsupra.com/legalnews/california-privacy-protection-agency-3219210/>>. Acesso em 19 abr. 2022.

³¹² Ver nota 30.

chamados serviços intermediários³¹³ representam novos riscos e desafios para os usuários, empresas e sociedade como um todo (Cons. 1).³¹⁴ Como já mencionado anteriormente, na segunda versão do texto do das, proveniente das alterações aprovadas pelo Parlamento Europeu, em 20 de janeiro de 2022, as *dark patterns* são contempladas em dois considerandos (*recitals*) e em um artigo.

O considerando 39 (a) estabelece a autonomia e a informação dos usuários como valores que devem orientar o processo de tomada de decisão, em especial no que se refere ao aceite de termos de uso, de políticas de privacidade e práticas de publicidade:

Os destinatários de um serviço devem poder tomar decisões ou escolhas livres, autônomas e informadas ao usar um serviço e os prestadores de serviços intermediários não devem usar nenhum meio, inclusive por meio de sua interface, para distorcer ou prejudicar essa tomada de decisão. Em particular, os destinatários do serviço devem ter poderes para tomar tal decisão, entre outros, com relação à aceitação e alterações nos termos e condições, práticas de publicidade, privacidade e outras configurações, sistemas de recomendação ao interagir com serviços intermediários.

Na mesma direção, alerta para o uso indevido de *dark patterns* na condução das decisões dos usuários que tenham potencial para enganá-los e levá-los a compras ou a revelações de informações pessoais que não fariam em situações mais neutras:

No entanto, certas práticas normalmente exploram vieses cognitivos e levam os destinatários do serviço a comprar bens e serviços que não desejam ou a revelar informações pessoais que

³¹³ Os serviços intermediários regulados pelo DSA incluem provedores de acesso, registradores de nome de domínio, provedores de hospedagem e de serviços de nuvem, motores de busca, plataformas on-line que reúnem "market-places", lojas de aplicativos, plataformas de redes sociais, plataformas de economia colaborativa. Ver mais sobre o DSA em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_2545>. Acesso em 23 abr. 2022.

³¹⁴ Considerando (1) "Os serviços da sociedade da informação e, especialmente, os serviços intermediários tornaram-se uma parte importante da economia da União e da vida quotidiana dos seus cidadãos. Vinte anos após a adoção do quadro jurídico existente aplicável a esses serviços, estabelecido na Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho²⁵, serviços e modelos de negócio novos e inovadores, como as redes sociais e os mercados em linha, permitiram aos utilizadores profissionais e aos consumidores transmitir e aceder a informações e efetuar transações de formas inéditas *e inovadoras, transformando os seus hábitos de comunicação e consumo e os modelos comerciais*. Atualmente, a maioria dos cidadãos da União utiliza esses serviços diariamente. No entanto, a transformação digital e a utilização crescente desses serviços resultaram igualmente em novos riscos e desafios, tanto para os utilizadores individuais *e as empresas* como para a sociedade no seu conjunto." Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_PT.html Acesso em: 20 abr. 2022.

preferiram não divulgar. Por conseguinte, os prestadores de serviços intermediários devem ser proibidos de enganar ou incitar os destinatários do serviço e de distorcer ou prejudicar a autonomia, a tomada de decisões ou a escolha dos destinatários do serviço através da estrutura, concepção ou funcionalidades de uma interface em linha ou de um parte dele ("**dark patterns**"). (grifos nossos).

A ideia de se evitar o benefício para a empresa em prejuízo para o usuário também está presente. O destaque visual na opção mais benéfica para o provedor de serviços é um tipo de *dark patterns* recorrente nas taxonomias já mencionadas (Brignull, 2010; Luguri & Strahilevitz, 2021; Mathur et al., 2021):

Isso deve incluir, mas não se limitar a, escolhas de design exploratórias para direcionar o destinatário a ações que beneficiem o provedor de serviços intermediários, mas que podem não ser do interesse dos destinatários, apresentando escolhas de maneira não neutra, como dando mais destaque visual a uma opção de consentimento, solicitando ou incitando repetidamente o destinatário a tomar uma decisão, como tornar o procedimento de cancelamento de um serviço significativamente mais complicado do que se inscrever nele.

Contudo, observa-se a intenção de preservação da interação e comunicação entre provedores de serviços e usuários. Ressalta-se, sobretudo, a permissão para que o provedor de serviços volte a entrar em contato com um usuário que já tenha rejeitado o consentimento para determinado tratamento de dados pessoais, o que vai exigir uma harmonização com o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD / GDPR):

No entanto, as regras que impedem "**dark patterns**" não devem ser entendidas como impedimento para que os provedores interajam diretamente com os usuários e ofereçam serviços novos ou adicionais a eles. Em particular, deve ser possível abordar um usuário novamente em um prazo razoável, mesmo que o usuário tenha negado o consentimento para fins específicos de processamento de dados, de acordo com o Regulamento (UE) 2016/679. A Comissão deve ser habilitada a adotar um ato delegado para definir as práticas que podem ser consideradas "**dark patterns**". (grifos nossos).

Do considerando 39, se extrai que ficará a cargo da Comissão Europeia a adoção de um ato delegado para a definição das práticas que serão consideradas *dark patterns*. Por sua vez, o considerando 62 (a) aborda a personalização da forma como as informações e o conteúdo de maneira geral são apresentados pelo provedor

de serviços aos usuários. A recomendação é de que seja dada ao usuário a opção de não ser impactado por sistemas de recomendação com base em *profiling*:

Uma parte essencial do negócio de uma grande plataforma online é a forma como a informação é priorizada e apresentada na sua interface para facilitar e otimizar o acesso à informação por parte dos destinatários do serviço. Isso é feito, por exemplo, sugerindo, classificando e priorizando informações de forma algorítmica, distinguindo por meio de texto ou outras representações visuais ou curando informações fornecidas pelos destinatários. Esses sistemas de recomendação podem ter um impacto significativo na capacidade dos destinatários de recuperar e interagir com as informações online.

Muitas vezes, facilitam a pesquisa de conteúdos pertinentes para os destinatários do serviço e contribuem para uma melhor experiência do utilizador. Desempenham igualmente um papel importante na amplificação de determinadas mensagens, na propagação viral da informação e no estímulo do comportamento em linha. Consequentemente, as plataformas online devem permitir que os destinatários decidam se querem ser sujeitos a sistemas de recomendação baseados na definição de perfis e garantir que existe uma opção que não se baseia na definição de perfis. As plataformas online devem ainda assegurar que os destinatários sejam devidamente informados sobre a utilização de sistemas de recomendação e que os destinatários podem influenciar a informação que lhes é apresentada ao fazerem escolhas ativas.

Grandes plataformas online devem implementar medidas técnicas e organizacionais adequadas para garantir que os sistemas de recomendação sejam projetados de maneira amigável ao consumidor e não influenciem o comportamento dos usuários finais por meio de "**dark patterns**". (grifos nossos).

O enquadramento sobre a qualificação dos "grandes" e "muito grandes" prestadores de serviços on-line recai sobre o número de usuários ativos mensalmente: 45 milhões na União Europeia. Com isso, já é evidente que, quanto maior é o prestador, maiores são as exigências em termos de obrigações, transparência e disponibilização de informações.³¹⁵ Segundo a presidente da

³¹⁵ Nesse sentido Artigo 30 (1) "As plataformas em linha de muito grande dimensão que exibam publicidade nas suas interfaces em linha devem compilar e disponibilizar ao público, de forma que se possa pesquisar com ferramentas de fácil acesso, eficazes e fiáveis, através de interfaces de programação de aplicações, um repositório que contenha as informações referidas no n.º 2, até um ano após o anúncio publicitário ter sido exibido pela última vez nas suas interfaces em linha. Devem assegurar que as consultas com vários critérios possam ser efetuadas por anunciante e por todos os pontos de dados presentes no anúncio, o alvo do anúncio e o público que o anunciante pretende atingir. Devem assegurar que o repositório não contenha quaisquer dados pessoais dos destinatários do serviço a quem o anúncio publicitário tenha ou possa ter sido exibido e envidar esforços razoáveis para assegurar que as informações são exatas e completas."

Comissão Europeia, Ursula von der Leyen: "(...) quanto maior o tamanho da plataforma, maiores as responsabilidades."³¹⁶

Além dos considerandos 39 e 62, conforme exposto, o Parlamento Europeu e o Conselho propuseram um artigo inteiramente dedicado a exemplificar o que são práticas proibidas no âmbito do design de interface. Ressalta-se que o texto legal prevê que a Comissão Europeia tem o poder de atualizar a lista de técnicas vedadas trazidas no parágrafo 1^o³¹⁷, conforme se expõe abaixo:

Art. 13-a

Interface de design e organização

1. Os prestadores de serviços intermediários não podem utilizar a estrutura, função ou modo de funcionamento da sua interface online, ou qualquer parte dela, para distorcer ou prejudicar a capacidade dos destinatários dos serviços de efetuarem uma comunicação livre, autônoma e uma decisão ou escolha informada. Em particular, os prestadores de serviços intermediários devem abster-se de:

- (a) Dar maior destaque visual a qualquer uma das opções de consentimento ao solicitar uma decisão ao destinatário do serviço;
- (b) Solicitar repetidamente que um destinatário do serviço consinta com o tratamento de dados, quando tal consentimento tenha sido recusado, nos termos do artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento (UE) 2016/679, independentemente do âmbito ou finalidade desse tratamento, especialmente apresentando um pop-up que interfere na experiência do usuário;
- (c) Instar um destinatário do serviço a alterar uma configuração do serviço após o destinatário já ter feito uma escolha;
- (d) Tornar o procedimento de encerramento de um serviço significativamente mais complicado do que a assinatura; ou
- (e) Solicitar o consentimento sempre que o destinatário do serviço exerça o seu direito de oposição por meios automatizados utilizando especificações técnicas, em conformidade com o

³¹⁶ Traduzido livremente de: "The greater the size, the greater the responsibilities of platforms." No mesmo sentido, no mesmo material, é a fala do Comissário para o mercado interno, Thierry Breton: "O DSA estabelece obrigações claras e harmonizadas para as plataformas - proporcionais à dimensão, impacto e risco." Traduzido livremente de: "The DSA is setting clear, harmonised obligations for platforms – proportionate to size, impact and risk." In.: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_2545. Acesso em 23.04.2022.

³¹⁷ Art. 13-a (2) A Comissão fica habilitada a adotar um ato delegado para atualizar a lista de práticas referidas no n.º 1. Observa-se que o ato delegado é utilizado para complementar ou alterar a legislação da UE.

artigo 21.º, n.º 5, do Regulamento (UE) 2016/679. O presente número não prejudica o Regulamento (UE) 2016/679.³¹⁸

Efetivamente, tanto os considerandos 39 e 62 quanto o artigo 13-a encontram aderência nos tipos de *dark patterns* relacionados no "guideline n.º 03/2022" da EDPB³¹⁹. O ato de solicitar repetidamente que um usuário consinta com um tratamento de dados já recusado (art. 13 (b)), por exemplo, enquadra-se no tipo "sobrecarga de informação", mais especificamente "pedidos repetitivos". Essa situação pode ocorrer quando o usuário opta por fornecer o e-mail para o cadastro em um determinado serviço, e ainda assim o prestador do serviço continuamente solicita que o telefone também seja informado como medida de segurança.³²⁰

Outro exemplo da adequação entre o texto do DSA e o guideline sobre *dark patterns* em mídias sociais é a vedação trazida no considerando 39 com relação a práticas de design que induzam o usuário a escolhas mais benéficas ao prestador de serviços. É o que acontece na modalidade chamada de *stirring*. Segundo o EDPB, trata-se do uso de técnicas que apresentam informações de forma a influenciar o estado emocional do usuário e levá-lo a agir contrariamente à proteção de seus dados (European Data..., 2022, p. 16).

No que se relaciona à insistência por parte do provedor de serviços sobre uma escolha já feita pelo usuário, o "guideline n.º 03/2022" traz uma observação interessante no sentido da desigualdade de estímulos enviados. Na situação em que o usuário opta por não fornecer mais dados pessoais, quando estes, por exemplo, não são obrigatórios, o provedor envia mensagens como "tem certeza que não quer compartilhar sua lista de contatos?" ou "tem certeza que não quer ativar sua localização?" (European Data..., 2022, p. 61).

Porém, na situação em que o usuário oferece todas as informações solicitadas pelo prestador de serviços on-line – inclusive aquelas que não são

³¹⁸ Recordar-se que a versão em análise se refere ao texto aprovado pelo Parlamento Europeu em 22 de janeiro de 2022, em "primeira leitura", com as devidas alterações incorporadas. O próximo passo é a negociação da presente versão pelo Conselho Europeu em face dos Estados Membros.

³¹⁹ Ver nota 19.

³²⁰ Nesse sentido: "In the first step of the sign-up process, users are required to choose between different options for their registration. They can either provide an email address or a phone number. When users choose the email address, the social media provider still tries to convince users to provide the phone number, by declaring that it will be used for account security, without providing alternatives on the data that could be or was already provided by the users. Concretely, several windows pop up throughout the sign-up process with a field for the phone number, along with the explanation "We'll use your [phone] number for account security". Although users can close the window, they get overloaded and give up by providing their phone number" (European Data..., 2022, p. 14)

obrigatórias, mas aumentam sua exposição –, não se nota o mesmo tipo de questionamento. Nesse sentido, ressalta a EDPB:

Ao questionar a sua decisão e, portanto, fazendo-os duvidar dela, o fornecedor dos meios de comunicação social incita os usuários a rever e divulgar este tipo de dados, tais como o seu sexo, lista de contatos ou imagem. Em contraste, os usuários que optam por introduzir diretamente os dados não vêem qualquer mensagem pedindo para reconsiderar a sua escolha (European Data..., 2022, p. 18).³²¹

Por fim, a prática proibida de dificultar a saída ou o cancelamento do usuário de um serviço, conforme o texto proposto para o art.13-a (c), encontra especificação na taxonomia da EDPB como "sem saída" (European Data..., 2022, p. 21). Como exemplo, toma-se o consentimento dado pelo usuário para receber notificações de propaganda. Uma vez fornecido o consentimento, por mais que o prestador de serviços tenha informado que o usuário pode alterá-lo a qualquer momento, sua concretização é extremamente trabalhosa.

Como se depreende dos recentes avanços em termos de circunscrever e normatizar as *dark patterns*, tanto em âmbito legislativo quanto regulatório, nos Estados Unidos e na União Europeia, fica evidente a preocupação com a disseminação das práticas já descritas. No entanto, a tendência é que outras práticas, ainda mais difíceis de serem reveladas, apareçam e sejam incorporadas por designers de interface de usuário, prestadores de serviços em ambiente digital e por anunciantes.

É nesse sentido que se desenvolve o conjunto de tecnologias avançadas que Kotler et al. (2021, p. 117) chamam de "next tech", cujo objetivo consiste em replicar as competências humanas para promover e intensificar o marketing dos próximos tempos. Esse empoderamento das atividades de marketing passa pela forma como as empresas interagem com seus consumidores. Como consequência natural, as técnicas de influência baseadas em *dark patterns* também tendem a evoluir.

³²¹ Traduzido livremente de: "During the sign-up process, users who click on the "skip" buttons to avoid entering certain kind of data are shown a pop-up window asking "Are you sure?" By questioning their decision and therefore making them doubt it, social media provider incites users to review it and disclose these kinds of data, such as their gender, contact list or picture. In contrast, users who choose to directly enter the data do not see any message asking to reconsider their choice" (European Data..., 2022, p. 18).

Portanto, é importante que perspectivas diferentes das descritivas sejam incluídas na reflexão sobre *dark patterns*. Buscam-se, assim, lentes que apontem para uma visão mais ampla e que revelem uma "linguagem comum para discutir as práticas problemáticas" (Mathur et al., 2021, p. 13). É o que propõem Mathur et al. (2021), como se verá a seguir.

2.6. Além da descrição das *dark patterns*

Descrever os tipos de *dark patterns* encontrados em ambiente digital e identificar seus campos de incidência é tão relevante quanto apontar motivos pelos quais o tema é digno de estudo e preocupação. A proposta de Mathur et al. (2021) é de afastamento do teor descritivo, para que se enxergue um quadro mais amplo acerca do uso de práticas de legitimidade duvidosa para o relacionamento com o usuário.

São quatro perspectivas que contribuem para a reflexão de base do presente trabalho, que parte da hipótese de hipossuficiência do consumidor no ambiente digital, e se prestam à discussão sobre a suficiência dos limites postos pelo Código de Defesa do Consumidor, em especial pelos artigos que tratam dos direitos do consumidor, da vedação da propaganda enganosa e da proibição das práticas abusivas. Não se pode, ainda, esquecer do contraponto contido na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, Lei nº 13.874/2019, que combate a restrição sobre o exercício das atividades de publicidade e propaganda (art. 4º, VIII).³²²

A primeira perspectiva é o bem-estar individual. As *dark patterns*, ao atuarem modificando a arquitetura de escolha do usuário, agem em benefício próprio, seja do anunciante, seja do provedor de serviços on-line, e em detrimento do que é mais vantajoso para o usuário. Como consequência direta, estão as perdas financeiras que resultam da exposição do consumidor a práticas como inserir clandestinamente no carrinho produtos e serviços não solicitados, anúncios disfarçados e contratação involuntária de serviços por assinatura (Mathur et al., 2021, p. 13).

³²² Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal.

As questões relacionadas à invasão de privacidade dos usuários também são contempladas pelos autores na lente do bem-estar individual. A garantia constitucional do direito à privacidade e à proteção de dados torna esse ponto bastante evidente. Na mesma direção, com impactos negativos no bem-estar de cada um, os autores citam o esforço cognitivo realizado para lidar com práticas que fazem com que o usuário desperdice desnecessariamente atenção, energia e tempo (Mathur, 2021, p. 14).

No entanto, essa primeira vertente para a reflexão sobre as *dark patterns* é de difícil sustentação, pois incapaz de apresentar um padrão comum de prejuízo ao bem-estar individual de cada usuário. Os próprios autores fazem referência ao fato de que as atividades de marketing envolvem a tentativa de moldar preferências de consumidores. Logo, por esse motivo, buscar embasamento, a partir da experiência pessoal, sobre os efeitos das *dark patterns* no bem-estar individual para distinguir práticas legitimamente aceitas das que merecem sanção seria inócuo.

A segunda perspectiva é o bem-estar comum, em que, ao contrário dos impactos negativos suscitados pelas *dark patterns* em nível individual, elas ampliam o prejuízo para o nível da coletividade. Concorrência, preços transparentes para o consumidor (sem custos ocultos), confiança no mercado e efeitos não antecipados pelos desenvolvedores de serviços³²³ são os elementos mobilizados pelos autores para justificar a necessidade de normatização das *dark patterns* do ponto de vista coletivo.

Segundo os autores, a lente coletiva foi pouco explorada na literatura, à exceção de trabalhos que argumentam a favor do banimento de práticas de manipulação de usuários em ambiente digital por serem anticompetitivas (Day et al., 2020). Um caso emblemático de prejuízo coletivo no emprego de *dark patterns* diz respeito às formas de obstrução usadas pela Microsoft para impedir que os usuários desinstalassem o navegador Internet Explorer e outros programas dentro do seu produto Windows 98 (Mathur et al., 2021, p. 16).

Nesse sentido, a agência governamental do Reino Unido para assuntos de concorrência e mercados, Competition and Markets Authority (CMA), promoveu a discussão acerca de como o design em ambiente digital pode prejudicar a concorrência e os consumidores. As *dark patterns* foram estudadas dentro de um

³²³ Como, por exemplo, a relação Facebook – Cambridge Analytica nas eleições de Donald Trump.

contexto mais amplo de arquitetura de escolha on-line e de sua potencial relação com o enfraquecimento ou distorção da concorrência.³²⁴

A terceira lente trazida por Mathur et al. (2021) é a da regulamentação, que enxerga as *dark patterns* ora como violadoras da legislação em vigor, ora como carentes de regras específicas para combatê-las. Essa lente já foi abordada anteriormente, tanto em relação aos últimos movimentos das instituições FTC e EDPB e à aproximação inicial ao tema quanto por meio dos casos concretos, por parte do CONAR e do MPF, no Brasil.

A quarta e última perspectiva é a mais mencionada na literatura de *dark patterns*, embora também seja a que envolve mais complexidade, pois está relacionada a uma visão idealizada do ser humano. Essa visão é repetida pela doutrina econômica tradicional, que vê o Homem como um ser racional. Trata-se da autonomia:

A perspectiva da autonomia é atraente porque capta muitas das preocupações articuladas em definições anteriores de "dark patterns", bem como nas taxonomias. Uma desvantagem da perspectiva da autonomia é sua amplitude, ao ser relacionada a todas as interfaces que interferem na tomada de decisões, independentemente de o resultado dessa decisão beneficiar o indivíduo ou a sociedade. Outro desafio é que a perspectiva da autonomia depende de uma versão da ação humana que não tem em conta as realidades vividas, em que as decisões são tomadas com informação limitada e recursos escassos para deliberação. Ainda outro desafio é o limite: como distinguir entre os permissíveis encargos sobre a autonomia (por exemplo, publicidade persuasiva que altera o comportamento) de dark patterns que violam a autonomia? E, em relação a isso, como podemos medir se e até que ponto uma interface de usuário viola a autonomia individual? (Mathur et al., 2021, p. 19)

Isso, novamente, equivale a perguntar qual é o limite entre a influência legalmente desenvolvida pelas atividades de marketing consideradas de maneira ampla, incluindo a publicidade, e a manipulação deliberada que se utiliza da ignorância do consumidor e do titular de dados pessoais. Nesse sentido:

Os atores legais precisam tomar decisões difíceis sobre onde está a linha precisa entre persuasão e manipulação, e sobre qual

³²⁴ Conforme conclusão do relatório "Arquitetura de Escolhas On-line: como design digital pode prejudicar concorrência e consumidores": "OCA can weaken or distort competition by incentivising businesses to compete on attributes and invest into innovation that does not benefit consumers. OCA can help businesses maintain, leverage and exploit market power by making it easier to retain customers or redirect them within digital ecosystems" (CMA, 2022, p. 24).

conduta é enganosa o suficiente para eliminar o que poderia ser tido como direitos constitucionalmente protegidos na seara das relações comerciais. (Luguri & Strahilevitz, 2021, p. 46)

À vista das discussões travadas até agora, tanto na literatura acadêmica quanto em termos de propostas de ordem legislativa e regulatória sobre as *dark patterns*, observa-se que circunscrever as práticas dentro do binômio proibido–permitido é tarefa complexa, uma vez que envolve questões objetivas e mais corriqueiras, como os "anúncios disfarçados" que ferem o princípio da identificação publicitária (art. 36, CDC)³²⁵, e também questões mais herméticas, como as práticas que afetam a escolha do consumidor por meio de suas emoções (*stirring*, de acordo com a EDPB) (European Data..., 2022, p. 16).

Em conclusão parcial acerca da legalidade das *dark patterns* em face do ordenamento jurídico pátrio no que se relaciona ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei Geral de Proteção de Dados, acredita-se que as categorias já identificadas demonstram, em grande medida, sua contrariedade à legislação. Porém, ao lado da contínua verificação de enquadramento dos diferentes tipos de *dark patterns* existentes e vindouros, futuramente encontrados nos casos concretos, se faz necessária uma medida de proteção mais ampla para o consumidor em ambiente digital.

Nesse sentido, a hipótese de hipossuficiência do consumidor em ambiente digital diante de práticas comerciais pode operar em um patamar de proteção mais elevado. Tal proteção constitucional se relaciona à construção de uma sociedade mais justa.³²⁶

Identificar as *dark patterns* com a publicidade em ambiente digital é possível, e os instrumentos legais existem. Da mesma forma, é possível verificar a relação problemática entre as *dark patterns* e as questões mais evidentes (e já mencionadas) em termos de proteção de dados pessoais, como a eventual violação dos princípios e dos contornos do consentimento. Para dar um passo além, é preciso ampliar o debate para que se ultrapasse o que é visível aos olhos tanto do consumidor quanto da comunidade jurídica.

³²⁵ Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

³²⁶ Art. 3º, I, CF.

É o que se passa a fazer em seguida. As estratégias de publicidade em ambiente digital e o uso das *dark patterns* se inserem em um contexto mais amplo representado pela jornada do consumidor.

3. A Jornada do consumidor

3.1. Uma narrativa do relacionamento entre consumidores e fornecedores

Conforme já exposto na introdução do presente trabalho, o marketing desempenha a função de estabelecer, alimentar e manter o elo entre fornecedores e consumidores. É também o núcleo a partir do qual irradia o conjunto de atividades de tratamento de dados pessoais dos titulares inseridos nas relações de consumo. Nesse contexto, encontra-se a jornada do consumidor, caracterizada pelo conjunto dos pontos de encontro entre as partes.

Dito de outra maneira, a jornada de consumo é a narrativa que se desenrola à medida que o consumidor se relaciona com os fornecedores. O relacionamento se dá por intermédio de tudo o que envolve a comunicação da marca com o mercado.³²⁷ A narrativa é entremeada pelos dados pessoais dos consumidores que, de modo contínuo, alimentam suas representações, seus perfis de consumo.

A cada ponto de contato, coexistem duas oportunidades do ponto de vista do fornecedor: influenciar o consumidor e extrair informações sobre o seu comportamento. A resposta que se obtém de cada ação desenhada para que a influência aconteça se transforma imediatamente em aprendizado sobre o consumidor. Esse aprendizado é o insumo para que as empresas trabalhem de acordo com a dinâmica da personalização. Elas partem do princípio de que pessoas diferentes querem coisas diferentes, e buscam maximizar o resultado das transações pela entrega do "produto, serviço ou conteúdo certo, na hora certa para a pessoa determinada, no momento ideal" (Marques & Mucelin, 2021, s.p).

Na jornada de consumo, estímulos e respostas andam juntos e se retroalimentam em tempo real.³²⁸ Trata-se de um modelo de negócios que exige uma temporalidade 24/7 para existir, que se encaixa, de acordo com Crary (2016,

³²⁷ A comunicação da marca com o mercado acontece por meio das estratégias de comunicação de marketing, que envolvem uma variedade de ferramentas e funções como publicidade, relações públicas, promoção de vendas, marketing direto, marketing em ambiente digital, eventos e patrocínios, embalagens e ações em pontos de vendas. Em um universo em constante modificação, a marca é o que permanece estável, é a âncora para "pensamento, sentimentos e experiências com produtos ou organizações" (Moriarty et al., 2018, p. 9).

³²⁸ Nesse sentido, Kotler et al. (2021, p. 237) chamam a atenção para a necessidade de reação rápida quanto às mudanças no comportamento do consumidor: "As empresas precisam monitorar e reagir às novas tendências e às mudanças no comportamento do consumidor. Novas versões dos produtos se sucedem rapidamente, já que a janela de lucratividade destes é restrita."

n.p.), "no mundo repensado como um local de trabalho ininterrupto ou um shopping center de escolhas, tarefas, seleções e digressões infinitas, aberto o tempo todo."

O conceito de jornada de consumo ou jornada do consumidor é uma ampliação do estudo do processo de decisão de compra no qual o fornecedor acompanha e avalia as etapas pelas quais passa o consumidor. Tradicionalmente, as fases da tomada de decisão descritas na literatura de marketing contemplavam cinco estágios: (i) reconhecimento da necessidade; (ii) busca por informações; (iii) avaliação das alternativas; (iv) decisão de compra; e (v) comportamento pós-compra. Atualmente, duas novas etapas foram incluídas na jornada e passaram a ser exploradas pelas empresas, quais sejam, advogar a favor da marca (embaixadores de marca) e estabelecer vínculos duradouros (Kotler, 2014, p. 164; Edelman, 2010).

Para Kotler (2014, p. 167), a análise do processo de decisão de compra é a forma que os profissionais de marketing têm para direcionar a vontade dos consumidores:

Ao estudar o processo geral de decisão do comprador, os profissionais de marketing podem encontrar maneiras de ajudar os consumidores a percorrê-lo. Por exemplo, se os consumidores não estão comprando um novo produto porque não sentem necessidade dele, o marketing pode lançar mensagens publicitárias que acionem a necessidade e mostrem como o produto soluciona o problema dos clientes. Se os clientes conhecem o produto e não o estão comprando porque possuem atitudes desfavoráveis a ele, os profissionais de marketing devem encontrar meios de mudar o produto ou as percepções do consumidor.

Com efeito, percebe-se que o processo de compra ultrapassa o momento pontual do desembolso (de dinheiro, de dados pessoais ou de atenção), seja naquilo que é antecedente, seja naquilo que é posterior. Em todas as etapas, há chance de estabelecer contato com o consumidor com o objetivo de influenciá-lo na direção da concretização da ação desejada pelo fornecedor. Nesse sentido, entender todos os instantes do processo, conseguir interferir e direcionar o consumidor para que conclua a compra segundo o interesse da empresa é o que move a atividade do marketing de maneira ampla.³²⁹

³²⁹ Nesse sentido: "As empresas também precisam rastrear mudanças no comportamento do consumidor, que se refletem no tráfego e nas transações. Elas podem acompanhar a jornada do cliente em seu site e analisar em tempo real as compras de e-commerce. Nas empresas com ativos físicos, os dados mais comumente avaliados são os do ponto de venda (PDV) quando uma unidade de controle de estoque (SKU) específica vem ganhando impulso no mercado. Usando etiquetas

Nem o conceito mais antigo de processo decisório nem o mais contemporâneo de jornada de consumo se referem com exclusividade ao ambiente digital. No entanto, é na esfera on-line ou, pelo menos, na interseção do digital com o físico, que os consumidores vêm gradativamente intensificando a realização de suas decisões de compra (CMA, 2022).

Ainda que, em muitos segmentos da indústria, a jornada de consumo não se dê on-line em sua totalidade³³⁰, a conjugação de pontos de contato "on e off" ocorre com frequência. De acordo com Bruno Miragem & Claudia Lima Marques (2020, p. 16), é justamente esse cruzamento de ambientes digitais e analógicos, junto com a integração de produtos e serviços conectados à internet, que forma os serviços simbióticos. Essa nova configuração de oferta caracteriza o consumo digital, marcado pela onipresença e pela atemporalidade em um mercado sem barreiras (Marques & Mucelin, 2021).

Ademais, a nova concepção de jornada de consumo, como se fosse o próprio produto a ser desenvolvido e gerenciado, se adequa à mudança de paradigma traçada por Bruno Miragem & Cláudia Lima Marques (2020). Os autores, junto com Guilherme Mucelin (Marques & Mucelin, 2021), indicam que é justamente na transição do consumo estático de produtos e serviços para os produtos e serviços integrados que surge o mercado de consumo 'omnipresente'³³¹. Também chamado de simbiótico,

é a interação constante entre digital e o analógico, do consumidor pessoa natural com o consumidor-perfil-titular dos dados, de serviços/produtos inteligentes e dos modos omnichannel de contratação, cujos reflexos se farão sentir nas relações de consumo e nos direitos dos consumidores (Marques & Mucelin, 2021, n.p.).

RFID nos produtos, as empresas podem obter um retrato melhor da jornada pré-compra do cliente. Os varejistas podem avaliar, por exemplo, quanto tempo o cliente leva para tomar a decisão antes de comprar um produto e a jornada que ele segue até esse produto chegar ao caixa" (Kotler et al., 2021, p. 241).

³³⁰ Em alguns setores, a digitalização da jornada acontece na pré-compra, como na pesquisa para o aluguel de imóvel na plataforma AirBnB, e no pós-compra, na avaliação da "experiência".

³³¹ "Nossa tese aqui é que estamos frente a uma mudança de paradigma de um consumo de 'produtos' ou 'serviços' estático, para um consumo de produtos-serviços simbióticos no tempo, cujo objetivo geral é a função realizada pelo conjunto simbiótico do produto-inteligente ou do produto 'servicizado' (vendido como serviço), do serviço implantado (app) ou realizado pelo hard ware, que agora não é mais offline ou online e sim sempre com uso dos dados online (perfil) e opção online e analógica-offline em um continuum perfil-simbiótico, que denominaremos então de mercado de consumo 'omnipresente' ou simbiótico" (Marques & Mucelin, 2021, n.p.).

Nesses espaços, os consumidores encontram uma grande variedade de informações sobre produtos e serviços, além de sistemas de recomendação personalizados na medida de seus perfis. Assim, os dados pessoais se integram à concepção de jornada como elo de ligação entre as etapas pelas quais o consumidor transita. O resultado é a hiperpersonalização baseada no tratamento dos dados pessoais, tamanho o volume de dados que podem ser tratados no ambiente digital. Trata-se de um aprofundamento do conceito de personalização, que se aproveita dos dados pessoais para finalidades que ultrapassam o desenvolvimento e a entrega da tríade "produto (serviço ou conteúdo) certo, *timing* certo, pessoa certa" (Marques & Mucelin, 2021, n.p.). Gera-se, então, um diferencial competitivo para as organizações que operam nesse modelo, algo semelhante ao que Shoshana Zuboff (2020) nomeou de "superávit comportamental" (tema que será tratado no tópico 3.3).

A hiperpersonalização é consequência direta de dois fenômenos já abordados no presente trabalho. O primeiro é a hiperconexão, que viabiliza o contato contínuo do consumidor com o fornecedor, e o decorrente tratamento de dados pessoais (também contínuo). O segundo é o *sensor fusion*, que possibilita a combinação de variáveis que revelam informações muito mais complexas do que o esperado. Nesse sentido, a jornada de consumo é estruturada de acordo com uma arquitetura de escolha que potencializa a (hiper)personalização, bem como a vulnerabilidade do consumidor, como se verá a seguir.

3.2. Jornada de consumo e arquitetura de escolha

A transição de processo de decisão de compra para jornada de consumo se deu a partir do entendimento de que o caminho percorrido pelos consumidores não é linear nem ordenado. Eles pulam ou invertem etapas, voltam atrás em decisões já tomadas, alternam entre ir aos estabelecimentos e realizar ações em ambiente digital. Sistemáticamente, incluem e excluem marcas sob sua consideração em uma fase de avaliação que pode estender-se até que a decisão final seja tomada.

Cabe às empresas acompanhar as mudanças de percurso, oferecendo respostas mais rápidas do que a concorrência. Sendo assim, é preciso que estímulos e controles sejam estabelecidos para manter o consumidor na trilha que o conduz em direção ao resultado pretendido pelo fornecedor. Esses controles e estímulos

fazem parte das ações de marketing que integram a forma como as empresas desenham suas interações com seus consumidores.

Desse modo, pode-se afirmar que a noção de arquitetura de escolha³³² se insere na jornada de consumo e é impulsionada pelo fato de que, no ambiente digital, a interatividade entre marcas e consumidores pode ser minuciosamente desenhada e controlada. A questão é que a arquitetura de escolha, quando revestida por *dark patterns*, torna algumas etapas da jornada de consumo concretamente contrárias à legislação vigente, conforme já abordado anteriormente.

No entanto, pensar a jornada do consumidor a partir da lente da arquitetura de escolha é relevante não só para levantar o véu da legitimidade das ações de marketing que se desencadeiam por meio dos estímulos e controles mobilizados pelas marcas, mas também para abordar o tema de maneira mais abrangente. Pode-se afirmar que a jornada apresenta uma abusividade inerente ao próprio conceito, no sentido de criar e gerenciar o caminho do consumidor, lançando mão de ferramentas muitas vezes imperceptíveis ao homem comum.

Nesse ponto, é importante ressaltar que a vulnerabilidade intrínseca à figura do consumidor potencializa os efeitos provenientes da arquitetura de escolha quando inserida na jornada de consumo (Johnson, 2021, p. 251).³³³ Isso ocorre, sobretudo, quando se está diante daqueles cuja vulnerabilidade está agravada³³⁴, ainda que momentaneamente, e que se configuram em alvos a serem perseguidos por empresas que constroem jornadas visando justamente esse tipo de público. Um exemplo é relatado por Cathy O'Neil (2021) em seu livro *Algoritmos de destruição em massa* ao revelar o perfil buscado por determinada instituição de ensino superior norte-americana.

A instituição foi acusada de, por meio de técnicas de marketing digital, focar em:

Mãe no seguro desemprego com filhos. Moças grávidas. Recém-divorciada. Baixa autoestima. Emprego de baixa renda. Passou por perda recente na família. Tenha sofrido maus-tratos físicos ou psicológicos. Prisão recente. Em recuperação por uso de

³³² Conceito desenvolvido por Thaler e Sunstein no livro *Nudge* que significa a forma como as escolhas são apresentadas às pessoas e como essas escolhas podem ser manipuladas sem que os destinatários tenham consciência.

³³³ Observa-se que a ideia de arquitetura de escolha não é necessariamente negativa, podendo ser usada para o bem-estar do consumidor.

³³⁴ Conforme Bruno Miragem (2016, p. 131-141), a vulnerabilidade agravada se apresenta em especial na criança, no idoso, no deficiente, no analfabeto.

drogas. Trabalho sem perspectivas, sem futuro (O’Neil, 2021, p. 70).

Para que o consumidor ingresse e permaneça na trilha traçada para ele, um conjunto de ações ocorrerão de maneira orquestrada, em que os estímulos são realizados com base em um sofisticado conjunto de dados. A arquitetura de escolha, ao mobilizar o modo como as opções são apresentadas, o teor do conteúdo da informação que é oferecido e a técnica de persuasão que é utilizada, pretende assumir a direção da atenção do consumidor.

Por um momento, a literatura de marketing apontou que, na internet, a quantidade de informações à disposição deixaria o público-alvo mais hábil no uso dos instrumentos de pesquisa e, portanto, mais resistente às ações de persuasão. A reação do mercado empresarial a este consumidor supostamente mais bem informado e menos obediente veio na forma de investimento em uso intensivo de dados, com o objetivo de “recobrar o controle”.³³⁵ Para tanto, as empresas buscam se antecipar aos movimentos dos consumidores se posicionando ao longo da jornada de consumo, combinando estímulos e controles.

Agora, aproveitando as tecnologias, processos e estruturas organizacionais emergentes, as empresas estão restaurando o equilíbrio de poder e criando novo valor para marcas e compradores. O ponto central dessa mudança é uma nova maneira de pensar: em vez de simplesmente reagir às jornadas que os próprios consumidores planejam, as empresas estão moldando seus caminhos, liderando e não seguindo (Edelman & Singer, 2015, p. 4).

Isso significa dizer que, com o conhecimento adquirido por meio das ferramentas de extração e mineração de dados, as empresas passam a gerenciar a jornada do consumidor como se ela própria fosse um produto ou serviço. Aqui, mais uma vez, fica patente o potencial abusivo da jornada fortalecido pela lógica da arquitetura de escolha. Se a jornada é produto ou serviço, ela se liga ainda mais intensamente à vulnerabilidade técnica do consumidor, que, segundo Bruno

³³⁵ Nesse sentido: "A explosão das tecnologias digitais na última década criou consumidores ‘empoderados’ tão especialistas no uso de ferramentas e informações que podem dar as cartas, caçando o que querem quando querem (...)" (Edelman & Singer), 2015, p. 4).

Miragem (2016), significa a falta de conhecimento especializado sobre o que se adquire ou se utiliza.³³⁶

Na prática, o gerenciamento da jornada passou a envolver processos automatizados, personalização, interação baseada em contexto e inovação contínua. Por um lado, a automação digitaliza e simplifica o contato com a marca, oferecendo conveniência ao consumidor. Por outro, traz o risco de violação dos princípios de proteção de dados pessoais, sobretudo finalidade, adequação e necessidade, além da inerente discriminação em potencial dos processos automatizados que impactam significativamente os direitos dos titulares de dados pessoais (Goulart, 2022, p. 270).

A personalização funciona com base em interações passadas ou em dados disponíveis e representa um acelerador das decisões. A quantidade de dados tratados, de diversos tipos e origens, aumenta a capacidade de influência (e manipulação) por parte dos fornecedores (Marques & Mucelin, 2021). Da mesma forma, dados não pessoais envolvidos nos processos de personalização e usados para a criação de perfis de consumo atraem a necessária observação do artigo 12 § 2º da LGPD.³³⁷

Exemplos de personalização ao longo da jornada de consumo vão desde as recomendações de novos produtos e serviços, incluindo o contato em tempo real e a atuação para moldá-la, até a identificação de um passageiro frequente em uma fila de embarque para oferta de um *upgrade* ou o trabalho com sistemas de monitoramento dentro dos estabelecimentos comerciais para envio de mensagens dirigidas.

Já a interação com base no contexto do consumidor envolve conhecer o local físico ou virtual no qual ele se encontra e interagir com base nas características do ambiente (Edelman & Singer, 2015). Não deixa de ser uma modalidade de personalização, na qual o estímulo para passar de fase dentro da jornada é constante. Um típico caso é ilustrado pela Sephora, que trabalha com ações contextuais

³³⁶ Nesse sentido: "O que determina a vulnerabilidade, neste caso, é a falta de conhecimentos específicos pelo consumidor e, por outro lado, a presunção ou exigência desses conhecimentos pelo fornecedor" (Miragem, 2016, p. 129).

³³⁷ Art. 12 § 2º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.

interativas que envolvem o ambiente on-line e as lojas físicas, oferecendo consultoria e apresentando produtos com base na localização do consumidor.

O consumidor é incentivado a experimentar uma ferramenta de realidade aumentada, chamada *Sephora Visual Artist*, que mostra seu rosto já maquiado com os produtos selecionados. A partir dessa experiência, o consumidor, ao se aproximar de um estabelecimento, passa a receber notificações sobre as ofertas relacionadas, o que pode aumentar a possibilidade de aquisição (Kotler et al., 2021).

Por fim, a inovação contínua é facilitada pela experimentação em ambiente digital, em que testes A/B podem ser conduzidos com baixo custo e resultados velozes: tudo para não abrir espaço para reflexão por parte do consumidor, o que poderia levá-lo de volta ao processo de decisão de compra tradicional, com maior chance de ponderação. Para que a incerteza seja retirada do processo, as empresas se tornam onipresentes em termos de canais (*omnichannel*)³³⁸, de simplicidade (sem fricção) e de velocidade.³³⁹

Essa premissa da velocidade se encaixa com a ideia de Bauman (1999, p. 91) de que, na sociedade de consumo, o consumidor está em permanente movimento, em busca de algo que não é preenchido com a satisfação de uma necessidade em particular:

Para consumidores da sociedade de consumo, estar em movimento - procurar, buscar, não encontrar ainda - não é sinônimo de mal-estar, mas a própria bem-aventurança. Seu tipo de viagem esperançosa faz da chegada uma maldição (Maurice Blanchot notou que a resposta é o azar da pergunta; podemos dizer que a satisfação é o azar do desejo.) Não tanto a avidez de adquirir, de possuir, não o acúmulo da riqueza em seu sentido material, palpável, mas a excitação de uma sensação nova, esse é o jogo do consumidor.

Da mesma forma, é no ambiente on-line que se observa mais intensamente o encurtamento do ciclo de vida dos produtos e serviços. Os gostos e as preferências

³³⁸ Nesse mesmo sentido, Marques & Mucelin (2021, n.p.) também elencam o *omnichannel* dentre as características dos produtos-serviços simbióticos: "Ganha relevância, desta maneira, o conceito de 'omnichannel', que é diretamente relacionada ao novo approach do mercado de consumo que privilegia a maior fluidez possível entre diferentes canais de comunicação e de contratação entre empresas ou marcas e consumidores: 'Em outras palavras, o ideal é que as empresas proporcionem a integração completa entre os mundos virtual e físico'".

³³⁹ Observa-se que *omnichannel* e sem fricção são termos comumente usados pela área de marketing para apresentar benefícios que são simples e convenientes para o consumidor, mas que pretendem, na verdade, cercá-lo para que ele não saia da trilha traçada para ele.

do público-alvo mudam rapidamente, estimulados por novas ofertas colocadas no mercado.³⁴⁰

De outro lado, destaca-se, em especial, o papel da informação e da maneira como é trabalhada, tanto em termos de forma quanto de conteúdo, ao longo da jornada de consumo. Para isso, cabe retomar o valor da informação como peça-chave da economia da atenção, conforme descrito na introdução do presente trabalho. O aumento dos fluxos informacionais e os formatos como são colocados a serviço do marketing exigem que o consumidor empregue sua atenção para realizar aquilo que é traçado para ele em termos de relacionamento com as marcas.

No que se refere à constatação do aumento na quantidade de informações sobre produtos e serviços colocados à disposição do consumidor, ressalta-se que ela se dá em duas vertentes diferentes. Por um lado, o acesso é ampliado em função da internet.³⁴¹ Nesse aspecto, entram dados técnicos, dados sobre o funcionamento dos bens e serviços, além de preço, forma de pagamento e garantia. Pode-se dizer que se trata dos elementos objetivos relacionados à oferta, conforme dispostos no artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor:

A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Porém, em outra vertente, naquilo que diz respeito a informações acerca do processo desenvolvido pelas organizações que envolvem monitoramento, *profiling*

³⁴⁰ O encurtamento do ciclo de vida dos produtos pode ser visto por exemplo na indústria de moda chamada de *fast fashion*: "A Zara trabalha com mais de 10 mil designs diferentes por ano. A empresa monitora as tendências que as celebridades estão usando e os desfiles de moda por todo o mundo. Também analisa as vendas de cada unidade de controle de estoque (SKU, do inglês stock keeping unit) para verificar em tempo real os itens que têm maior demanda, usando rastreamento de identificação por radiofrequência (RFID). Essas informações do mercado orientam equipes descentralizadas de designers sobre os itens a serem criados. O levantamento é feito ao mesmo tempo que o processo de design, o que acelera a produção. Os produtos da Zara também são feitos em lotes pequenos, garantindo um giro de estoque rápido e permitindo que a marca teste a aceitação do mercado antes de se comprometer com um volume maior de produção" (Kotler et al., 2021, p. 236).

³⁴¹ Nesse sentido: "Com a massificação e expansão da conectividade, mobilidade, comércio eletrônico e redes sociais, o consumidor adquire mais ferramentas para fazer valer cada centavo de seus investimentos. Os consumidores exigentes podem acessar uma quantidade infinita de informações, a qualquer hora e em qualquer lugar, o que permite maximizar seus conhecimentos sobre produtos e ofertas disponíveis no mercado" (Leite, 2019). Ver por todos, na doutrina, Kotler et al. (2021).

e direcionamento de propaganda, pode-se dizer que são cada vez mais opacas aos olhos do consumidor. É a famosa *black box society*, tal como definida por Frank Pasquale (2015, p. 19-20), que se coloca como um grande desafio à compreensão de como os dados são usados para a tomada de decisões por parte de empresas e governos.

Nas palavras de Frank Pasquale (2015, p. 20):

Quando clicamos em um anúncio que oferece um desconto, existe provavelmente um programa nos bastidores que calcula quanto pode cobrar desse consumidor, com base na sua localização, no dispositivo que usa (Mac ou PC) ou até mesmo em dados sobre processos judiciais. Não é apenas a NSA (Agência Nacional de Segurança dos EUA) que busca o conhecimento total sobre os nossos dados: esse também é o objetivo das empresas. Elas querem uma infinita variedade de pontos de dados para desenvolver perfis exaustivos. Sobre nós.³⁴²

No marketing, a opacidade está presente desde o monitoramento e a consequente apreensão de dados para formação de perfis até o posterior direcionamento de estímulos comerciais. Isso aponta, novamente, para uma abusividade não mais circunscrita à publicidade ou a determinada prática comercial, nalconçando agora toda a jornada de consumo. Afinal, como afirmam Marques & Miragem (2020, p. 15), "tudo passa a ser (ou é) consumo no meio digital."

Com o objetivo de trazer mais compreensão à hipótese do presente trabalho, que afirma a hipossuficiência do consumidor diante das práticas comerciais em ambiente digital, recorre-se aos conceitos mobilizados por Shoshana Zuboff (2020) em torno da ideia de apropriação da experiência humana como matéria-prima para o capitalismo de vigilância. Como contraponto, se oferece a construção sobre a experiência do consumidor como proposta positiva de satisfazer seus desejos e necessidades.

³⁴² PASQUALE, Frank. (2015). Opt. Cit. P. 20.

3.3. A jornada de consumo, a experiência do consumidor e o capitalismo de vigilância: um breve diálogo entre Philip Kotler³⁴³ e Shoshana Zuboff³⁴⁴

Há, no campo do marketing, uma produção voltada para descrever a experiência do consumidor, no sentido de transformar produtos e serviços em experiências comercializáveis e memoráveis (Pine II & Gilmore, 2019).³⁴⁵ Baseada na crença de que produtos e serviços se tornam cada vez mais parecidos, a criação de experiências é uma forma que as marcas encontraram de se diferenciar da concorrência.³⁴⁶ Segundo Kotler, com a crescente comoditização, o foco da inovação foi transferido para os pontos de contato entre consumidores e empresas. O autor afirma que "as novas maneiras de interagir com o produto passaram a ser mais interessantes do que o produto em si" (Kotler et al., 2021, p. 140).³⁴⁷

Assim, ganha força e sentido a ideia de criação e gerenciamento da jornada de consumo como se fosse o próprio produto. Nesse contexto, os bens e serviços são apenas os veículos usados como fio condutor para que a experiência se desenvolva pelos múltiplos encontros nos quais o consumidor pesquisa, compra, avalia, recomenda e recompra. Na visão de Kotler, a experiência é o "novo jeito de as empresas criarem e entregarem mais valor para o consumidor" (Kotler et al., 2021, p. 141).³⁴⁸

³⁴³ Philip Kotler é professor emérito de marketing da Kellogg School of Management, escreveu mais de 50 livros sobre marketing e é conhecido como "o pai do marketing moderno". Ver mais em: <https://www.kellogg.northwestern.edu/faculty/directory/kotler_philip.aspx#research=page1> Acesso em 22 mai.2022.

³⁴⁴ Shoshana Zuboff é professora emérita da Harvard Business School, autora do livro *A era do capitalismo de vigilância*. Ver mais em: <<https://shoshanazuboff.com/book/shoshana/>> Acesso em 22 mai. 2022.

³⁴⁵ Nesse sentido, a experiência do consumidor é um conceito trabalhado desde 1998 por Pine e Gilmore, que afirmam que o consumidor deseja cada vez menos perder tempo com meros produtos e serviços e que valoriza cada vez mais experiências capazes de engajá-lo de forma memorável.

³⁴⁶ A crença de diferenciação da concorrência é sustentada por pesquisas que afirmam o interesse do consumidor na experiência oferecida pelas empresas: "Um terço dos clientes conectados está disposto a pagar mais por uma CX excepcional, segundo uma pesquisa da Salesforce. Um estudo da PwC também mostrou que quase três em cada quatro clientes dizem que uma ótima CX vai fidelizá-los. E os consumidores pagariam um preço premium de até 16% mais por uma CX melhor" (Kotler et al., 2021, p. 140). No mesmo sentido, o *Wall Street Journal*, em 2018, publicou um artigo com o título "A experiência do consumidor é o principal diferencial competitivo na era digital" (Wladawsky-Berger, 2018).

³⁴⁷ Nesse sentido: "A CX não é apenas uma experiência de compra ou de atendimento ao cliente. Na verdade, a CX começa muito antes da aquisição do produto pelo cliente e continua muito depois. Abrange todos os pontos de contato que o cliente possa vir a ter com o produto: comunicação da marca, experiência no varejo, interação com a equipe de vendas, utilização do produto, assistência técnica e conversas com outros clientes" (Kotler et al., 2021, p. 141).

³⁴⁸ Nesse sentido, é preciso combinar todos os pontos de contato para construir uma experiência "sem descontinuidade, que seja relevante e inesquecível" (Kotler et al., 2021, p. 141).

Em seu livro *Marketing 5.0*, o autor apresenta um modelo teórico chamado de 5 A's que descreve a experiência do consumidor. O objetivo é ensinar aos profissionais de marketing como levar o consumidor da assimilação, quando acontece a exposição às marcas por meio de anúncios ou recomendações, até a apologia, quando – além de comprar, recomprar e recomendar – o consumidor defende a empresa. Nessa trajetória, o consumidor passa pela atração – ao determinar a quais mensagens vai dedicar sua atenção –, pela arguição – ao buscar mais informações sobre o bem ou serviço – e pela ação – ao realizar aquilo que está sendo empurrado a fazer (Kotler et al., 2021, p. 143).³⁴⁹

Cada etapa do modelo é preenchida por atividades de marketing conjugadas com tecnologia que cumprem a função de apresentar os estímulos e controles certos para que o consumidor progrida na jornada. A tecnologia se faz presente naquilo que o autor chamou de marketing 5.0, caracterizado pelo uso intensivo dos dados, pela predição e pela velocidade na satisfação das necessidades e dos desejos do consumidor.³⁵⁰

O que significa essa mudança no coração da atividade (marketing) que faz o elo entre consumidores e fornecedores, conforme exposto no primeiro capítulo do presente trabalho? O que significa a ênfase na experiência, e não no produto ou serviço? O que ela aponta sobre a situação do consumidor em ambiente digital e o quanto impacta sua vulnerabilidade?

Um primeiro olhar revela que o protagonismo da jornada de consumo e a valorização da experiência do consumidor se relacionam diretamente com as engrenagens do capitalismo de vigilância. O chamado marketing 5.0, da forma como foi descrito por Kotler, está plenamente inserido na lógica de uma operação que se vale fortemente de dados pessoais para desenvolver mecanismos capazes de antecipar comportamentos com o objetivo de intervir sobre eles.

³⁴⁹ Existem outros modelos de jornada do cliente descritos na literatura que consideram fases levemente diferentes, como conscientização, consideração, conversão, retenção, apologia (Abe, 2021).

³⁵⁰ Ver nota 493. "O Marketing 5.0 é, por definição, a aplicação de tecnologias que mimetizam o comportamento humano para criar, comunicar, entregar e aumentar o valor ao longo da jornada do cliente. Um dos temas cruciais do Marketing 5.0 é o que chamamos de next tech, um grupo de tecnologias utilizadas para emular as capacidades do profissional de marketing humano. Isso inclui IA, PLN, sensores, robótica, realidade aumentada (RA), realidade virtual (VR), internet das coisas (IoT) e blockchain. Uma combinação dessas tecnologias é o que torna possível o Marketing 5.0" (Kotler et al., 2021, p. 14).

Tal operação encontra correspondência com o conceito de capitalismo de vigilância enunciado por Shoshana Zuboff (2020, n.p.): "uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e vendas".³⁵¹

Na mesma medida em que Kotler et al. (2021) concluem que, contemporaneamente, o patamar possível para a competição no mercado de bens e serviços está na criação da experiência do consumidor, Shoshana Zuboff (2020) indica que o capitalismo de vigilância tem início com um movimento similar ao se estruturar em cima da experiência humana.³⁵² Ambas as lógicas partem do mesmo ponto: a monetização da experiência.

Para ilustrar a mudança de foco, é emblemática a trajetória do Google, pioneiro da nova lógica econômica, que deixou de usar dados dos usuários para fins de melhoria nos seus serviços e investiu em outros usos que garantiram não só o "lucro constante e exponencial", mas sobretudo a posição dominante da empresa (Zuboff, 2020, p. 93). A história é conhecida: a guinada do Google para explorar aquilo que Shoshana Zuboff (2020, p. 93) chamou de "superávit comportamental" inaugurou um novo mercado, com novos produtos desenvolvidos para novos clientes.

Nessa direção, pode-se afirmar que as aproximações entre o marketing e o capitalismo de vigilância começam pelo deslocamento do objeto de comercialização em ambos os contextos. A jornada de consumo ganha contornos de produto e é gerenciada como tal. Ao longo do percurso, os consumidores são impactados por práticas comerciais desenvolvidas a partir do excesso de dados gerados por eles próprios.

³⁵¹ Em sentido semelhante está o conceito de "capitalismo de dados", da autora Sarah Myers West (2017), que afirma ser um sistema baseado na comoditização de dados pessoais alocando assimetricamente o poder nas mãos de atores que têm meios de extrair valor das informações. Da mesma forma, o conceito de capitalismo de vigilância dialoga com as características do "capitalismo de plataforma" de Nick Srnicek (2017).

³⁵² A autora aponta que o Google é o responsável pela inauguração do modelo de capitalismo de vigilância. Segundo ela, isso ocorre com a virada na estratégia do produto Google AdWords em função da exploração do poder preditivo do excesso dos dados comportamentais gerados pela empresa. No mesmo sentido: "Em 2003, só o Google podia extrair superávit de múltiplas atividades de sites e integrar cada incremento de dados em estruturas de dados abrangentes. O Google estava posicionado com exclusividade como detentor da mais avançada ciência da computação referente à conversão de dados em predições sobre quem vai clicar em qual configuração de qual anúncio com base para um resultado final de matching, tudo computado em microfrações de segundos" (Zuboff, 2020, p. 99).

Dito de outra maneira, o superávit comportamental descoberto pelo Google, e adotado por outras empresas, se transformou nos produtos de predição que foram inseridos ao longo da jornada do consumidor, conforme exemplifica Kotler:

No espaço digital as empresas podem rastrear com facilidade a jornada do cliente em diversos sites e mídias sociais. Por isso, **podem prever o próximo movimento do cliente em seus engajamentos digitais.** De posse dessa informação, o profissional de marketing pode, por exemplo, projetar um site dinâmico no qual o conteúdo pode ser alterado de acordo com o público. **À medida que os clientes navegam pelo site, o motor de análise prevê o “próximo melhor conteúdo”, que vai aumentar progressivamente o nível de interesse e aproximar um pouco mais o consumidor do ato de compra.** (Kotler et al., 2021, p. 192, grifos nossos).

Existem inúmeros exemplos de serviços desenvolvidos com base no excesso de dados produzidos pelo consumidor final.³⁵³ Ao anunciante, por exemplo, é oferecida a chance de anunciar no Google Maps, serviço "gratuito" para o usuário, em que ele faz buscas por melhores rotas. Os resultados aparecem em diversos formatos de publicidade, inclusive no chamado anúncio de navegação inserido no caminho traçado pela plataforma. A dinâmica por trás da decisão de exibição dos anúncios é a da mídia programática, que será abordada no próximo capítulo.

O mesmo Google Maps, com base nos dados de localização do usuário, é capaz de exibir estabelecimentos dos seus clientes nas proximidades geográficas que possuem disponibilidade de estoque de produtos especificamente pesquisados. Os serviços de geolocalização disponibilizados pelo Google são anunciados como essenciais para a construção da experiência do consumidor, conforme se extrai dos casos de sucesso relatados no blog da empresa: "O principal desafio para os varejistas de hoje é chegar perto de seus clientes e proporcionar-lhes uma experiência consistente através de seus canais on-line e off-line."³⁵⁴

³⁵³ A lista de serviços oferecidos pelo Google aos anunciantes é extensa: apenas na plataforma de serviços de marketing são mais de 150 aplicações que giram em torno de conhecer os consumidores, analisar seus comportamentos e ativar ações para atingir os resultados desejados. Por exemplo, existem produtos específicos para o chamado funil de vendas, um sinônimo para jornada do consumidor. Esses produtos investigam o percurso do usuário até a compra e identificam as etapas nas quais existe desistência. "Visualize as etapas que os usuários seguem para concluir um evento. Você pode usar essas informações para melhorar o site e reduzir ineficiências nos fluxos de usuários. Também é possível criar uma lista de público para atrair de volta usuários que abandonaram os funis." Ver em.: <https://marketingplatform.google.com/intl/pt-BR_br/about/analytics/features/>. Acesso em 20 mai. 2022.

³⁵⁴

In.:

https://cloud.google.com/customers/maxeda?_gl=1*_1dze7px*_ga*MTA2MjcyNzY5Ny4xNjUzM

produto possa ser oferecido ao real cliente da operação. Surge aqui, então, outro paralelismo entre o marketing e as engrenagens do capitalismo de vigilância: a oferta de produtos diferentes para atender a grupos de clientes diferentes.³⁵⁷

Na dinâmica estabelecida pelo marketing, o consumidor – aquele que adquire ou utiliza o produto (art. 2º, CDC) – é, sem dúvida, o destinatário final da oferta em si mesma, seja ela um produto, um serviço ou, ainda, serviços simbióticos³⁵⁸. No entanto, naquilo que se refere à jornada de consumo, por mais que as ações intrajornada sejam direcionadas ao consumidor final, há, em paralelo, um outro destinatário: o anunciante. Este último figura não só como parte interessada na concretização da transação, mas igualmente como agente implicado no ciclo de tratamento e reinvestimento dos dados pessoais advindos da jornada.³⁵⁹

Afinal, como já mencionado, a experiência que o consumidor vive por meio da jornada é mais interessante, em termos econômicos, do que os bens comercializados. Segundo Kotler, "as empresas precisam seguir para o próximo passo na progressão do valor econômico: a experiência. Recorrendo ao teatro como metáfora, uma empresa experiencial se envolve com o cliente de maneira memorável usando bens como deixas e serviços como palco" (Kotler et al., 2021, p. 139-140).

Igualmente, na lógica do capitalismo de vigilância, de acordo com Shoshana Zuboff (2020, p. 113-114), os anunciantes, bem como as empresas que adquirem os produtos de predição, são os verdadeiros clientes do Google e das demais plataformas digitais. Observa-se que, com a afirmação do "cliente real", a autora

³⁵⁷ Não se pretende aqui adentrar na discussão sobre o mercado digital e a natureza das plataformas como multimercados ou mercados bilaterais, mas apenas indicar que se está ciente da relevância do tema, em especial para o estudo das questões concorrenciais. A título de observação, mercados como esses são explicados por Evans e Schmalensee (2012, p. 7) como aqueles que possuem dois ou mais grupos de clientes, que dependem uns dos outros para exprimir seu valor e que confiam no catalisador (plataforma) como facilitador da cocriação de valor entre eles. No Brasil, a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) entende os sites de busca como multimercado, conforme se extrai do trecho: "Os sites de busca podem ser caracterizados como plataformas de múltiplos lados. Isto ocorre porque – de um lado – os sites de busca permitem que internautas digitem palavras-chave e recebam – em troca e gratuitamente – uma lista de sites cujo conteúdo seja relacionado ao texto que o usuário digitou. Assim, a plataforma presta aos usuários da busca o serviço de coleta, ranqueamento e apresentação de resultados para uma determinada busca do internauta." (Brasil, 2013)

³⁵⁸ Serviços simbióticos, conforme explicam Bruno Miragem & Cláudia Lima Marques (2020), são produtos que incluem serviços que envolvem software e conexão à internet.

³⁵⁹ Importa ressaltar que, do ponto de vista de quem contrata os serviços de marketing, o cliente sempre foi o anunciante. Em torno dessa figura se desenvolveu a complexa rede de prestadores de serviços para promover a venda dos produtos e serviços desenvolvidos por ele (Kotler & Keller, 2018, p. 6).

recusa o rótulo de mercados bilaterais ou multilaterais para as plataformas de serviços digitais.³⁶⁰ Para ela, os usuários não são clientes, mas sim meios para a realização de fins de terceiros.³⁶¹

Ainda que haja a aquisição de produtos e serviços pelos usuários, a autora os considera "hospedeiros para as operações parasíticas do capitalismo de vigilância" (Zuboff, 2020, p. 548). Neste ponto, importa mencionar que Shoshana Zuboff se refere a produtos inteligentes³⁶², que pressupõem conexão à internet durante sua utilização, bem como o fluxo de dados pessoais entre o usuário e o fornecedor.³⁶³

Adicionalmente, ressalta-se que a crescente sofisticação dos serviços destinados aos "clientes reais", impulsionada pela digitalização, permite que mais e mais dados pessoais sejam capturados, tratados e transformados em novas aplicações de predição de comportamentos.

Os modelos preditivos dão ao profissional de marketing um conhecimento ímpar sobre acontecimentos futuros como, por exemplo, a identificação de quais consumidores apresentam mais propensão para fechar um negócio ou ingressar em um plano de fidelidade. Com essas previsões, é possível determinar a próxima ação ideal para cada consumidor, como explica Kotler:

Trata-se de um método centrado no cliente no qual o profissional de marketing tem um plano de ação sincronizado, claro, passo a passo, para cada cliente. Em outras palavras, é um plano de

³⁶⁰ Nesse sentido, Katherine J. Strandburg (2013) apresenta uma interessante discussão sobre os mercados de múltiplos lados no segmento da publicidade digital: Embora existam semelhanças entre os negócios suportados por publicidade e os mercados de dois lados, o agrupamento de publicidade como um produto complica as coisas". Ver também nota 780.

³⁶¹ Nesse sentido: "O Google e outras plataformas, às vezes são descritos como mercados bilaterais ou multilaterais, mas os mecanismos do capitalismo de vigilância sugerem algo diferente" (Zuboff, 2020, p. 113-114)

³⁶² Na verdade, muitos dos produtos que Shoshana Zuboff (2020) aponta como "hospedeiros para as operações parasíticas" se inserem no que Bruno Miragem & Cláudia Lima Marques (2020, p. 21) classificaram como serviços simbióticos: produtos que prestam serviços, muitas vezes de maior valor que o produto em si, e que dependem de softwares atualizados para seu pleno funcionamento, além da conectividade.

³⁶³ Por exemplo, o aspirador de pó Roomba trabalha com sensores e câmeras de baixa resolução (desde 2018), que reconhecem três tipos de elementos: fios, dejetos de animais e sua base de carga. Apesar dos avanços no que tange à segurança dos dados captados, o risco de violação existe. E, como afirmou um especialista em segurança ouvido para uma matéria no Washington Post sobre o Roomba, "onde quer que haja dados, existe uma chance de alguém os ver e interpretar o que significam.". Nesse sentido, Ryan Calo, ouvido para a mesma matéria, afirmou que empresas que trabalham com avaliação de residências podem ver valor no tipo de informação extraída pelo Roomba, por mais granular que seja: "Em teoria, eles poderiam vender informações granulares a um Redfin ou Zillow que está tentando entender o interior de uma casa que ainda não está à venda" (Brown, 2021).

marketing para os “segmentos de um”. Com interações multicanal, do marketing digital à equipe de vendas, o profissional conduz cada cliente da pré-venda ao serviço pós-venda, passando pela venda propriamente dita. A cada passo, a análise preditiva pode ajudar a determinar qual será o passo seguinte: enviar mais material de marketing, criar uma demonstração do produto ou enviar uma equipe para uma reunião (Kotler et al., 2021, p. 188).

Com efeito, se está diante de uma outra camada de troca que não é aparente para o consumidor. A assimetria de conhecimento é mais um elemento que aponta para a desproporção que se estabelece entre consumidor e empresa. Já é célebre a passagem de Shoshana Zuboff (2020, p. 25) que declara que o "capitalismo de vigilância age por meio de assimetrias nunca vistas referentes ao conhecimento e poder que dele resultam."

Trata-se da construção de um modelo de negócios com o mínimo de incerteza para o fornecedor de produtos e serviços. É nessa camada opaca que os produtos de predição são desenvolvidos e colocados à disposição do mercado, como, por exemplo, os que permitem estimar com exatidão a taxa de cliques em um determinado anúncio (*click-through rate* ou CTR)³⁶⁴.

A possibilidade de prever a quantidade de vezes que um anúncio será clicado significa melhorar a eficácia de uma campanha de publicidade. Quanto mais cliques, maior a chance de conversão (venda), e um pequeno incremento no CTR é capaz de trazer ganhos substanciais para as empresas que usam esses produtos (Zuboff, 2020, p. 116).³⁶⁵ Os produtos preditivos voltados para o segmento de publicidade on-line foram os primeiros a serem desenvolvidos pelo Google para atender um novo público (p. 97).

A partir de então, foi sendo progressivamente colocada no mercado uma gama de aplicações que servem desde à melhoria na prestação de serviços corporativos até ao monitoramento e à antecipação do comportamento dos usuários. Os usos são diversos, conforme as necessidades dos diferentes clientes, mas existe um ponto em comum sempre ressaltado: a possibilidade de interferir na jornada de

³⁶⁴ *Click-through rate* é um indicador de performance que relaciona à exposição de um determinado anúncio com o número de vezes que ele foi clicado por quem o viu (Moriarty et al., 2018, p. 580).

³⁶⁵ A predição também está presente nos sistemas de recomendação de grandes fornecedores como Amazon e Netflix, que sugerem aos consumidores produtos e serviços baseados em histórico de compras passadas, bem como em preferências de consumidores com perfis similares. Esse tipo de sistema se configura como um verdadeiro acelerador na jornada, acelerando o passo do consumidor e fazendo com que tenha menos trabalho para escolher.

consumo. É o que se observa do depoimento do líder global de inteligência do HSBC sobre produtos do Google para o call center da empresa:

A solução ajuda a instituição a identificar rapidamente os agentes de vendas com espaço para coaching e melhorias. A equipe de monitoramento recebe automaticamente alertas para tais chamadas, o que permite que eles acompanhem os agentes em tempo hábil. **Ela também permite que o HSBC capture mais insights para aguçar a forma como o banco atende seus clientes. "Essas percepções também se tornam recursos valiosos para nós quando projetamos nossas futuras jornadas de clientes** ou trabalhamos no treinamento e reforço de pessoal. Teoricamente, isso envolverá 1.200 horas-homem para monitorar 100% de nossas chamadas de vendas. Agora é desnecessário gastar esta quantidade de tempo para o monitoramento", diz Richard. (grifos nossos).³⁶⁶

Por fim, como última aproximação entre o marketing e o capitalismo de vigilância, os produtos de predição são formatados com o objetivo de reduzir os riscos para as empresas, que passam a operar num mercado futuro de certezas.³⁶⁷

Nessa mesma direção, afirma Kotler sobre a digitalização da jornada, que, como já exposto, é permeada por estímulos e controles: "A digitalização ao longo da experiência do cliente também gera produtividade mais alta e maior lucratividade, graças à redução de erros e de custos" (Kotler et al., 2021, p. 80).

O depoimento do líder de análise de dados do grupo francês de turismo TUI exemplifica como se deu na prática a redução da incerteza relacionada ao comportamento dos consumidores após a implementação de um conjunto de soluções preditivas na empresa:

A consolidação de todos os dados de seus clientes em uma única plataforma forneceu uma série de insights poderosos sobre o comportamento do cliente que simplesmente não estavam disponíveis antes. **A IA previu os clientes mais interessados em fazer uma compra com 91% de precisão**, levando a uma estratégia de mídia muito mais eficaz. O Google Cloud tem nos ajudado a focar mais em nossos canais de mídia e fazer com que nossos anúncios trabalhem mais duro, diz Hamis. Em nosso canal de exibição, o custo por venda é 7,5 vezes menor do que antes,

³⁶⁶ Disponível em <https://cloud.google.com/customers/hsbc> Acesso em 20.05.2022.

³⁶⁷ Shoshana Zuboff (2020) apresenta vários exemplos sobre a eliminação da incerteza por meio dos produtos preditivos e, na mesma medida, expõe sua visão crítica acerca das consequências desse fato. Nesse sentido: "Simplificando: não há liberdade sem incerteza; ela é o meio no qual a vontade humana é expressa em promessas." (p. 373) E também: "O reabastecimento humano após os fracassos e triunfos de escolher o futuro diante da incerteza cede lugar ao vazio da perpétua conformidade." (p. 377).

enquanto o custo de trazer clientes para o site diminuiu 29%.
(grifo nosso)³⁶⁸

Essa nova realidade apresenta dois lados. O primeiro se relaciona a uma questão técnica colocada em meados do século XIX pelo comerciante John Wanamaker sobre a incerteza inerente aos investimentos que fazia em publicidade naquele momento.³⁶⁹ O segundo refere-se às eventuais consequências da busca incessante pelas melhores previsões sobre a liberdade do ser humano. De acordo com Shoshana Zuboff (2020, p. 73), a incerteza é condição necessária para a liberdade, e a imposição de modelos de previsibilidade suportados por uma arquitetura digital de monitoramento e de modificação de comportamento afeta diretamente a autonomia e o livre-arbítrio do ser humano.

Sem pretender adentrar a discussão filosófica sobre liberdade, o que cabe ao presente trabalho é fazer a relação de tais apontamentos com as consequentes mudanças nas práticas comerciais, mais especificamente de marketing e publicidade. Todavia, não há como perder de vista que o CDC estabeleceu um modelo de proteção que pretende garantir a preservação da liberdade e da autonomia do consumidor (Marques, 2020, p. 73-74). Sublinha-se, portanto, a frequência com que esses valores são trazidos no texto da lei de forma a impor deveres concretos aos fornecedores: por exemplo, no que tange à nulidade conferida às cláusulas abusivas (art. 6º, V e art. 51), mas também à assegurada liberdade de escolha inserida no rol de direitos básicos (art. 6º, II).

Nesse sentido, quando se volta ao marketing tradicional praticado ao longo do século XX, conforme exposto no capítulo 1, observa-se que houve significativa evolução em torno das possibilidades de prever e atuar sobre cenários futuros que envolvem o consumidor.³⁷⁰

Retomando as perguntas anteriormente levantadas, o que se extrai da ligação íntima entre o marketing contemporâneo e o capitalismo de vigilância é a exteriorização de um novo tipo de dinâmica que vem alimentando o relacionamento

³⁶⁸ Disponível em <https://cloud.google.com/customers/tui?hl=en> Acesso em 20.05.2022.

³⁶⁹ A pergunta de John Wanamaker será abordada em tópico específico.

³⁷⁰ Kotler et al. (2021) dividem a utilidade das soluções preditivas em três partes: gestão do produto, gestão do cliente e gestão da marca. Dentro disso, listam as possibilidades que vão da previsão da fidelidade do consumidor à taxa de rejeição, da previsão da próxima ação ideal para cada consumidor ao conteúdo que vai tocar mais profundamente cada um deles. Nesse sentido: "Extremamente voltada para o futuro, ajuda o profissional de marketing a se manter fora da curva, preparar respostas de marketing com antecedência e influenciar o resultado." (p. 186).

entre fornecedores e consumidores nos últimos 20 anos. Interessa sublinhar que esse marco cronológico coincide tanto com os primeiros estudos realizados sobre o papel da experiência no marketing quanto com a fundação do Google.³⁷¹

A definição tradicional da atividade de marketing, voltada para "satisfazer necessidades e desejos dos consumidores com lucro para as empresas" (Kotler, 2015, p. 6), foi atualizada para literalmente "gestão do consumidor" (p. 3). Essa gestão foi colocada em prática com base em uma infraestrutura que gira em torno da captura de dados, monitoramentos, análises, experiências contínuas, mensagens personalizadas, aliada a técnicas de persuasão sofisticadas.

Diante disso, se estabeleceu uma relação entre fornecedores e consumidores em bases diferentes daquelas traçadas à época da promulgação do CDC, a começar pela transformação da figura do consumidor (pessoa física). Além de destinatário final (art. 2º, CDC), ele passou a objeto a "meio para fins de terceiros", como afirma Shoshana Zuboff (2020, p. 24)³⁷², ou, ainda, a interface, como sugere Luciano Floridi (2019, p. 4)³⁷³. Isso significa que sobre ele incidem ações que modificam a relação tradicional entre duas partes, na qual uma era obrigatoriamente um sujeito (consumidor).³⁷⁴

Anteriormente a esses dois autores (Zuboff e Floridi), Stefano Rodotà (2008) já havia enunciado esse movimento ao afirmar que o corpo físico estava se tornando uma senha, enquanto o corpo eletrônico estava cada vez mais voltado para atender aos objetivos de segurança ou de mercado.³⁷⁵ A percepção da objetificação do corpo refletiu na atuação da autoridade de proteção de dados da Itália. Nas palavras do jurista italiano:

³⁷¹ Conforme nota 764, a experiência do consumidor é um conceito trabalhado desde 1998 na literatura de marketing, ano de fundação do Google.

³⁷² Nesse sentido: "Nós somos as fontes do superávit crucial do capitalismo de vigilância: os objetos de uma operação de extração de matéria-prima tecnologicamente avançada e da qual é cada vez mais impossível escapar" (Zuboff, 2020, p. 24).

³⁷³ Afirma o autor: "Estamos nos tornando cada vez mais interfaces humanas, ou seja, espaços de interação, entre, de um lado, agentes de interface (humanos, artificiais ou híbridos), que querem algo de nós, e, do outro lado, algo que (pelo menos em teoria, se não na prática) nós temos, e que eles querem, os recursos de interface." (Floridi, 2019, p. 4).

³⁷⁴ Nesse mesmo sentido: "O sujeito autônomo, construído na modernidade, perde-se em um conjunto de informações parcelares e variáveis que – pretensamente – o definem, ainda que a complexidade da vida seja mais rica. O sujeito converte-se em um objeto datafocado." (Malgaré, 2021, n.p.).

³⁷⁵ Nesse sentido: "Repetimos: O corpo em si está se tornando uma password. O físico em si toma o posto das abstratas palavras-chave, através de impressões digitais, íris, traços da face, DNA (...)" (Rodotà, 2008, p. 255).

No momento em que o próprio corpo físico se confronta com o declínio de sua inviolabilidade e se torna cada vez mais manipulável através do implante de elementos eletrônicos, o Garante indicou os critérios **para impedir a degradação do homem a uma máquina, a objeto ajustável** e controlável à distância. (Rodotà, 2008, p. 182, grifos nossos).

Com efeito, a figura do consumidor que é sujeito e objeto ao mesmo tempo se soma a outras configurações de novos consumidores, como o "sujeito digital" (Teubner apud Marques & Mucelin, 2021), o *non-professionnel*³⁷⁶, o *prosumer*³⁷⁷ e o consumidor-ator³⁷⁸, que indicam, segundo Cláudia Lima Marques (2020, p. 20) a necessária reflexão sobre a atualização do CDC. Nesse sentido, ressalta-se a existência do PL 3514/2015, que trata de temas como comércio eletrônico e sanções por práticas abusivas em ambiente digital.

Inegavelmente, atribuir qualidade de objeto ao consumidor viola o fundamento constitucional do Código de Defesa do Consumidor (art. 5º, XXXII, CF), a boa-fé que deve permear todas as relações de consumo (art. 4º, III, CDC) e, sobretudo, o princípio fundamental da dignidade humana (art. 3º, III, CF). Nesse sentido, recorda-se aqui o ensinamento de Pietro Perlingieri (2002, p. 37), que aponta a dignidade humana como "instrumento que confere a cada um o direito ao respeito à qualidade de homem".

3.4. Uma vulnerabilidade digital universal

Além das questões que giram em torno das transformações na figura do sujeito da relação de consumo, é certo que o desenvolvimento da internet e das novas tecnologias trouxe um novo contexto para o princípio básico que fundamenta e explica a legislação consumerista.³⁷⁹ Trata-se do princípio da vulnerabilidade, que presume a fraqueza e a debilidade do consumidor no mercado de consumo. Ocorre

³⁷⁶ Trata-se da figura encontrada na lei consumerista francesa, representada por uma pessoa jurídica que atua fora da sua área profissional e que pode ser equiparada ao consumidor para a sua proteção (Marques, 2020, p. 41).

³⁷⁷ Refere-se ao particular que oferece um bem ou serviço no mercado de economia compartilhada (Marques, 2020, p. 42).

³⁷⁸ Refere-se ao consumidor que é "ator" do próprio consumo: "(...) avaliando, modificando, ou mesmo monetizando" (Marques, 2020, p. 43).

³⁷⁹ Nesse sentido, Cláudia Lima Marques e Bruno & Miragem (2012, p. 117) afirmam que "a vulnerabilidade não é pois o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é "apenas" a explicação destas regras ou da atuação do legislador (...)".

que, ao lado das espécies tradicionais para sua identificação (fática, jurídica, técnica e informacional), se estabeleceu a vulnerabilidade digital (Miragem, 2020, p. 250).

Esse aspecto surgiu diante da identificação de fatores que caracterizam o mercado digital, em especial da já mencionada lógica do capitalismo de vigilância que se mistura ao modo de operação do marketing contemporâneo. Em consequência, novas circunstâncias vêm trazendo novos riscos ao consumidor: por exemplo, dificuldade de garantir transparência nas ações de marketing que envolvem monitoramento, *profiling* e direcionamento de mensagens publicitárias, opacidade das práticas de testagem (A/B)³⁸⁰, utilização de *dark patterns*, insuficiência do consentimento como base legal e uma ampla gama de incidentes de segurança envolvendo dados pessoais³⁸¹.

Nessa toada, a vulnerabilidade digital tem como ponto de partida a presença do consumidor na internet, ou seja, sua inserção e relação com o meio digital, incluindo a forma de contratação de produtos e serviços (Miragem, 2010, p. 250). Dito de outra maneira, o ambiente e as relações que se constroem dentro dele são condições suficientes para definir a vulnerabilidade. Não se trata de uma condição intrínseca ao consumidor ou a um determinado grupo social.³⁸²

Diferente dos demais critérios que especificam a vulnerabilidade como fática, jurídica, técnica e informacional, a vulnerabilidade digital apresenta um

³⁸⁰ A obrigação de informar sobre a realização de testes comportamentais é especificamente mencionada na seção (3) (b) (1) da DETOUR, conforme as notas 699 e 702.

³⁸¹ Ver mais em: <<https://www.informationisbeautiful.net/visualizations/worlds-biggest-data-breaches-hacks/>>. Acesso em 20 mai. 2022.

³⁸² Nesse sentido: "Por não se tratar de uma vulnerabilidade inata ao homem ou a um grupo particular, as vulnerabilidades socioespaciais favorecem tanto situações de universalização de estados de susceptibilidade (ex: todos somos vulneráveis em relação ao aquecimento global, à poluição urbana, à insegurança de dados etc.), quanto situações de particularização, agravamento e entrecruzamento de vulnerabilidades, passíveis de tornar determinados segmentos mais vulneráveis que outros nos espaços coletivos (ex: refugiados climáticos; situação de rua nas grandes cidades, racismo algorítmico etc.)." (Azevedo, 2021)

cunho universal.³⁸³ Isso significa dizer que qualquer consumidor em ambiente de internet, no contexto das relações de consumo, é vulnerável digitalmente.³⁸⁴⁻³⁸⁵

Nesse cenário, é o ingresso no mercado digital que aflora esse aspecto da vulnerabilidade do consumidor, que, a depender de condições particulares, poderá ou não provocar uma sobreposição de vulnerabilidades. Na verdade, a simultaneidade pode se dar tanto em relação aos grupos já classificados pela doutrina como hipervulneráveis³⁸⁶ quanto em relação aos outros tipos de vulnerabilidade.³⁸⁷

São camadas de vulnerabilidade que podem ou não se somar à primeira camada, definida *a priori* pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I, CDC). Em se tratando de mercado digital, acrescenta-se a segunda camada, a vulnerabilidade digital. Outras camadas podem ser verificadas diante de situações pessoais, temporárias ou permanentes, que têm o condão de agravar a situação do consumidor.³⁸⁸

³⁸³ É certo que o agravamento da vulnerabilidade do consumidor em ambiente digital já vinha sendo apontada pela doutrina. Como afirma Guilherme Magalhães Martins (2016, p. 62), "a vulnerabilidade do consumidor, do ponto de vista técnico e informacional, decorre do fato de que a grande maioria da população ainda desconhece as potencialidades técnicas oferecidas pelos meios informáticos, sequer tendo noção do uso que deles pode fazer o fornecedor."

³⁸⁴ Essa noção de vulnerabilidade associada ao ambiente digital também foi apontada por Rodrigo Eidelvein Canto (2014, p. 90): "(...) a vulnerabilidade promovida pelas relações de consumo, transforma-se com a situação promovida pelas novas tecnologias, o que gera um agravamento da fragilidade do consumidor."

³⁸⁵ Em sentido semelhante, mas sem necessariamente afirmar a universalidade da vulnerabilidade digital, Cláudia Lima Marques & Guilherme Mucelin (2021) reconhecem a sua existência, e acrescentam outra espécie, a cybervulnerabilidade. Para os autores, a vulnerabilidade digital está relacionada à exclusão digital que atinge aproximadamente 25% da população do Brasil, enquanto a cybervulnerabilidade está voltada para o cenário do mercado digital (ou simbiótico, conforme já mencionado) que opera em condições de opacidade, com alto potencial discriminatório e com recursos manipulativos junto ao consumidor.

³⁸⁶ A hipervulnerabilidade é explicada por Cláudia Lima Marques & Bruno Miragem (2012, p. 188-193) como o agravamento da vulnerabilidade em função de situações pessoais de um consumidor, podendo ser permanente ou temporária. Atinge em especial as crianças, os adolescentes, os idosos e as pessoas portadoras de deficiência. Nesse sentido: "Em resumo podemos dizer que a hipervulnerabilidade é o grau excepcional e juridicamente relevante da vulnerabilidade geral dos consumidores."

³⁸⁷ Em sentido semelhante, sublinha-se a seguinte passagem de Guilherme Magalhães Martins sobre um estado de vulnerabilidade agravado pelo ambiente digital: "Num panorama de vigilância líquida e distribuída, em que parece ocorrer uma erosão da esfera de controle de dados pessoais, **os respectivos titulares são submetidos a uma condição de hipervulnerabilidade**, sobretudo por estarem inseridos numa relação assimétrica que lhes tolhe o poder de autodeterminação" (Martins, 2021, p. 458, grifos nossos).

³⁸⁸ O conceito de camadas foi trabalhado por Rodrigo Eidelvein Canto (2014, p. 91) em sua dissertação de mestrado: "Sobre essa vulnerabilidade basilar alicerçar-se-á a transposição das relações de consumo para o mundo online – também denominada de virtualização do real –, que passará a compor a segunda camada de vulnerabilidade. Essa sobreposição de vulnerabilidades afetará todos os consumidores que utilizam o comércio eletrônico indiscriminadamente, tornando-os ainda mais frágeis e suscetíveis de serem sistematicamente lesionados pelos fornecedores, sendo

Esse sentido dinâmico e relacional da vulnerabilidade digital foi refletido na definição dos autores do estudo realizado pela *European Consumer Organization* sobre assimetrias estruturais nos mercados digitais no âmbito da União Europeia, como se lê abaixo:

A vulnerabilidade digital, em suma, não deve ser vista como uma propriedade (semi-)estática de uma pessoa que existe independentemente da relação de uma pessoa com seu ambiente; muito pelo contrário, **é precisamente a relação dinâmica de uma pessoa com seu ambiente** que a faz entrar e sair de estados de vulnerabilidade, dependendo das circunstâncias^{389 - 390} (Micklitz et al., 2021, p. 22, grifos nossos).

Diante dessa dimensão relacional que caracteriza a vulnerabilidade digital, a estrutura de arquitetura de escolha que permeia todo o ambiente digital – em especial as jornadas de consumo – reforça e amplia a fraqueza e a debilidade do consumidor. Conforme já exposto anteriormente, arquitetura de escolha é o conceito desenvolvido por Thaler e Sunstein que explica a forma como as opções são apresentadas às pessoas e como podem ser manipuladas sem que elas tenham consciência.³⁹¹

Todavia, contemporaneamente, muitas das arquiteturas são orientadas por dados ajustáveis e personalizáveis em tempo real. A partir delas, um ciclo de aprendizado cada vez maior e mais profundo se estabelece sobre cada consumidor,

isso resultado da despersonalização, desmaterialização, desterritorialização e atemporalidade da contratação eletrônica. É o surgimento da figura do consumidor-virtual ou ciberconsumidor.

Dessas duas camadas podem emergir casos de consumidores que apresentam fragilidades intrínsecas capazes de torná-los hipervulneráveis, necessitando eles de um tratamento especial por parte dos fornecedores e, também, por parte dos aparatos estatais legiferantes, administrativos e judiciais, de maneira a otimizar a realização do princípio da igualdade."

³⁸⁹ O projeto de Proteção do Consumidor da União Europeia 2.0 é uma iniciativa desenvolvida pela *European Consumer Organization* (BEUC), em parceria com a Fundação Adessium, com o objetivo de investigar os problemas atuais da nova era digital de consumo, sendo dada atenção especial para manipulação comportamental, exploração de vulnerabilidades, personalização onipresente, bem como demais problemas das plataformas digitais (Micklitz et al., 2021).

³⁹⁰ Nesse ponto, é importante lembrar que, no contexto da Diretiva de Práticas Comerciais Desleais (Diretiva 2005/29/EC do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005) – ou, em inglês, *Unfair Commercial Practices Directive* (UCPD) –, existe a figura do consumidor médio, aquele seria razoavelmente informado, e a figura do consumidor vulnerável, na forma do Art. 5(3) UCPD: As práticas comerciais que são susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento econômico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, de uma forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo. Esta disposição não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente.

³⁹¹ Conforme nota 7xx, Arquitetura de Escolha Ver também nota 536.

umentando as possibilidades de influência e até de manipulação, conforme já apontado. Nesse sentido, a verdadeira vantagem competitiva reside não só em explorar as vulnerabilidades que estão à vista, mas sobretudo outras que ainda nem se sabia existirem ou que restavam inexploradas (Micklitz et al., 2021, p. 19).

Outro fator que explicita a vulnerabilidade digital do consumidor é a forma como as plataformas e os anunciantes se utilizam das *dark patterns*, inseridas cuidadosamente nos modelos de arquitetura de escolha, de modo a direcionar os usuários para opções de privacidade que maximizam o fluxo de dados (p. 20). Esse ponto já foi explorado no capítulo 2 do presente trabalho, mas aqui apenas se rememora que o EDPB publicou uma diretriz especificamente para tratar das questões envolvendo *dark patterns*, proteção de dados e redes sociais.

Importa ressaltar que a medida da permanência no ambiente e do maior envolvimento do consumidor com produtos e serviços digitais é também a medida para o aumento da sua vulnerabilidade. Conforme explicam Micklitz et al. (2021, p. 22):

Poucos consumidores entram no mercado digital como pessoas já vulneráveis, simplesmente em virtude de suas características pessoais. Na maioria das vezes, é precisamente o envolvimento contínuo em vários mercados e serviços digitais que os tornam cada vez mais predispostos a terem seus comportamentos manipulados. Quanto mais tempo a relação entre um consumidor e um serviço ou aplicativo digital persiste, mais o aplicativo estabelece uma posição de poder como resultado do aumento do conhecimento sobre seus usuários.

Observa-se, portanto, que o uso contínuo de determinadas plataformas, aplicativos e serviços somente amplifica as vulnerabilidades dos usuários, na medida em que mais dados são coletados e tratados. Nesse sentido, um fator que agrava a vulnerabilidade digital é a própria dinâmica inerente ao conceito de jornada de consumo que cria, estimula e controla o percurso do consumidor se valendo dos recursos já mencionados.

Isso ocorre porque, como aponta Ryan Calo, o marketing digital, ao desenvolver a prática do *profiling*, inaugurou a vulnerabilidade (digital) como regra, pois todo consumidor que está inserido no ambiente de internet tem um perfil digital. Tais perfis personalizáveis, monitoráveis e direcionáveis exploram preconceitos, fraquezas, preferências e necessidades individuais (Micklitz et al., 2021, p. 23). Sobre o consumidor perfilado, recai um estado de indefensabilidade e

predisposição à exploração que se estabelece diante das assimetrias de poder e conhecimento resultantes da sofisticação das técnicas de marketing digital inseridas na jornada do consumidor.³⁹²

Adicionalmente, é certo que uma parte dos dados pessoais tratados no ambiente digital se enquadra na categoria de dados sensíveis, o que se reflete em maiores riscos para o consumidor quanto a tratamentos ilícitos e discriminatórios. Ressalta-se, ainda, que a natureza do dado não é suficiente para qualificá-lo como sensível; é preciso considerar também, conforme afirma Caitlin Mulholland (2020, p. 123), que, "(...) devido ao uso e finalidade que é concedido a esse dado por meio de um tratamento que pode gerar uma potencialidade discriminatória e abusiva."

Apenas esse estado iminente de sensibilidade dos dados pessoais é capaz de potencializar a afirmação de universalidade da vulnerabilidade digital do consumidor. Além disso, existe um interesse declarado, por parte do sistema que associa o marketing digital ao capitalismo de vigilância, nos chamados dados psicográficos dos consumidores. A psicografia é uma forma antiga de segmentação de consumidores no âmbito do marketing que leva em conta traços psicológicos, personalidades e valores.³⁹³⁻³⁹⁴

No entanto, na passagem do marketing tradicional para o marketing realizado em ambiente digital, os recursos já mencionados no presente trabalho tornaram muito mais intensas e agressivas as possibilidades de captar, analisar e utilizar esse dado de cunho psicológico. Esse novo patamar de tratamento foi revelado pelo evento envolvendo a Cambridge Analytica, o Facebook e as eleições norte-americanas de 2016.

³⁹² Nesse sentido é o relatório *EU Consumer Protection 2.0 Structural asymmetries in digital consumer markets* (Micklitz et al., 2021).

"Argumentaremos que, nos mercados digitais, a vulnerabilidade do consumidor não é simplesmente um ponto de vantagem a partir do qual avaliar a falta de capacidade de alguns consumidores de ativar sua consciência da persuasão. Nos mercados digitais, a maioria, se não todos os consumidores, são potencialmente vulneráveis. Em vez de destacar certos grupos de consumidores, a vulnerabilidade digital descreve um estado universal de indefensabilidade e suscetibilidade a (exploração de) desequilíbrios de poder que são o resultado da crescente automatização do comércio, de datificadas relações consumidor-vendedor e da própria arquitetura dos mercados digitais."

³⁹³ Nesse sentido: "Psicografia é a ciência que utiliza a demografia e a psicologia para entender melhor os consumidores" (Kotler & Keller, 2018, p. 310).

³⁹⁴ A busca por desenvolver sistemas de classificação de consumidores de acordo com a personalidade é antiga. Nos EUA, o VALS, um dos sistemas mais conhecidos, foi desenvolvido em 1978 e apresenta 8 grupos atravessados por duas dimensões: uma diz respeito às motivações do consumidor; e outra, aos recursos. A partir deles, são identificadas as características mais marcantes da personalidade de cada grupo, como, por exemplo, autoconfiança, energia, intelectualismo, impulsividade e vaidade (Kotler & Keller, 2018, p. 311).

O caso veio à tona em 2018 por meio de reportagens, publicadas pelo *The New York Times* e pelo *The Guardian*, que revelaram não só o uso indevido de mais de 80 milhões de dados pessoais de usuários do Facebook para fins de campanha política, mas também a utilização desses dados para a formação de perfis psicográficos dos eleitores destinatários das mensagens.³⁹⁵

O uso da psicografia em ambiente digital se insere no processo de captura, análise e utilização de informações psíquicas e emocionais, definido pela pesquisadora Fernanda Bruno como economia psíquica dos algoritmos (Bruno et al., 2019, p. 5).³⁹⁶ Como explica:

As informações que interessam ao veloz capitalismo de dados não são mais apenas os rastros de nossas ações e interações (cliques, curtidas, compartilhamentos, visualizações, postagens), mas também sua “tonalidade” psíquica e emocional. É esta economia psíquica e afetiva que alimenta as atuais estratégias de previsão e indução de comportamentos nas plataformas digitais (e eventualmente fora delas) (Bruno et al., 2019, p.5)

Nesse sentido, a exploração das emoções do consumidor é mais um reforço para a exploração de suas fraquezas, como sintetizou Cathy O'Neil (2020, p. 70) ao justificar a espécie de informação pessoal (psíquica, emocional e sensível) usada pelos setores de crédito e de ensino superior particular para o direcionamento de publicidade: "vulnerabilidade vale ouro". Ainda de acordo com a autora, sobre o que ela chama de cartilha dos anúncios predatórios:

A ignorância do cliente, é claro, é uma peça crucial do quebra-cabeças. Muitos dos alunos atingidos pelos anúncios são imigrantes que vêm aos EUA acreditando que as universidades particulares têm mais prestígio que as públicas.

(...)

Uma vez que a ignorância foi estabelecida, o mais importante ao recrutador, assim como ao comerciante impostor, é localizar as pessoas mais vulneráveis e usar as suas informações privadas contra elas próprias. Isso envolve encontrar o lugar que elas

³⁹⁵ O diretor da Cambridge Analytica resumiu o processo de segmentação da seguinte forma: "Se você conhece a personalidade das pessoas que você está visando atingir, você pode criar mensagens com nuances para que ressoem mais efetivamente a essas pessoas" (Halpern, 2018).

³⁹⁶ A exploração das emoções dos consumidores consiste em usar sistemas de inteligência artificial para tentar detectar e desvendar emoções como mais uma fonte de conhecimento do comportamento do consumidor. Shoshana Zuboff (2020, p. 321) ressalta que, desde a década de 1960, há registros de pesquisas científicas que tentavam fazer leituras de emoções. Em especial, aponta o trabalho de Paul Eckman,

sofrem mais, o chamado ponto de dor. Pode ser baixa auto-estima, o estresse de criar filhos em bairros de gangues violentas, ou talvez o vício em drogas (O'Neil, 2020, p. 71).

Na verdade, esse estado universal de vulnerabilidade acontece subordinado ao tipo de poder, descrito por Shoshana Zuboff (2020), que se relaciona diretamente com recursos usados para persuasão e influência. Está-se diante de um poder que não atua por meio da violência, mas combina as práticas mais sofisticadas de relacionamento com consumidor, dentro do chamado marketing 5.0, e que insere nas jornadas de consumo as estruturas de arquitetura de escolha e modificação de comportamento para fins que não mais se limitam a "satisfazer necessidades e desejos dos consumidores com lucro para as empresas" (Kotler, 2015, p. 6).

Em síntese parcial, vislumbram-se assim duas consequências para o cenário descrito: a primeira diz respeito à necessária reflexão acerca da suficiência do CDC para proteger o consumidor em novas bases de relacionamento com fornecedores, que se viabilizam dentro do que já foi exposto sobre as interseções entre capitalismo de vigilância e as práticas atuais de marketing.

Ainda que o CDC seja norma de cunho principiológico e, em grande parte, viabilize a hermenêutica para o enfrentamento de questões relacionadas ao avanço da internet e do consumo em âmbito digital, é indiscutível a necessidade da elevação da proteção em termos de instrumentos processuais que garantam uma melhor condição de defesa do consumidor em juízo.

Por isso, a afirmação da vulnerabilidade digital como universal tem o condão de repercutir em benefício do consumidor na interpretação e aplicação das normas do CDC, da mesma forma como ocorre com os demais critérios de vulnerabilidade. Nesse sentido, recupera-se a hipótese do presente trabalho para reafirmar que a hipossuficiência do consumidor, em se tratando de práticas comerciais em ambiente digital, é necessariamente universal.

Assim, a inversão do ônus da prova, o mais importante instrumento para a facilitação da defesa do consumidor em juízo (Miragem, 2016, p. 234), passaria a operar *ope legis* diante do marketing realizado em ambiente digital.

É inegável que, diante da jornada de consumo, sendo a experiência o fio narrativo que se molda conforme o uso intensivo de produtos preditivos alimentados por dados comportamentais, o consumidor é incapaz de instruir adequadamente sua defesa. Não se trata, nesse contexto, de deficiência econômica,

fática, jurídica ou informacional, mas sim da condição de vulnerabilidade digital que deve ser presumida como inerente à condição de consumidor no mercado digital. A consequência direta é a impossibilidade, em absoluto, de acesso adequado às provas que podem provar seus interesses.³⁹⁷

Uma segunda decorrência do marketing associado à dinâmica do capitalismo de vigilância é o transbordamento, para outras esferas, do que está circunscrito às relações de consumo. Esse fenômeno já ocorreu no âmbito político, em que, conforme exposto por Luciano Floridi (2019), o poder do marketing digital caracterizado pelo uso intensivo de dados pessoais, pela hiperconexão e pelas técnicas de *microtargeting* já se tornou um modo de operação.

Em outras palavras, a ênfase na experiência, seja como aquilo que move a jornada do consumidor, seja como a plataforma de que se extraem dados comportamentais, pode provocar a "marketização" da vida. O requisito que sustenta esse fenômeno é a transformação do ser humano em uma interface que se presta a fornecer dados para a criação de todo tipo de métrica que as empresas entendem necessárias como medida de sucesso (Floridi, 2019).

Como forma de encerrar o presente capítulo sobre jornada do consumidor e as reflexões trazidas até aqui, apresenta-se um exemplo real com base na Disney, a empresa considerada a maior provedora de experiências de consumo em todo o mundo (Clatworthy, 2019, p. 41).

³⁹⁷ Nesse ponto, é importante observar que uma das hipóteses de inversão do ônus da prova trazida pela LGPD no artigo 42 § 2º são as situações nas quais houver hipossuficiência para produção de provas, a critério do juiz. Nesse sentido: "Uma inversão tão extremada do ônus da prova é justificada pela, igualmente dramática, hipossuficiência do titular de dados. Como observam Tarcisio Teixeira e Ruth Armelin, essa hipossuficiência torna-se "facilmente constatável quando se tem uma sociedade permeada pela cultura do Big Data, em que há uma coleta massiva de dados, muitas vezes até desnecessária." Em face dessa realidade, complementam os autores, "o titular de dados se encontra em uma posição claramente desfavorável, em que beira [a]o impossível saber quais de seus dados estão sendo tratados, de que forma isso tem sido feito e quem seriam os agentes de tratamento" (Bioni et al., 2020, p. 517)

3.5. A jornada do consumidor através das *MagicBands*, um dia mágico, conectado, monitorado e datificado.³⁹⁸

A média diária de visitantes nos quatro parques principais do complexo da Disney em Orlando é da ordem de 160 mil pessoas. São mais de 50 milhões por ano, apenas nos parques da Flórida.³⁹⁹ Desse total, mais da metade usa os braceletes coloridos chamados de *MagicBands* como parte do programa *My Disney Experience*⁴⁰⁰. Por meio dele, jornadas individuais de consumidores de todas as idades são criadas, monitoradas e exploradas.

As *MagicBands* são pulseiras inteligentes que carregam chips de radiofrequência e estão disponíveis para os visitantes dos complexos Disney.⁴⁰¹ Elas fazem parte do conjunto de tecnologias vestíveis (*wearables*), dispositivos usados para monitorar continuamente as atividades do usuário (Rodgers et al., 2019). Cada pulseira é equipada com um transmissor de radiofrequência que envia e recebe sinais para os inúmeros pontos de coleta distribuídos pelos parques.⁴⁰²

Além da função básica de servir como ingresso para os parques, elas dão acesso às atrações, são a chave dos quartos dos hotéis, se transformam em “fura-fila” e se vinculam ao serviço de fotos (*photo pass*).⁴⁰³ Por meio dos cartões de crédito sincronizados, elas servem também como forma de pagamento para alimentação e compra de mercadorias dentro dos parques.

As *MagicBands* são descritas no site da Disney da seguinte forma:

³⁹⁸ Cabe ressaltar que as *MagicBands* representam a primeira iniciativa de monitoramento contínuo da Disney. Foram introduzidas em 2012, e, desde então, a empresa vem trabalhando em atualizações tanto em termos de software quanto em termos do dispositivo. Em 2021, a Disney deu início ao processo de mudança nas pulseiras inteligentes e passou a concentrar as suas aplicações em aplicativos próprios para celulares e relógios. O *Disney Genie*, uma nova ferramenta interativa, foi lançado em 2021 e vai gradualmente se unir ao papel antes ocupado pelas *MagicBands* (Hitchen, 2022).

³⁹⁹ Números de antes da pandemia do Coronavírus. Ver em: <<https://wdwtravels.com/disney-world-tips/wdw-average-daily-attendance-report-2021/#:~:text=But%20as%20stated%20above%2C%20the,running%20with%20its%20full%20capacity>>. Acesso em 16 fev. 2022.

⁴⁰⁰ O *My Disney Experience* é uma área específica do site <https://disneyworld.disney.go.com/pt-br/> na qual o usuário pode criar sua conta e definir seus planos de refeição, hospedagem, ingressos, gerenciar o status das *MagicBands*, reunir fotos e vídeos do serviço *photopass*, se conectar a outras pessoas e compartilhar informações com elas, bem como criar itinerários personalizados por meio do serviço *Disney Genie*.

⁴⁰¹ Ver mais em: <<https://disneyworld.disney.go.com/pt-br/faq/bands-cards/understanding-magic-band/>> Acesso em 16 fev. 2022.

⁴⁰² Ver mais em: <<https://disneyworld.disney.go.com/pt-br/faq/my-disney-experience/my-magic-plus-privacy/>>. Acesso em 16 fev. 2022.

⁴⁰³ As funcionalidades tradicionais de “fura-fila” nos parques do complexo Disney, “FastPass” e “FastPass+” foram substituídas pela “Lightning Lane”, que faz parte do “Disney Genie+ service”.

Esta pulseira colorida é, na verdade, um dispositivo completo que conecta sem esforço todas as escolhas de férias feitas por você com o My Disney Experience. Sua MagicBand permite que você carregue menos peso durante as férias.

Use-a para entrar nos parques, no seu quarto do Hotel Resort Disney e para comprar comida e produtos. As MagicBands dão um toque de magia às suas férias ao desbloquear surpresas especiais, personalizadas só para você, em todo o Walt Disney World Resort.

Uma vez que tenha vinculado sua MagicBand, você não precisa fazer nada diferente. Sua MagicBand e seu perfil My Disney Experience farão o resto, criando momentos Disney inesperados — como num passe de mágica. E cada um desses momentos mágicos será transformado em uma lembrança digital única pelo Serviço Disney PhotoPass. Tudo que você tem que fazer é acessar a sua conta PhotoPass para ver todas as lembranças PhotoPass que nós criamos para você.⁴⁰⁴

Como parte das comemorações dos 50 anos do parque de Orlando, o *Magic Kingdom*, uma nova versão foi lançada: a *MagicBand+*.⁴⁰⁵ Funcionalidades inéditas foram incluídas, como o sensor de movimento para interação com totens e estátuas de personagens dispostas no parque.⁴⁰⁶ De acordo com o anúncio oficial da Disney: "Depois de entrar no Parque, *MagicBand+* ganhará vida em vários momentos por meio de mudança de cor, vibrações biométricas e reconhecimento de gestos."⁴⁰⁷

Além disso, é claro, as pulseiras inteligentes recolhem, em modo contínuo e tempo real, informações dos usuários através da conexão com sensores espalhados pelo complexo Disney (Perez, 2019). As pulseiras alimentam um enorme banco de dados com informações coletadas dos usuários-consumidores durante as visitas e ao longo dos anos.

São dados que ultrapassam os hábitos de compras e horários de entrada e saída dos parques para incluir informações como localização, atrações mais visitadas, paradas para refeições, gastos diários com alimentação e mercadorias, idas ao banheiro, personagens visitados e tempo de espera em cada fila.

⁴⁰⁴ Ver mais em <https://disneyworld.disney.go.com/pt-br/faq/bands-cards/understanding-magic-band/> Acesso em 16/02/2022.

⁴⁰⁵ Ver mais em <https://disneyworld.disney.go.com/pt-br/50th-anniversary/> Acesso em 22/02/2022.

⁴⁰⁶ Ver mais em <https://disneyworld.disney.go.com/pt-br/attractions/magic-kingdom/fab-50-character-collection/> Acesso em 22/02/2022.

⁴⁰⁷ Tradução livre de: "After you enter a theme park, MagicBand+ will come alive at various times with color-changing lights, haptic vibrations and gesture recognition." Ver mais em <https://disneyworld.disney.go.com/blog/2021/09/just-announced-magicband-will-debut-in-2022-at-walt-disney-world-resort-as-part-of-50th-anniversary-celebration/> Acesso em 22/02/2022.

A partir dos dados recolhidos, as finalidades de cada tratamento podem ser divididas em dois grupos principais: de operação e de experiência para o consumidor. Os espaços e o funcionamento dos serviços, bem como das atrações, podem ser adaptados em tempo real de acordo com o comportamento do público. Performances podem ser montadas com o objetivo de atrair pessoas para áreas dos parques mais vazias, quiosques de alimentação abrem e fecham conforme a necessidade identificada a cada momento.⁴⁰⁸

Porém, é na experiência do consumidor que a "mágica acontece".⁴⁰⁹ O uso da *MagicBand* permite que a Disney forneça "uma experiência mais imersiva e personalizada", conforme descrita nos termos de uso do equipamento.⁴¹⁰ A personalização acontece, por exemplo, nas saudações e comentários dos personagens dirigidos às crianças nos famosos *meet and greet*⁴¹¹.

De fato, as pulseiras inteligentes da Disney se inserem naquilo que Kotler classificou como parte do marketing imersivo, quando é possível aumentar a personalização proporcionando a imersão do consumidor no espaço físico por meio do auxílio de sensores e tecnologias como a Realidade Aumentada (RA) (Kotler et al., 2021, p. 214).

No mesmo sentido, o argumento da personalização da experiência é citado por Eddie Sotto, um dos engenheiros responsáveis pelo desenho da aplicação para o parque de Tóquio. Segundo ele, "isso (a pulseira inteligente) se presta a tentar personalizar o que é uma experiência de massa e fazer com que as pessoas se sintam bem-vindas e acolhidas" (O'Malley, 2020, s.n). Segundo a *Bloomberg*, o acesso

⁴⁰⁸ Nesse sentido, informa a política de privacidade: "Informações agregadas podem ser usadas para que se entenda melhor o comportamento do visitante e sejam feitas melhorias na experiência dele (por exemplo, gerenciando os tempos de espera e melhorando o fluxo do tráfego)". Disponível em <https://disneyworld.disney.go.com/pt-br/faq/my-disney-experience/my-magic-plus-privacy/>. Acesso em 05.02.2022.

⁴⁰⁹ O público percebe e entende o que ganha com as *MagicBands*, como se pode notar na locução de um TikTok produzido pelo perfil @themouselets, formado por fãs da Disney, sobre as pulseiras: "Essa é a coisa mais legal que as *MagicBands* podem fazer por você. Eles podem realmente realizar o controle de multidões. A Disney sabe onde você está o tempo todo porque sua MagicBand tem um rastreador, então, quando uma grande multidão começa a se formar, a Disney pode estar à frente dela. Na verdade, eles têm uma equipe inteira dedicada a monitorar multidões. Quando uma grande multidão se forma, eles resolvem o problema o mais rápido possível adicionando personagens, abrindo espaço adicional em restaurantes e ajustando os tempos de espera e as filas de passeios." Ver o vídeo em: <<https://www.tiktok.com/@themouselets/video/7026860371667389701>> Acesso em 16 fev. 2022.

⁴¹⁰ Disponível em: <<https://disneyworld.disney.go.com/pt-br/park-experience-terms-conditions/>>. Acesso em 05 fev. 2022.

⁴¹¹ O *meet and greet* pode ser traduzido como encontrar e cumprimentar. Acontece em pontos determinados dos parques para que os visitantes tirem fotos com os personagens.

ilimitado aos dados dos visitantes foi traduzido em aumento de lucro operacional (Carr, 2019).

Por outro lado, o preço da personalização nos parques é a datificação, ideia apresentada por Mayer-Schonberger & Cukier (2013) como o tratamento de todo tipo de informação disponível, que é quantificada e usada para fazer inferências e previsões sobre o consumidor. Por meio das *MagicBands*, é possível mobilizar um conjunto de conceitos desenvolvidos no âmbito do marketing que se inserem no contexto mais amplo de monitoramento de usuários-consumidores, formação de perfis (*profiling*) e direcionamento de ações de marketing que ultrapassam a propaganda.

O fluxo de dados extraído dos dispositivos permite o conhecimento acerca do consumidor, envolvendo suas necessidades e seu grau de satisfação (Kotler, 2015, p. 6). As inferências obtidas em tempo real, adicionadas àquelas informadas pelo próprio usuário previamente ao uso das pulseiras inteligentes, são capazes de estruturar um perfil exato do consumidor. A partir desse perfil, é possível antecipar desejos e oferecer produtos e serviços sem que a pressão do consumo seja sentida.

Nessa direção, a busca pela experiência "sem obstáculos" ou "sem fricção" significa retirar tudo aquilo que poderia promover algum resquício de racionalidade por parte do consumidor e fazê-lo mudar de ideia. Eliminar os obstáculos operacionais para que o consumidor viva a experiência dos parques intensamente faz com que ele esteja mais livre para explorar mais, gastar mais e assim ter melhores memórias, que o farão voltar mais vezes: "A capacidade de planejar e personalizar entrou no lugar da espontaneidade. E essa sensação de facilidade e o que deriva dela é o que pode fidelizar o consumidor" (Kuang, 2015).⁴¹²

A satisfação do consumidor, segundo a literatura de marketing, é uma noção atrelada ao grau de desempenho do produto ou serviço percebido pelo consumidor em relação às suas próprias expectativas (Larson & McClellan, 2017). Nesse âmbito, as *MagicBands* também são de grande valia, pois representam a possibilidade de reverter experiências negativas em positivas, como se observa no trecho abaixo da entrevista concedida por Tom Staggs, ex-diretor de operações da Disney, à revista Wired:

⁴¹² Em tradução livre de: "The ability to plan and personalize has given way to spontaneity. And that feeling of ease, and whatever flows from it, just might make you more apt to come back" (Kuang, 2015).

Eles também podem saber quando você esperou demais na fila e enviar um e-mail com um cupom para sorvete grátis ou um ingresso para uma atração. E, com isso, eles terão fígado a baleia branca do atendimento ao cliente, transformando uma experiência negativa em positiva. Isso reformula suas memórias de um lugar - é por esse motivo que os cassinos lhe dão drinks e ingressos para shows quando você perde nos jogos (Kuang, 2015).⁴¹³

A surpresa e o encantamento também são atingidos mais facilmente a partir do tratamento dos dados coletados pelas pulseiras inteligentes. É possível fazer a reserva para almoço ou jantar em um dos restaurantes do complexo Disney, fazer o pedido antecipadamente e ser surpreendido com a refeição que costuma chegar sem erro. É parte do que acontece por meio da combinação da tecnologia de localização por radiofrequência, dos dispositivos de trabalho da cozinha e dos garçons, e dos muitos sensores colocados dentro do restaurante (Kuang, 2015).

Antes das *MagicBands*, a Disney contava com interações pontuais dos visitantes em momentos específicos como a compra dos ingressos a entrada nos parques e as compras nas lojas dos complexos. Com as pulseiras inteligentes, as interações passaram a ser tantas quantas as possibilidades de transformar dados obtidos com a monitoração permanente em contato com o usuário. Nesse sentido, ainda que o usuário não percebesse, ele estaria interagindo passivamente com a marca.

A mineração dos dados empreendida pela Disney está alinhada com o resultado da pesquisa Marketing 2020,⁴¹⁴ que entrevistou mais de 10.000 executivos de marketing em mais de 90 países. As entrevistas foram feitas com base no estabelecimento de dois tipos de empresas: as de desempenho superior e as de desempenho inferior, tomando como base o crescimento de receita dos três últimos anos.

O primeiro fator que separa as empresas de alta performance das demais é a capacidade de integração dos dados de comportamento, isto é, o que o consumidor faz e por que ele faz:

⁴¹³ Em tradução livre de: "But they might also know when you've waited too long in line and email you a coupon for free ice cream or a pass to another ride. And with that, they'll have hooked the white whale of customer service: Turning a negative experience into a positive one. It recasts your memories of a place—that's why casinos comp you drinks and shows when you lose at the tables" (Kuang, 2015).

⁴¹⁴ Ver mais em: <<https://www.millwardbrown.com/docs/default-source/optimor-downloads/marketing-2020.pdf>> e em <<https://hbr.org/2014/07/the-ultimate-marketing-machine#comment-section>>. Acesso em 02 nov. 2019.

Os profissionais de marketing hoje estão inundados de dados de clientes, e a maioria está encontrando maneiras limitadas de usar essas informações – para, digamos, melhorar o direcionamento das mensagens. Saber o que um consumidor individual está fazendo, onde e quando, agora é uma aposta. Os de alto desempenho em nosso estudo se distinguem por sua capacidade de integrar dados sobre o que os consumidores estão fazendo com o conhecimento de por que estão fazendo, o que gera novos insights sobre as necessidades dos consumidores e como melhor atendê-los (Arons et al., 2014)⁴¹⁵

O caso das *MagicBands* se presta a uma importante demonstração do aumento da vulnerabilidade do consumidor. Nick Franklin, ex-executivo da Disney, afirma que o consumidor não precisa saber o que está por trás dessa operação suportada pela tecnologia da internet das coisas, dos sensores espalhados e da mineração de dados: "É sobre a magia da comida chegando" (Kuang, 2015)⁴¹⁶.

Na mesma direção, Siggelkow & Terwiesch (2019) resumem o poder da conexão contínua com o consumidor: ao mesmo tempo que cria experiências mágicas para o cliente, garante eficiência operacional e aumento do sucesso financeiro. E a mágica não se explica.⁴¹⁷

A conexão contínua é o "imperativo comercial" (Zuboff, 2020, p. 273) que gira o mecanismo da predição, antecipando a oferta de bens e serviços ao consumidor, antes mesmo da necessidade de se manifestar. O poder da hiperconectividade abre outra possibilidade: o envio de recomendações de consumo em tempo real. Não se trata apenas de reduzir tempo de fila, redirecionar o público para áreas mais vazias do parque, mas também (e sobretudo) estimular o consumo de produtos e serviços (ainda que na forma de atrações).

A noção de prover um serviço sem obstáculos, sem fricção e sem mecânica visível aos olhos do usuário pode contribuir para a violação de direitos básicos do consumidor no que tange a práticas comerciais coercitivas, desleais e abusivas (Art.

⁴¹⁵ Em tradução livre de: "Marketers today are awash in customer data, and most are finding narrow ways to use that information—to, say, improve the targeting of messages. Knowing what an individual consumer is doing where and when is now table stakes. High performers in our study are distinguished by their ability to integrate data on what consumers are doing with knowledge of why they're doing it, which yields new insights into consumers' needs and how to best meet them" (Arons et al., 2014).

⁴¹⁶ "What people call the Internet of Things is just a technological underpinning that misses the point," he says. "This is about the experiential Internet. The guest doesn't need to know how it happened. It's about the magic of the food arriving" (Kuang, 2015)..

⁴¹⁷ No framework de gerenciamento de jornada de consumo desenvolvido pela Disney e materializado com a estrutura organizada em torno das *MagicBands*, os quatro grupos de interação são desenvolvidos: (i) resposta a desejos; (ii) curadoria; (iii) comportamento de coach; (iv) execução automática.

6º, IV, CDC).⁴¹⁸ Da mesma forma, o tratamento de dados pessoais envolvidos nestes serviços tem potencial de estar em confronto com os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Art. 6º): em especial, com o princípio da transparência (art. 6º, IV)⁴¹⁹.

O exemplo trazido com as *MagicBands* deixa ainda mais evidente que o relacionamento com o consumidor atravessado pela digitalização e pela constante evolução tecnológica agrava a vulnerabilidade e eleva o consumidor à categoria de hipossuficiente, independentemente de verificação diante do caso concreto.⁴²⁰

Resta, ainda, investigar como surgiram e evoluíram os primeiros produtos preditivos envolvendo publicidade. A importância dessa etapa está justamente em trazer mais evidência para o estado da arte de uma atividade do sistema de marketing já amplamente debatida na doutrina jurídica (Dias, 2018, p. 25; Miragem, 2016, p. 265) e tratada na legislação consumerista brasileira (arts. 36, 37 e 38, CDC). Porém, a direção tomada pela publicidade digital fortemente embasada no uso de dados pessoais aponta para novos riscos, ameaças e danos (Basan, 2021, p. 158).

⁴¹⁸ Art. 6º, IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

⁴¹⁹ Art. 6º, VI transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial".

⁴²⁰ Nesse sentido: "É preciso, assim, atualizar as perspectivas do mundo capitalista e reconhecer que as novas dinâmicas competitivas da era digital agravam a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, ao aumentar as assimetrias de informação" (Silveira & Santos, 2019, p. 159) In.: SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo; SANTOS, Bruno Droghetti Magalhães. Os efeitos do preço zero sobre o consumidor de plataformas digitais. In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti. **O Direito do Consumidor**: novas tendências e perspectiva comparada. Brasília: Singular, 2019. p. 159-184.

4. A ponta do iceberg - Publicidade digital

4.1. Publicidade ou propaganda? Um esclarecimento ainda necessário.

Inicialmente, é importante destacar que o uso dos termos publicidade e propaganda como sinônimos no âmbito da prática profissional já foi identificado e abordado pela doutrina jurídica.⁴²¹

O tema não tem levantado maiores discussões, e autores se dedicaram a explicar as diferenças, com a devida ressalva de que o Código de Defesa do Consumidor não alcança a propaganda, mas apenas a publicidade (Dias, 2018, p. 59).⁴²² Porém, é justamente nesse ponto que se entende relevante observar que a sofisticação das atividades de comunicação empresarial ameniza cada vez mais as tênues fronteiras entre publicidade e propaganda.

Dentro de um ambiente de mercado de elevada competitividade, surgiu o conceito de comunicação integrada de marketing (CIM ou IMC). Trata-se de buscar todas as possibilidades para criar e direcionar mensagens que sejam capazes de estabelecer uma posição de destaque para as marcas e que garantam um relacionamento longo junto ao público-alvo (Moriarty et al., 2018, p. 479). Dessa maneira, abre-se o leque de ações que mais se aproximam do conceito de propaganda, mas que ainda assim se inserem na definição de publicidade, e que obrigatoriamente atraem a observância da legislação consumerista.

Inicialmente, cumpre lembrar que a palavra publicidade está atrelada a uma intenção comercial relacionada aos objetivos de informar sobre a existência de bens e serviços, bem como de persuadir para que sejam adquiridos.⁴²³ Tem, portanto, nitidamente conotação econômica, sendo atividade inserida no contexto das relações consumeristas. Em consequência, encontra-se regulada no Código de

⁴²¹ Ver por todos Guilherme Magalhães Martins (2016, p. 191-192): "A publicidade consiste em toda atividade comercial destinada a estimular o consumo de bens e serviços, distinguindo-se, porém, segundo a doutrina, da propaganda, a qual visa obter a adesão a um sistema ou convicção ideológica, política, social, econômica ou religiosa."

⁴²² Recordar-se que a publicidade pode ser definida como qualquer forma paga de apresentação e promoção não pessoais de ideia, produtos ou serviços realizada por um patrocinador identificado (Kotler & Armstrong, 2014, p. 479).

⁴²³ Rabaça & Barbosa (1987) identificaram que a palavra publicidade foi empregada pela primeira vez no Dicionário da Academia Francesa, que teve a primeira edição publicada em 1694. Inicialmente usada em sentido jurídico, assumiu sentido comercial no século XIX: "Qualquer forma de divulgação de produtos ou serviços, através de anúncios geralmente pagos e veiculados sob a responsabilidade de um anunciante identificado, com objetivos de interesse comercial" (p. 481).

Defesa do Consumidor, em duas seções próprias, dentro do capítulo que trata de práticas comerciais.⁴²⁴

Recorda-se que a publicidade pode assumir uma forma direta de promover produtos e serviços ou pode operar indiretamente por meio da construção e manutenção da imagem de marca junto ao público-alvo. Quando uma ação publicitária não se refere especificamente a um produto ou serviço, mas sim à sua marca, se está diante da publicidade institucional⁴²⁵, ao passo que a chamada publicidade promocional se destina a divulgar diretamente produtos e serviços.⁴²⁶ Ambas as modalidades são alcançadas pelo CDC na medida em que têm como objetivo o incentivo comercial (Dias, 2018, p. 59).

Em paralelo à proteção garantida ao consumidor, a publicidade é considerada, no âmbito do anunciante, peça fundamental para sua capacidade de competição e sobrevivência. Não apenas isso: é alicerce de uma ampla gama de produtos e serviços que compõem o mercado digital. À vista da tamanha relevância que a indústria da publicidade adquiriu ao longo do tempo, o livre exercício da atividade foi explicitamente ressaltado na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019).

Nesse sentido, passou a ser dever da administração pública e das demais entidades a abstenção do chamado abuso regulatório, na forma do art. 4º, VIII: “Art. 4º, VIII: restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal”.

Assim, cumpre ressaltar que a menção conjunta de publicidade e propaganda pode apontar para uma direção que não o mero uso irrefletido de termos tidos como sinônimos, conforme a doutrina tem apontado até o presente

⁴²⁴ Capítulo V, seções II e III.

⁴²⁵ A publicidade institucional faz parte de um programa de gerenciamento de marca (*branding*) que tem por objetivo principal criar os aspectos intangíveis que fazem que uma marca tenha significado e seja memorável para o seu público-alvo. Isso se reflete no valor econômico da marca e é medido por meio do seu *brand equity* (Moriarty et al., 2018, p. 24).

⁴²⁶ Nesse sentido: "A publicidade promocional refere-se à atividade que se estabelece no mercado de consumo, ligada à divulgação de produtos e serviços. A publicidade institucional, por sua vez, tem a finalidade de promoção de uma marca, ou de uma determinada empresa fornecedora. A publicidade institucional não possui por fim direto e imediato a promoção de venda de determinados produtos e serviços, mas tem este objetivo por finalidade indireta ou mediata, por intermédio da promoção da marca ou conceito, razão pela qual se encontra também sob o regramento das normas da Lei nº 8078/90.236" (Martins, 2016, p. 192)

momento.⁴²⁷ Recorre-se aqui a Lucia Ancona Dias (2018, p. 27), para quem a propaganda não ambiciona uma vantagem econômica, mas sim a disseminação de ideias. Estaria mais ligada a questões de natureza ideológica. Na mesma linha, Bruno Miragem (2016, p. 265) sublinha a desvinculação da propaganda do objetivo do lucro e ressalta a promoção de ideias e conceitos.

É interessante resgatar a ideia de complementaridade entre os dois conceitos na literatura europeia, conforme informa Eloá Muniz (2004, s.n): "A primeira, a publicidade no sentido da motivação do consumo em massa dos produtos e a segunda, a propaganda no sentido ideológico de atribuir valor e buscar permanentemente estes valores que estrategicamente são denominados atributos do produto." Assim sendo, mesmo a disseminação indireta de ideias estaria vinculada ao propósito de vender produtos e serviços.

Nesse mesmo sentido, recupera-se o importante ensinamento de Adalberto Pasqualotto (1997) sobre os dois elementos nucleares formadores do conceito de publicidade, que são o objetivo de influenciar o consumidor e o favorecimento direto ou indireto de produtos e serviços, independentemente de finalidade lucrativa. Nas palavras do autor:

O que não se inclui no conceito de publicidade é a divulgação de idéias de cunho político, religioso, ideológico, filosófico, moral ou de qualquer outra natureza, enquanto manifestação de pensamento livre e a todos permitida, **sem nenhum interesse direto ou indireto no complexo das relações próprias do mercado de consumo.** (Pasqualotto, 1997, p. 49, grifo nosso).

Afirma, ainda, que andou bem o legislador ao não delimitar a definição do termo no CDC, dada a abrangência da atividade no Brasil (Pasqualotto, 1997). Com efeito, essa elogiada flexibilidade hoje mantém seu valor. Afinal, diante das ações de comunicação integrada de marketing (CIM) e da crescente sofisticação tecnológica, a disseminação de ideias que tradicionalmente estariam fora do âmbito do CDC pode sim pretender uma notória finalidade comercial – vide o caso do iFood mencionado no capítulo 2 do presente trabalho.

⁴²⁷ Observa-se que a alternância entre os conceitos de publicidade e propaganda também figura na Constituição Federal, artigo 220 § 4º; bem como no Código de Defesa do Consumidor, artigos 56, XII e 60, ao tratar da contrapropaganda.

Isso posto, passa-se a analisar a publicidade digital, a parte visível de uma engrenagem que avança sobre dados pessoais, desenvolvendo produtos de predição de comportamentos e desafiando a proteção de direitos fundamentais.

4.2. Uma dúvida persistente no mercado publicitário

Mais de cem anos se passaram desde que John Wanamaker, empreendedor do varejo norte-americano, declarou que metade do investimento que fazia em publicidade era desperdiçada (Moriarty et al. 2017, p. 43-44). O problema era identificar a metade que funcionava e a metade que não surtia efeito. A questão posta por Wanamaker atravessaria o século XX, sendo refeita por profissionais de propaganda no intuito de descobrir o retorno sobre o investimento (ROI) alcançado com suas campanhas publicitárias.

Medir o resultado é importante sobretudo para justificar o orçamento destinado à publicidade, tomar decisões embasadas que aproximem o negócio de seus objetivos, bem como comparar a eficiência das ações com concorrentes.⁴²⁸ Como se verá a seguir, é com a publicidade feita em ambiente digital que a eficácia das campanhas é melhor verificada. Porém, a história da busca por métodos capazes de demonstrar a relação direta entre publicidade e resultados pretendidos pelos anunciantes começa muito antes da internet.⁴²⁹

É atribuída ao publicitário Claude Hopkins, nascido em meados do século XIX, a introdução de métodos científicos de pesquisa com o intuito de trazer elucidação para os muitos pontos cegos que permeavam o exercício da publicidade (Hopkins, 1966).⁴³⁰ Ele apresentou à indústria conceitos que permanecem válidos até os dias atuais: por exemplo, colocou em prática a experimentação, ao testar e

⁴²⁸ Por ROI, entende-se o retorno financeiro de capital investido em determinado negócio. Calcular o ROI de ações no âmbito da propaganda significa, em linhas gerais, identificar quanto cada campanha trouxe de resultado para o anunciante. Nesse sentido: “Marketing ROI has been major concern for academicians as well as for managers as increasing cost and competition has made them thinking towards marketing performance measurement. Twenty to twenty-five percent of the expenditures of many organizations are related to marketing. This makes it target interest of senior management and of board members” (Mishrant et al., 2011, p. ???).

⁴²⁹ Nesse sentido, em 1968 a Associação Americana de Marketing (AMA) lançou um programa para premiar e promover as campanhas mais eficientes a cada ano. Ver mais em: <<https://www.affie.org/worldwide/about>> Acesso em 03 jun. 2022.

⁴³⁰ HOPKINS, Claude. **A ciência da propaganda**. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 1966.

submeter, a pequenos grupos de consumidores diferentes, alternativas das mensagens comerciais que escrevia.⁴³¹

Nesse sentido, pode-se dizer que Hopkins plantou a semente dos testes A/B, ferramenta central hoje na dinâmica da publicidade digital e parte das engrenagens do capitalismo de vigilância, como visto anteriormente.⁴³² Seu objetivo era dar a segurança do retorno financeiro às campanhas que vendia. Segundo ele, "tatear no escuro, neste campo, já custou bastante dinheiro para pagar a dívida nacional. (...) E o alvorecer do conhecimento é o que está trazendo um novo dia ao mundo da publicidade" (Hopkins, 1966, p. 76).

Esse novo dia chegou com intensidade na década de 1990, mais especificamente com o início da publicidade digital, definida em função da utilização dos meios interativos digitais para a promoção de marcas, produtos e serviços.⁴³³ Começava uma era na qual passava a ser possível relacionar as respostas dos consumidores aos estímulos publicitários dispostos em ambiente digital. Em 1994, a AT&T veiculou o primeiro anúncio na internet por meio de um banner no website da HotWired.com, um pequeno retângulo com os dizeres: *Have you ever clicked your mouse right here? You will.*⁴³⁴ O clique no banner levava o usuário para uma outra página, em que havia uma série de informações sobre a empresa (AT&T) e mais convites para cliques.⁴³⁵

A pergunta de Wanamaker começava a ser respondida: mais de 40% das pessoas que viram o banner da AT&T clicaram. O setor, antes carente de informações que pudessem embasar as decisões de investimento, se estruturou em

⁴³¹ Hopkins afirmava a importância dos testes para diversas aplicações relacionadas a decisões de negócios, inclusive para aprimorar campanhas já bem-sucedidas, como neste caso: "Durante cinco anos, para um anunciante de alimentos, experimentamos mais de cinquenta planos diferentes. A cada pouco, encontrávamos um aperfeiçoamento, de modo que os resultados de nossa propaganda cresciam constantemente. Ao fim de cinco anos, encontramos o melhor plano de todos. Ele reduz nosso custo de venda em 75%. Isto é, era quatro vezes mais eficaz que o melhor plano usado anteriormente." O autor dizia que quase todas as perguntas podiam ser respondidas "pronta, econômica e definitivamente por uma campanha-teste" (Hopkins, 1966, p. 105).

⁴³² Nesse sentido, Anna Bentes (2021) afirma a relação de dependência dos modelos de negócio das grandes empresas de tecnologia, que operam em constante busca de captura e manutenção da atenção dos usuários, com os testes A/B: "É fundamental à gestão algorítmica a realização de ininterruptos testes e experimentos de diferentes modos de capturar, mobilizar e direcionar a atenção dos seus usuários" (p. 48)

⁴³³ Lucía Ancona Lopez de Magalhães Dias (2018) definiu publicidade digital ou comunicação publicitária em meios digitais como "toda comunicação que se utiliza de meios interativos digitais para promover a marca, produtos ou serviços, e de alguma forma, influenciar positivamente a conduta dos consumidores reais ou potenciais" (p. 322).

⁴³⁴ Em tradução livre: Você já clicou seu mouse aqui? Você vai.

⁴³⁵ Outras 11 marcas também veicularam anúncios em forma de banner no mesmo período, como MCI, Volvo, Club Med, 1-800-Collect, Sprint, IBM e Zima (LaFrance, 2017).

torno de métricas a partir dos dados dos usuários de internet, que passaram a ser coletados, classificados, processados, cruzados e compartilhados. Termos como *Click-Through-Rate* (CTR), Custo por clique (CPC), Custo por mil (CPM), *Viewability* (visibilidade do anúncio), taxa de abertura de e-mail, entre outros entraram na pauta do profissional de publicidade.

Os anúncios em banners rapidamente se tornaram obsoletos, e a taxa de clique hoje não chega a 0,5%⁴³⁶, porém a possibilidade de medir resultado com base nas ações dos usuários estava estabelecida.⁴³⁷ Por outro lado, observa-se que a literatura de marketing mais contemporânea alerta para o fato de que o aumento no volume e na complexidade dos dados dos consumidores disponíveis para análise impõe desafios no sentido da precisão de resultados das ações de publicidade digital (Goldfarb et al., 2019).⁴³⁸

Independentemente das discussões sobre eficácia, o desenvolvimento do *big data* e do *big analytics* e a crescente capacidade de apreensão e tratamento de dados pessoais impulsionaram o surgimento de novos tipos de publicidade em ambiente digital⁴³⁹. Dentre eles, destaca-se a publicidade direcionada de acordo com as preferências e comportamento dos consumidores em potencial. Novos formatos,

⁴³⁶De acordo com dados de pesquisa da SmartInsights. Disponível em: <<https://www.smartinsights.com/internet-advertising/internet-advertising-analytics/display-advertising-clickthrough-rates/>>. Acesso em 30 ago. 2021

⁴³⁷ Como, por exemplo, os resultados relatados pela Microsoft em relação à campanha publicitária realizada com o objetivo de aumentar o apreço pela marca e posicioná-la como inovadora: "Levamos para o maior palco, o Super Bowl, para mostrar ao mundo: quando todos podem jogar, todos nós ganhamos. Vimos 1B impressões, 35M em mídia ganha, 879% de aumento em #GamingForEvery, e 76% concordando que a Microsoft era uma marca que eles amavam." In.: https://www.affie.org/case_database/case/US_2020_E-5278-724 acesso em 03.06.2022. Outro exemplo pode ser visto na campanha da Fiat com o objetivo de aumentar as vendas de um modelo específico da montadora, conforme relatado: "A campanha foi um sucesso para Fiat, tanto no âmbito de negócios quanto de interação com a marca. Em negócio, houve aumento dos emplacamentos da montadora em 22%, transformando o Fiat Argo no 3º carro mais vendido do país, com um aumento de 43,5% nos emplacamentos. Em interação com a marca, o número de engajamentos por 1000 seguidores no Instagram aumentou 45%, saindo de 556,43 para 805,84." In.: <https://effie.com.br/cases-vencedores/2020/vivi-guedes-o-dia-que-criamos-um-novo-formato-de-midia-1817/> acesso em 03.06.2022.

⁴³⁸ Esse tema será abordado mais à frente, porém já se nota que a própria indústria começa a alertar que produtos derivados da predição algorítmica talvez não apresentem resultados tão eficazes como se afirmou nas últimas duas décadas, em especial por parte de quem vende tais aplicações, como Google e Facebook. Ver mais em https://www.emarketer.com/content/google-offers-more-personalized-advertising-apple-suggests-that-some-cases-personalization-doesn-t-matter?ecid=NL1001&utm_campaign=eDaily+Weekender+5.22.2022+CORE&utm_medium=email&utm_source=Triggermail&utm_term=eMarketer+Daily+Week+in+Review+CORE%2fEMEA acesso em 03.06.2022.

⁴³⁹ Como exemplo de formatos de anúncios que surgiram depois dos banners: pop-ups, links patrocinados, social-ads (anúncios para redes sociais como Facebook, Instagram, YouTube, LinkedIn, e Tweets patrocinados), anúncios para dispositivos móveis (telefones e tablets), e Google Shopping.

custos reduzidos para coletar e explorar informações sobre os consumidores (Bleier et al., 2020, p. 468) e a possibilidade de personalização antes não imaginada apresentam desafios à proteção da privacidade e dos dados pessoais.⁴⁴⁰

O próprio modelo de negócios da publicidade digital baseado no monitoramento do usuário, no *profiling* e no direcionamento de mensagens impõe barreiras ao titular de dados pessoais no que diz respeito à possibilidade de entender e controlar o fluxo de seus dados. É, portanto, diante desse contexto que o presente capítulo tem por objetivo oferecer fundamentação para a reflexão acerca das questões relacionadas à publicidade em ambiente digital.

4.3. O papel revolucionário do Google na publicidade digital

Conforme descrito no item 3.2 do presente trabalho, com o excedente de dados pessoais gerado pelo seu sistema de busca, o Google alcançou posição privilegiada em relação às possibilidades de desenvolvimento de produtos voltados para a publicidade em ambiente digital (Zuboff, 2021, p. 95).⁴⁴¹ No entanto, a decisão da empresa de combinar seu então serviço principal com direcionamento de publicidade só aconteceu quatro anos depois da sua fundação em 1998.

Nesse ínterim, o Google atingiu significativo sucesso e destaque entre os demais fornecedores de sistemas de busca em função do seu diferencial tecnológico que pode ser sintetizado pelo *Page Rank*. Em poucas palavras, trata-se do algoritmo desenvolvido na empresa que define critérios específicos para classificar e apresentar respostas aos usuários.

Apesar da reconhecida superioridade em relação aos concorrentes de engrenagens de busca, o mercado colocava em xeque sua capacidade de sobrevivência. Em 2002, o jornal *The New York Times* publicou a matéria “Google’s toughest search is for a business model”, na qual enfatizou as dificuldades a serem enfrentadas pela empresa em um futuro próximo.⁴⁴² O que

⁴⁴⁰ Observa-se uma ainda discreta produção sobre as implicações da privacidade e da proteção de dados pessoais no campo da literatura de marketing (Goldfarb et al., 2019, p. 277).

⁴⁴¹ Ver mais em <https://www.investopedia.com/articles/personal-finance/042415/story-behind-googles-success.asp>

⁴⁴² Nesse sentido: "And most important, while Google is the leader in searching Web pages, it is a tiny force in the rapidly growing market for selling advertising related to searching. The dominant player there is Overture Services, which began life as GoTo.com, a search engine that lets Web sites bid to be listed and ranked in searches. (...) But the bigger question is whether Google has the scale to capture a viable share of the search advertising market. In other words, can Google create a business model even remotely as good as its technology?" Ver mais em

aconteceu a partir desse ponto de inflexão mudou a história do Google, do setor de publicidade digital e da própria Internet (Zuboff, 2020, p. 95).

Nesse sentido, destacam-se duas inovações: a criação de um perfil específico para cada usuário, *user profile information* (UPI), e o redesenho do produto *Google Adwords*⁴⁴³. A combinação de ambos significou mais um passo em direção à resposta da pergunta de Wanamaker: a redução da incerteza que sempre permeou as ações de publicidade. Da mesma forma, significou um avanço silencioso sobre a privacidade dos usuários, que passaram a ter seus dados tratados por métodos inimagináveis.⁴⁴⁴

Foi com a mudança realizada no *Google Adwords* que a métrica *click through rate* (CTR) foi implementada em substituição ao "custo por mil" (CPM), introduzindo o conceito de relevância na publicidade digital. Em lugar de cobrar do anunciante pelo número de vezes que um anúncio era exposto ao usuário, o Google passou a basear o preço nos cliques efetivos que cada anúncio recebia. Essa alteração, ao mesmo tempo que ofereceu mais certeza ao anunciante⁴⁴⁵, aumentou a pressão interna para que o algoritmo fosse cada vez mais assertivo.

Logo, a engrenagem do *Google Adwords* passou a depender de tratamentos cada vez mais sofisticados dos dados pessoais dos usuários, com fins de que o anúncio exposto seja cada vez mais relevante e, com isso, aumente as chances de clique, de modo a garantir o consequente pagamento por parte do anunciante. O sucesso alcançado com o binômio relevância-certeza se expandiu rapidamente para outros produtos de predição de comportamento, a começar pela criação de uma plataforma de dinâmica semelhante ao *Adwords*, mas voltada para funcionar em outros websites.⁴⁴⁶

Atualmente, apenas no segmento de serviços, são mais de 100 produtos dirigidos a empresas, consumidores e desenvolvedores. Todos eles se relacionam

<https://www.deseret.com/2002/4/10/19648349/google-s-toughest-search-is-for-a-business-model>

Acesso em 20.05.2022.

⁴⁴³ Ver mais em <https://ads.google.com/home/>

⁴⁴⁴ Shoshana Zuboff (2020) destaca o seguinte trecho, extraído das patentes depositadas pelo Google sobre a criação do UPI: "A informação sobre o perfil do usuário pode incluir qualquer informação sobre um usuário individual ou um grupo de usuário. Tal informação pode ser fornecida por ele, fornecida por uma terceira parte autorizada a liberar a informação sobre ele e/ou deduzida das ações do usuário. (...) A UPI pode estar associada a várias entidades" (p. 98)

⁴⁴⁵ Nesse sentido: "O novo Google assegura àqueles que são, de fato, seus clientes que fará tudo que for necessário para transformar a falta de clareza inerente ao desejo humano em fato científico" (Zuboff, 2020, p. 100).

⁴⁴⁶ Trata-se do *Google AdSense* <https://www.google.com.br/adsense/start/>

às quatro ideias expostas por Hal R. Varian (2013, p. 2), economista chefe do Google, em 2013: extração e análise de dados; personalização e customização; experimentação contínua; monitoramento; e contratos⁴⁴⁷.

Pela breve exposição, não há dúvidas da contribuição fundamental do Google para o desenvolvimento da publicidade em ambiente digital, mas também para o agravamento dos desafios postos à proteção dos consumidores. A seguir, apresenta-se um retrato sobre o estado da arte dessa atividade que, de tão presente na sociedade, não raro tem seus riscos e consequências ignorados ou vistos como "mero aborrecimento."

4.4. Da publicidade de massa à publicidade direcionada: do consumidor anônimo ao consumidor perfilado

Em revisão sobre o marketing feito em internet, do ponto de vista da literatura de negócios, os seguintes fatores foram identificados (Bala & Verma, 2018): a publicidade digital é um poderoso veículo para construção de marcas; o custo-benefício da publicidade digital é mais eficiente em função do *targeting*; a persuasão em ambiente digital é maior em comparação com os métodos tradicionais de comunicação; experiências na internet afetam os processos mentais dos consumidores e ampliam a tomada de decisão on-line.⁴⁴⁸

A transição da publicidade de massa para a publicidade personalizada verificou-se em consequência de mudanças anteriores no sistema econômico, que passou de um modelo de produção em massa para a customização em massa.⁴⁴⁹ O novo modelo, também chamado de economia flexível (Harvey, 2008), demandou grandes volumes de informações sobre os consumidores para que bens e serviços customizados pudessem ser desenvolvidos, comunicados e distribuídos a públicos específicos.

⁴⁴⁷ Especificamente sobre as relações entre novas formas contratuais e monitoramento, Varian resumiu em uma frase como via a aplicação das mudanças decorrentes das relações mediadas por computador (e monitoramento): "(...) Because transactions are now computer mediated, we can observe behavior that was previously unobservable and write contracts on it" (Varian, 2013, p. 8).

⁴⁴⁸ Note-se que, em sentido contrário, a literatura de marketing em ambiente digital aponta os obstáculos ao desenvolvimento do setor: (i) efetividade das medidas de sucesso da propaganda digital, (ii) ineficiência organizacional, (iii) bloqueadores de anúncios e (iv) fraudes (Gordon et al., 2020).

⁴⁴⁹ A customização em massa é definida por Samarajiva (1997) como a flexibilidade e a capacidade de resposta para a entrega de bens e serviços a preços acessíveis com variedade suficiente para atender a necessidades e desejos diferentes.

A fragmentação dos meios de comunicação de massa e a consequente pulverização da audiência também contribuíram para a necessária busca por informações mais detalhadas sobre os usuários desses veículos especializados (Samarajiva, 1997, p. 279). Nesse sentido, a publicidade, até então baseada em formas amplas de segmentação – como a geográfica – ou em grandes categorias demográficas (Yanaze, 2007, p. 139), passou a se debruçar sobre técnicas sofisticadas de monitoramento do comportamento dos consumidores.⁴⁵⁰

Conforme sintetiza Samarajiva (1997, p. 279): "Mass customization goes with customized marketing, which goes with customer surveillance. This is the surveillance imperative."⁴⁵¹ O imperativo da vigilância, portanto, é parte do mecanismo que possibilita a personalização da publicidade.⁴⁵² Operacionalmente, ele nasce com o monitoramento (*tracking*) da atividade do consumidor, que é mais facilmente realizado em ambiente digital, e pode ser definido como a capacidade de conectar o comportamento dos indivíduos em diferentes meios de comunicação, portais de conteúdo⁴⁵³ e circunstâncias de compra.

O monitoramento e as consequentes práticas de tratamento de dados que dele resultam possibilitam uma segmentação extremamente singularizada, que, por sua vez, assegura a personalização da propaganda (Goldfarb et al., 2019, p. 273). Se, por um lado, se viabilizam as ambições de agentes econômicos interessados em atender a nichos específicos e extrair o valor correspondente, por outro, colocam-se em xeque a autonomia da pessoa, seus direitos de livre acesso a bens e serviços, e impõem-se obstáculos ao entendimento acerca do que é feito com seus dados pessoais (Terra & Mulholland, 2020, p. 607).

Trata-se da primeira peça de uma engrenagem à qual se junta o *profiling*, que, por sua vez, instrui o direcionamento (*targeting*) da propaganda. A partir de então, surge a figura do consumidor monitorado e perfilado, o que levanta sérias questões acerca da proteção de seus direitos fundamentais. Antes de passarmos às

⁴⁵⁰ A segmentação comportamental é baseada na identificação de consumidores de acordo com características relacionadas à compra e ao consumo: por exemplo, ocasião de compra, status de uso, taxa de uso, razão da compra, frequência, local da compra, atitude em relação ao produto etc (Yanaze, 2007, p. 144).

⁴⁵¹ Em tradução livre: A customização em massa acompanha o marketing customizado, que acompanha a vigilância do cliente. Esse é o imperativo da vigilância (Samarajiva, 1997, p. 279).

⁴⁵² No mesmo sentido do que já foi descrito no capítulo anterior, tendo como base a sistematização realizada por Shoshana Zuboff (2020) em *A era do capitalismo de vigilância*.

⁴⁵³ Joseph Turow (2011) define os portais de conteúdo como os produtores e distribuidores de conteúdo na internet, também chamados de *publishers*.

considerações sobre o *targeting*, suas espécies e implicações, cabe apontar três obrigações propostas por Rafael Zanatta (2019) no âmbito do *profiling*, mas perfeitamente ampliáveis para alcançar o tripé sobre o qual se estabelece a publicidade digital (monitoramento, *profiling* e direcionamento):

(i) informacional, relacionada à obrigação de dar ciência da existência do perfil e garantir sua máxima transparência, (ii) antidiscriminatória, relacionada à obrigação de não utilizar parâmetros de raça, gênero e orientação religiosa como determinantes na construção do perfil, e (iii) dialógica, relacionada à obrigação de se engajar em um “processo dialógico” com as pessoas afetadas, garantindo a explicação de como a perfilização funciona, sua importância para determinados fins e de como decisões são tomadas (p.3).

A ampliação se dá pelo fato de serem obrigações que ultrapassam a necessidade de transparência, assim como a vedação às práticas antidiscriminatórias e a garantia de acesso a informações sobre o funcionamento do *profiling*. Devem estar presentes no desenvolvimento tanto do monitoramento, conforme já apresentado, quanto do *targeting*, como se passa a expor em seguida.

4.5. A publicidade digital: o protagonismo do *targeting* (e o bastidor do *tracking*)

O *targeting* pode ser descrito como a técnica de direcionar mensagens publicitárias de acordo com critérios pré-definidos e relacionados a características do destinatário (público-alvo), bem como ao meio onde ele se encontra (websites, plataformas, aplicativos e cruzamento de mídia digital com mídia off-line⁴⁵⁴). As características são representadas por informações das mais diversas espécies conforme o interesse do anunciante.⁴⁵⁵ A cada informação adicionada sobre o público que se pretende atingir, mais se restringe seu tamanho, e mais se aproxima do que seria o alvo (*target*) ideal (Moriarty et al., 2018, p. 212).

Trata-se da porção da publicidade digital mais aparente para o usuário, uma vez que as atividades que o antecedem (*tracking* e *profiling*) ocorrem, na maior parte das vezes, sem o seu conhecimento. O *tracking*, traduzido por

⁴⁵⁴ Como explica Marcel Leonardi (2021): a atividade off-line do usuário também pode ser analisada, como, por exemplo, o histórico de compras em lojas físicas atreladas a programas de fidelidade, e posteriormente combinada com a atividade on-line em sites e aplicativos.

⁴⁵⁵ Vide a taxonomia de audiência do IAB Techlab disponível em <https://iabtechlab.com/standards/audience-taxonomy/> acesso em 09.06.2022.

monitoramento, pode ser descrito pelo processo que sustenta a estrutura de capitalismo de vigilância e suas relações com o marketing digital, conforme exposto no capítulo 3 do presente trabalho. Isso se deve a um fato intrínseco à dinâmica da publicidade em ambiente de internet: qual seja, a opacidade, que sozinha já ensejaria o debate acerca do tema. Nesse sentido, o princípio da transparência (art. 6º, VI, LGPD)⁴⁵⁶, não por acaso um dos mais presentes na Lei Geral de Proteção de Dados (Oliveira & Lopes, 2020, p. 75), se presta a demonstrar os primeiros desafios enfrentados pelo destinatário da publicidade direcionada.

O princípio da transparência está intimamente relacionado à efetividade da LGPD em sua medida prática (Maia, 2020, p. 108), como, por exemplo, no acesso facilitado às informações sobre as operações de tratamento (art. 9º, LGPD)⁴⁵⁷, na hipótese de legítimo interesse (art. 10 § 2º, LGPD)⁴⁵⁸ e nos direitos garantidos ao titular (art. 18, I, II, VII e VIII)⁴⁵⁹. São casos de aplicação mais complexa no que tange à publicidade digital em função do emaranhado sistema sobre o qual o *targeting* se concretiza, conforme será abordado adiante. Antes, porém, passamos a uma breve apresentação dos tipos de publicidade digital.

A publicidade em ambiente de internet pode ser dividida em duas categorias principais: *search* (busca) e *display*.⁴⁶⁰ Dentro da modalidade de *search*, o anunciante paga aos buscadores para que relacionem as pesquisas dos usuários a seus websites.⁴⁶¹ O anúncio aparece para o usuário no formato de links

⁴⁵⁶ art. 6º, VI, LGPD transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

⁴⁵⁷ Art. 9º, LGPD O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso.

⁴⁵⁸ Art. 10 § 2º, LGPD O controlador deverá adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse.

⁴⁵⁹ Art. 18, LGPD O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I - confirmação da existência de tratamento; II - acesso aos dados; VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;

⁴⁶⁰ De acordo com o estudo realizado pela Autoridade de Concorrência e Mercado do Reino Unido, existe uma terceira categoria de propaganda digital chamada de "classificados". Neste trabalho, optamos por restringir a duas categorias principais e tratar do tipo "classificados" no contexto do *display* para se aproximar mais da realidade brasileira. Ver mais em <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study> Acesso em 02/09/2021.

⁴⁶¹ O mercado de publicidade na categoria de busca é dominado pelo Google e seu serviço Google Ads com 56,8% de participação nos Estados Unidos. O Facebook é outro player importante desse

patrocinados, que se diferenciam dos resultados não pagos, chamados de orgânicos, por pequenos detalhes gráficos. Em termos de conversão – isto é, o percentual de usuários que clicam nos links patrocinados –, a modalidade *search* apresenta resultados significativos.⁴⁶² O motivo se dá pelo fato de alcançar o consumidor quando ele demonstra a intenção de tomar a decisão de compra, pois ele já estava pesquisando sobre o assunto (Fourberg, 2021).

A modalidade chamada de *display* contempla diferentes formatos, como vídeos, anúncios em mídias sociais e banners. Dos três, o vídeo é o que demonstra maior potencial de crescimento em função do avanço da tecnologia 5G, dos investimentos em TV conectada (CTV) e da melhoria na infraestrutura para dispositivos móveis (Fourberg, 2021). Os anúncios em banners representam as primeiras experiências de publicidade digital, conforme já exposto. Atualmente, a maior parte dos espaços comercializados para a veiculação dos banners se dá pela mídia programática (processo automatizado de compra e venda), conforme será abordado em seguida.

A terceira forma de *display* são os anúncios especificamente desenvolvidos para serem colocados em plataformas de redes sociais, como Facebook, Instagram, TikTok, LinkedIn e outras. A publicidade é inserida diretamente no *feed* do usuário de acordo com um grande volume de informações a respeito do destinatário. Informações fornecidas pelo dono do perfil se somam à atividade online: por exemplo, pesquisas realizadas e interações com a plataforma (curtidas, comentários, salvamento, envio de posts, etc). Como consequência, os anúncios direcionados para redes sociais tendem a se beneficiar de um conjunto de dados pessoais bastante rico capaz de sustentar um direcionamento (*targeting*) mais assertivo.

Conforme já apontado, a publicidade digital apresenta múltiplas oportunidades para direcionamento e personalização das mensagens enviadas aos consumidores. As técnicas de *targeting* podem ser incorporadas tanto à busca quanto ao *display*, e são três os métodos mais utilizados: contextual, segmentada e comportamental (Bioni, 2019). Com base nas duas atividades que antecedem o

segmento, e a Amazon detém 19%. Ver mais em <https://www.wsj.com/articles/amazon-surpasses-10-of-u-s-digital-ad-market-share-11617703200>

⁴⁶² Dados de 2020 revelam que o investimento em anúncios do tipo *search* chega a 40% do total gasto em publicidade na internet nos Estados Unidos. Ver mais em <https://www.emarketer.com/content/search-marketing-2020> Acesso em 02/09/2021.

targeting – quais sejam, monitoramento e o *profiling* –, no formato da exposição (busca ou *display*) e nos objetivos a serem atingidos, define-se a melhor técnica de direcionamento. Integrada ao direcionamento está a personalização, pois não faria sentido, do ponto de vista do anunciante, buscar o melhor alvo sem que se estabelecessem configuração e conteúdo diferenciado para ele.⁴⁶³

A forma como a personalização se consolidou na indústria da publicidade digital foi por meio da compra de espaço comercial, assim como pelo direcionamento que se fazia a partir das atividades de monitoramento e *profiling*. Porém, com o avanço da inteligência artificial⁴⁶⁴ no campo da criação publicitária, observa-se a personalização igualmente no que concerne ao desenvolvimento do conteúdo dos anúncios em si.⁴⁶⁵ São programas que customizam as peças em tempo real e que agregam mais uma ferramenta à prática do direcionamento, tornando-a cada vez mais específica e sofisticada.

Nesse sentido, o estado do Tennessee, nos Estados Unidos, com o objetivo de promover o turismo regional, desenvolveu uma campanha publicitária com mais de 2.000 vídeos diferentes a serem direcionados de acordo com: local de moradia, preferências gastronômicas, jogar golfe, gostar de ar livre, estilo musical, entre outras informações extraídas de bases de dados próprias e de terceiros.⁴⁶⁶

⁴⁶³ No entanto, percebe-se um questionamento por parte de atores do sistema de publicidade digital sobre os reais resultados da personalização, conforme será explorado mais adiante.

⁴⁶⁴ O High-Level Expert Group on Artificial Intelligence organizado pela Comissão Europeia, define Inteligência Artificial da seguinte forma: “Artificial intelligence (AI) systems are software (and possibly also hardware) systems designed by humans that, given a complex goal, act in the physical or digital dimension by perceiving their environment through data acquisition, interpreting the collected structured or unstructured data, reasoning on the knowledge, or processing the information, derived from this data and deciding the best action(s) to take to achieve the given goal”. Em tradução livre: “Os sistemas de inteligência artificial (IA) são sistemas de software (e possivelmente também hardware) projetados por humanos que, atendendo a um objetivo complexo, atuam na dimensão física ou digital percebendo seu ambiente por meio da aquisição de dados, interpretando os dados estruturados ou não estruturados coletados, raciocinando sobre o conhecimento ou o processamento das informações derivados desses dados e a decidindo(a) melhor(es) ação(ões) para atingir o objetivo dado” (High Level..., 2018).

⁴⁶⁵ Também chamados de “criativos dinâmicos”, que, de acordo com o Google, “permitem que os anunciantes exibam o conteúdo de anúncio mais relevante para cada espectador. Para criar um anúncio dinâmico, primeiro você precisa decidir quais elementos do anúncio devem mudar de acordo com quem o visualiza, por exemplo, texto, imagens e URLs. Esses elementos podem ser alterados manual ou programaticamente, de acordo com as regras de segmentação que você definir.” Disponível em <https://support.google.com/richmedia/answer/6103214?hl=pt-BR> acesso em 08.06.2022.

⁴⁶⁶ Ver mais em <https://www.wsj.com/articles/the-process-of-making-digital-ads-is-gradually-starting-to-become-more-programmatic-1482404400> Outro exemplo de personalização de conteúdo criativo na publicidade direcionada é o grupo Alibaba, que usou sistemas de aprendizagem de máquina para personalizar 1 bilhão de anúncios publicitários em menos de 24 horas. Os anúncios faziam parte

No que diz respeito às técnicas de *targeting*, a literatura identifica três modalidades principais: contextual, segmentada e comportamental (Moriarty et al., 2018). A publicidade contextual tem como característica principal o direcionamento de acordo com o contexto no qual o usuário se encontra.⁴⁶⁷ É uma técnica antiga e muito utilizada fora do ambiente digital: o conteúdo do veículo (*publisher*) informa o tipo de anúncio que deve aparecer para o usuário. A correlação se dá em função do elemento objetivo, a temática da publicação (ou da seção), e seu vínculo com aquilo que é anunciado (Bioni, 2020, p. 15).

Por sua vez, o *targeting* segmentado é construído em torno do aspecto subjetivo, ou seja, de quem que vai ser exposto às mensagens. Aqui importa mais o perfil do consumidor do que os locais por onde ele navega (websites, aplicativos, TV conectada); isto é, o conteúdo do *publisher* sobre o qual os anúncios serão expostos importa pouco.

A publicidade direcionada por segmentação não é prerrogativa do ambiente digital, uma vez que é um recurso usado para a determinação de públicos-alvo específicos nas mídias tradicionais. O conceito de segmentação de mercado data da década de 1950 e está relacionado à transição de modelos de produção (de massa para economia flexível) que viria a ocorrer posteriormente. Em poucas linhas, segmentar significa dividir um mercado heterogêneo, com demandas divergentes, em grupos menores e mais homogêneos que respondam de maneira semelhante aos estímulos de marketing e comunicação (Yanaze, 2007, p. 138).

O *targeting* comportamental, realizado a partir de grandes volumes de informação sobre o usuário, é uma evolução da publicidade direcionada por segmentação.⁴⁶⁸ Dados relacionados ao comportamento de navegação – como sites visitados, histórico de compras, histórico de buscas, detalhes técnicos sobre os dispositivos usados (fabricante, sistema operacional, tipo de navegador, resolução da tela, etc.), atuação em redes sociais (curtidas, comentários, compartilhamentos, etc.) – são coletados por meio de rastreadores – como cookies

da campanha para aumentar as vendas do *market-place* no Dia do Solteiro de 2017. Ver em <https://www.thinkwithgoogle.com/intl/pt-br/futuro-do-marketing/novas-tecnologias/sua-empresa-esta-pronta-para-o-futuro-data-driven/>

⁴⁶⁷ Como se verá adiante, o *targeting* contextual, que esteve relegado a segundo plano, voltou a despertar o interesse do setor e, por essa razão, será tratado em separado no presente trabalho.

⁴⁶⁸ A classificação da publicidade comportamental não é unívoca. Autores do campo do Marketing costumam incluir a publicidade comportamental como um subitem da publicidade segmentada (Moriarty et al., 2018, p. 209; Yanaze, 2007; Kotler & Armstrong, 2014).

– e submetidos a programas de análises (*big analytics*) que apontam a melhor correlação possível capaz de gerar resultado para o anunciante (Fourberg, 2021).

Os avanços tecnológicos e as reduções de custos de coleta, análise e armazenamento de informações permitiram a utilização dos dados dos consumidores em um grau sem precedentes na indústria de publicidade digital (Goldfarb et al., 2019). Como consequência, o *targeting* comportamental passou a ser analisado a partir da perspectiva das implicações para a privacidade e proteção de dados pessoais do consumidor (Allen, 2016; Sipior et al., 2011; Wachter, 2019).⁴⁶⁹

Vale apontar que existe a crença de que não se faz *targeting* sem *tracking* (D'Souza & Phelps, 2009; Goldfarb et al., 2019; Cooper et al., 2021). No entanto, a depender do tipo de *targeting*, é sim possível pelo menos amenizar o grau de monitoramento sobre o consumidor. Indo além, Johnny Ryan, membro do *Irish Council for Civil Liberties* (ICCL), em audiência pública no Parlamento Europeu, afirmou categoricamente: “*you can have targeting, without having tracking*”.⁴⁷⁰

No centro dessa discussão, estão as tecnologias de monitoramento e os *cookies*, que, mais de duas décadas depois de criados, ainda representam o principal mecanismo técnico disponível dentre os protocolos de Internet para personalizar a publicidade digital (Cooper et al., 2021, n.p).⁴⁷¹ Isso significa que o modelo de negócios que sustenta o *targeting* comportamental é eminentemente dependente dos *cookies* e de outros tipos de rastreadores (Palhares, 2020, p. 53).

A onipresença e a popularidade desta modalidade de direcionamento de publicidade e a intensa utilização dos *cookies* despertaram a atenção das autoridades de proteção de dados, que vêm questionando a capacidade de os atores envolvidos demonstrarem aderência à legislação vigente.⁴⁷²

Em resposta ao desenvolvimento do ambiente regulatório⁴⁷³ e às manifestações de preocupação por parte dos usuários de internet quanto às

⁴⁶⁹ ALLEN, Anita. (2016). SIPIOR, Janice C.; WARD, Burke T.; MENDOZA, Ruben A.. (2011). WACHTER, Sandra. (2019).

⁴⁷⁰ "Você pode ter direcionamento sem monitoramento" Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/242204/Agenda%202nd%20Meeting.IX%20Mandate.IMCO%20WG%20DSM.19.11.21%20\(002\).pdf](https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/242204/Agenda%202nd%20Meeting.IX%20Mandate.IMCO%20WG%20DSM.19.11.21%20(002).pdf) e no vídeo <https://vimeo.com/647758367> acesso em 05.07.2022.

⁴⁷¹ Ver também IAB TechLab disponível em <https://iabtechlab.com/blog/evolution-of-internet-identity-privacy-tracking/> acesso em 10.06.2022.

⁴⁷² Este tema é tratado no item 4.8.1 do presente trabalho.

⁴⁷³ Ver em <https://iap.org/resources/article/global-comprehensive-privacy-law-mapping-chart/> Acesso em 12/09/2021

questões de privacidade e do uso de seus dados pessoais (Bleier et al., 2020), grandes *players* desse mercado passaram a atuar em duas direções. A primeira diz respeito à extinção dos *cookies* de terceiros, e a segunda se refere ao desenvolvimento do *targeting* contextual, conforme se passa a analisar.

4.6. A extinção dos cookies de terceiros: o fim de uma era?⁴⁷⁴

Em janeiro de 2020, o Google anunciou que seu navegador *Chrome* não mais suportaria os chamados *cookies* de terceiros.⁴⁷⁵ A descontinuidade desse tipo de identificador foi descrita pelo Interactive Advertising Bureau da Europa (IAB) como a maior mudança no ambiente de marketing digital desde 2009, quando foi introduzido o leilão em tempo real⁴⁷⁶ para a compra e venda de espaço publicitário *on-line* (IAB Europe, 2021). O movimento anunciado pelo Google acompanha os navegadores concorrentes Safari e Firefox, que já operam sem os *cookies* de terceiros. Porém, o impacto esperado com a adesão do *Chrome* é maior, pois o navegador responde por 65% de participação nesse mercado.⁴⁷⁷

Inicialmente desenvolvidos como tecnologia para otimizar a experiência do usuário na internet, os *cookies* são pequenos arquivos de texto que identificam o computador, armazenam informações, atuam no monitoramento do consumidor (Terra & Mulholland, 2020, p. 605) e na formação de perfis de consumo (p. 607) e suportam o direcionamento da propaganda na internet (IAB Europe, 2021). Algumas métricas dependentes dos *cookies* de terceiros serão impactadas e podem representar perdas justamente na experiência do usuário, em especial aquelas

⁴⁷⁴ Observa-se que, ao lado do anunciado fim dos cookies de terceiros, o mesmo movimento no sentido de restringir as possibilidades de monitoramento do usuário em ambiente digital também está em curso no segmento de dispositivos móveis. Trata-se dos ATT (App Tracking Transparency), que permitem aos usuários recusar a coleta de seus dados pessoais. Esse tópico não será analisado no presente trabalho.

⁴⁷⁵ A iniciativa faz parte de um projeto mais amplo com objetivo de melhorar as condições de privacidade dos usuários do navegador: “In August, we announced a new initiative (known as Privacy Sandbox) to develop a set of open standards to fundamentally enhance privacy on the web. Our goal for this open source initiative is to make the web more private and secure for users, while also supporting publishers”. Ver em <https://blog.chromium.org/2020/01/building-more-private-web-path-towards.html>. Acesso em 11/09/2021.

⁴⁷⁶ Leilão em tempo real, que é conhecido em inglês pela sigla RTB, de *real time bidding*, e faz parte do processo automatizado de compra e venda de espaço publicitário na internet.

⁴⁷⁷ Ver em <https://www.statista.com/statistics/544400/market-share-of-internet-browsers-desktop/>. Acesso em 11/09/2021

relacionadas ao número de vezes que o mesmo usuário é exposto aos mesmos anúncios⁴⁷⁸.

Por outro lado, ainda que se reconheça o valor dos *cookies* para a experiência do usuário e a viabilização do comércio eletrônico, a constante evolução dessa tecnologia e sua utilização para outras finalidades aumentam as implicações para a tutela da privacidade. Como afirmam Aline Terra & Caitlin Mulholland (2020, p. 603):

A propósito, o advento de novas tecnologias facilitou, de forma extrema, o acesso e o tratamento não autorizados a dados pessoais, a expandir as potenciais formas de violação da esfera privada, vale dizer, as situações lesivas. Diante desse novo cenário tecnológico, torna-se imperioso analisar e discutir a utilização de rastreadores e identificadores on-line (...).

O desenvolvimento do ambiente regulatório em proteção de dados é apontado como um dos fatores responsáveis pela decisão dos principais atores do mercado de navegadores (Google, Apple e Firefox) em descontinuar os *cookies* de terceiros (Terra & Mullholland, 2020, p. 12). Estes são os identificadores que se diferenciam dos *first-party* ou primários pelo fato de serem implantados por websites diferentes daqueles visitados pelo usuário. Enquanto os *cookies* primários estão diretamente ligados à qualidade e à comodidade da navegação, os de terceiros se relacionam fortemente com a publicidade digital viabilizando atividades como o rastreamento entre sites⁴⁷⁹, *re-targeting*⁴⁸⁰ e *social buttons*⁴⁸¹.

Ao contrário do que ocorre com os *cookies* primários, cujo acesso é restrito ao domínio que os criou, as consequências negativas para a privacidade são maiores no que tange aos *cookies* de terceiros, pois, além de o acesso ser livre a qualquer parte que carregar o código do servidor, as possibilidades de uso e compartilhamento são irrestritas (CMA, 2020).

⁴⁷⁸ Trata-se de estabelecer um limite máximo de exposições chamado de *frequency-capping*.

⁴⁷⁹ Técnica, conhecida como *cross-site tracking*, responsável por coletar dados de navegação de várias fontes, mapeando a atividade do usuário por onde passa.

⁴⁸⁰ Prática de exibir anúncios para usuários que já demonstraram interesse em função do histórico de navegação e de interação prévia.

⁴⁸¹ Botões de redes sociais são inseridos em sites para login, curtidas e compartilhamento. A maior parte usa *cookies* de terceiros e consegue monitorar a atividade do usuário mesmo que não esteja logado.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD ou GDPR) inclui explicitamente os *cookies* no comentário 30, deixando evidente sua caracterização como dado pessoal:

As pessoas singulares podem ser associadas a identificadores por via eletrônica, fornecidos pelos respectivos aparelhos, aplicações, ferramentas e protocolos, tais como endereços IP (protocolo internet) ou testemunhos de conexão (*cookies*) ou outros identificadores (...).

A partir da noção consolidada de *cookie* como dado pessoal, todas as obrigações relacionadas à determinação de base legal para legitimação do tratamento, atendimento aos direitos dos usuários e, eventualmente, formulação de documentos como o relatório de impacto à privacidade precisaram ser consideradas por toda a cadeia de publicidade digital. Apesar de a LGPD não mencionar os *cookies* expressamente, nos casos em que eles representam dados pessoais, por terem a capacidade de identificar uma pessoa humana (art. 5º, I), a aplicação da lei é evidente. Cumprir com as leis de proteção de dados na seara da publicidade direcionada, em especial no que diz respeito aos *cookies* de terceiros para fins de monitoramento e *targeting*, exigiria de todo o ecossistema um esforço de melhorias em tecnologia e governança.

No entanto, recorde-se que a necessidade de se manter em conformidade com o princípio da transparência, os devidos requisitos para o tratamento legítimo de dados pessoais e os demais deveres impostos aos controladores e previstos na LGPD não cessam com o abandono dos *cookies* de terceiros.⁴⁸² Não à toa, as chamadas *big techs* envolvidas nos projetos de extinção de *cookies* de terceiros e outros identificadores são vistas como *gatekeepers* do mercado de navegadores e, conseqüentemente, de grande parte do setor de publicidade direcionada. É por meio dos seus navegadores que o acesso às informações dos usuários (na forma dos *cookies* de terceiros) é franqueado às demais empresas.⁴⁸³⁻⁴⁸⁴

⁴⁸² Nesse sentido, Bleier et al. (2020) sugerem pesquisa aprofundada para entender quando a personalização mais específica se justifica e quando níveis mais gerais são suficientes: “It’s not clear how to determine the optimal level of granularity and approach to analysis, targeting, and personalization given the costs to compliance (...)”.

⁴⁸³ ALCOBENDAS, Miguel; KOBAYASHI, Shunto; SHUM, Matthew. The Impact of Privacy Measures on On-line Advertising Markets. **SSRN Electronic Journal**, [S.L.], p. 1-40, 06 jul. 2021. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3782889>.

⁴⁸⁴ O mesmo se aplica ao fechamento dos rastreadores para dispositivos móveis dos sistemas iOS e Android.

Os impactos serão sentidos nas plataformas proprietárias, em suas relações com anunciantes, consumidores e *publishers*, nas formas de medição de resultados e nas soluções de verificação de fraude (IAB Europe, 2021). Com o objetivo de oferecer alternativas ao mercado de publicidade digital, o Google está desenvolvendo ferramentas dentro de um projeto chamado *Privacy Sandbox*⁴⁸⁵. Uma das soluções propostas, mas já abandonada, foi o *Federated Learning of Cohorts* (FLoC), que levava em consideração a segmentação demográfica de usuários reunidos em pequenos grupos com base em interesses comuns.⁴⁸⁶

Os testes do FLoC não foram satisfatórios: sobretudo do ponto de vista do comércio eletrônico, tradicionalmente grande comprador de espaço publicitário, que ficaria sem a possibilidade de trabalhar com o *retargeting*⁴⁸⁷⁻⁴⁸⁸. As críticas ao FLoC também partiram de organizações de defesa de direitos e liberdades em ambiente digital, como a Electronic Frontier Foundation (EFF), que viram na iniciativa do Google uma manobra para manter o modelo de monitoramento dos *cookies* de terceiros, mas sob uma nova roupagem.⁴⁸⁹

O Google, por outro lado, segue testando novas tecnologias que sejam capazes de manter o *targeting* comportamental funcionando, como, por exemplo, o

⁴⁸⁵ De acordo com o Google, o Privacy Sandbox “é um projeto colaborativo para desenvolver novas tecnologias com o objetivo de melhorar a privacidade e, ao mesmo tempo, manter os recursos existentes na internet, incluindo publicidade, mantendo a web aberta e acessível a todos. As soluções propostas irão restringir o rastreamento de indivíduos conforme eles se movem pela web e fornecer alternativas mais seguras e privadas às tecnologias existentes, como cookies de terceiros”. Disponível em <https://privacysandbox.com/> Acesso em 23/09/2021

⁴⁸⁶ De acordo com o site do Privacy Sandbox mantido pelo Google, os testes com o FLoC foram finalizados: <https://privacysandbox.com/timeline/> Acesso em 10.06.2022. A mídia especializada não estava otimista em relação ao FLoC: <https://www.theverge.com/2021/6/24/22547339/google-chrome-cookiepocalypse-delayed-2023> Acesso em 24/09/2021. Ver também <https://www.proxima.com.br/home/proxima/blog-do-pyr/2021/07/06/guetos-de-audiencia-da-amazon-google-e-apple-acabam-com-a-internet-aberta.html> Acesso em 24/09/2021. Ver também https://www.theregister.com/2021/07/29/google_privacy_sandbox_fledge/ Acesso em 24/09/2021.

⁴⁸⁷ Prática de exibir anúncios para usuários que já demonstraram interesse, em função do histórico de navegação e de interação prévia. É muito usada no comércio eletrônico quando o usuário pesquisa sobre o produto, coloca o produto no carrinho e desiste da compra.

⁴⁸⁸ Para dar continuidade ao remarketing ou retargeting, a aposta do Google é um sistema chamado *First Locally-Executed Decision over Groups Experiment* (FLEDGE), que, segundo informações do Privacy Sandbox, está em fase de discussão. <https://developer.chrome.com/pt/docs/privacy-sandbox/fledge/> Acesso em 24/09/2021.

⁴⁸⁹ A posição da EFF é pela descontinuidade do monitoramento viabilizado por cookies de terceiros e outros tipos de rastreadores. Nesse sentido: “Google’s pitch to privacy advocates is that a world with FLoC (and other elements of the “[privacy sandbox](#)”) will be better than the world we have today, where data brokers and ad-tech giants track and profile with impunity. But that framing is based on a false premise that we have to choose between “old tracking” and “new tracking.” It’s not either-or. Instead of re-inventing the tracking wheel, we should imagine a better world without the myriad problems of targeted ads.” <https://www.eff.org/deeplinks/2021/03/googles-floc-terrible-idea> Acesso em 10.06.2022.

Topics API.⁴⁹⁰ Atualmente, os testes estão voltados para o que a empresa chamou de publicidade baseada em interesses, definida da seguinte forma:

A publicidade baseada em interesses (IBA) é uma forma de publicidade personalizada na qual um anúncio é selecionado para um usuário com base em seus interesses, inferidos a partir dos sites que ele visitou recentemente. Isso é diferente da publicidade contextual, que tem como objetivo combinar o conteúdo da página que o usuário está visitando.

A IBA pode ajudar os anunciantes a alcançar clientes potenciais e ajudar a financiar websites que, de outra forma, não poderiam facilmente rentabilizar as visitas ao seu site puramente através de publicidade contextual. A IBA também pode complementar as informações contextuais da página atual para ajudar a encontrar um anúncio apropriado para o visitante.⁴⁹¹

Mais do que novas tecnologias, o que deve ser observado é a pertinência da manutenção da lógica que sustenta o direcionamento na publicidade em ambiente digital. O *targeting* é a última fase de um sistema baseado no monitoramento (*tracking*) e no *profiling*, que isoladamente apresentam questões desafiadoras à proteção do consumidor em ambiente digital.⁴⁹²

Com efeito, quando o Google anunciou a intenção de extinguir os *cookies* de terceiros, muito se especulou sobre o fim de uma era que transformou a publicidade digital ao popularizar o monitoramento dos consumidores-usuários, a formação de perfis e a possibilidade de direcionamento e segmentação até então não imaginados.⁴⁹³ No entanto, passados pouco mais de dois anos do comunicado oficial do Google, o que se observa, por parte dos anunciantes e prestadores de

⁴⁹⁰ Disponível em <https://iap.org/news/a/changing-course-google-maneuvers-toward-new-user-tracking-norms/>. Acesso em 10.06.2022.

⁴⁹¹ Disponível em <https://developer.chrome.com/docs/privacy-sandbox/topics/>. Acesso em 10.06.2022.

⁴⁹² Além das questões que extrapolam as relações de consumo e que não fazem parte do recorte do presente trabalho, a começar pelas questões concorrenciais. Nesse sentido, importa observar que o Google obteve uma significativa aproximação com a autoridade concorrential do Reino Unido, Competition and Markets Authority (CMA). Segundo informação divulgada em 11 de fevereiro de 2022, a CMA supervisionará o Google para garantir que o programa de extinção dos cookies de terceiros realizado no escopo do Privacy Sandbox seja desenvolvido de forma a beneficiar os consumidores. Disponível em <https://www.gov.uk/government/news/cma-to-keep-close-eye-on-google-as-it-secures-final-privacy-sandbox-commitments>. Acesso em 10.06.2022.

⁴⁹³ Nesse sentido, o IAB Brasil criou uma sessão específica para tratar do fim dos cookies de terceiros, disponível em https://materiais.iabbrasil.com.br/fim-dos-cookies?_ga=2.58789672.402980091.1655143458-1999681319.1653329963 acesso em 10.06.2022. Na mesma direção, empresas de pesquisa de mercado estão produzindo relatórios como "Identity Resolution 2022 Navigating the Chaos Around the Privacy Reset" disponível em <https://www.emarketer.com/content/identity-resolution-2022> acesso em 10.06.2022.

serviços desse segmento, é um movimento com objetivo de aprimorar as técnicas de *targeting* mesmo sem usar os *cookies* de terceiros (Bleier, 2021).

4.7. A (problemática) revalorização do *targeting* contextual

O *targeting* contextual é a modalidade de direcionamento de publicidade que leva em consideração prioritariamente o local de onde o usuário acessa e consome conteúdo. Foi uma técnica muito usada nas mídias tradicionais (não digitais), principalmente nos primórdios da atividade, nos séculos XVIII e XIX. Por exemplo, anunciar utensílios de cozinha em revistas de receitas, ou pneus em suplementos de automóveis. Historicamente, o *targeting* contextual esteve relegado a segundo plano em ambiente digital, pois a publicidade comportamental se sobrepunha em termos de maior precisão na realização da equação: mensagem certa, na hora certa, para o consumidor certo.

Porém, com as recentes restrições sobre o uso de *cookies* de terceiros e outros identificadores, o *targeting* contextual voltou a ganhar força (IAB Europe, 2021). O motivo está diretamente relacionado ao fato de ser o tipo de direcionamento que apresenta menor grau de complexidade em termos de proteção de dados dos titulares (UK.ICO, 2021). Isso ocorre porque, em sua versão original, se busca apenas a relação entre o conteúdo acessado pelo usuário e o assunto abordado pela publicidade. Portanto, a lógica da mídia off-line se repete no on-line: o anunciante que deseja anunciar utensílios de cozinha determina como palavra-chave "receita", e seus produtos serão expostos em sites com conteúdos relacionados a esse universo.

Nesse sentido, a vantagem do *targeting* contextual sobre o *targeting* comportamental estaria na natureza dos dados utilizados, que em tese não são pessoais. No entanto, à medida que a tecnologia contextual se desenvolveu para entregar aos anunciantes maior efetividade no direcionamento, elementos mais sofisticados passaram a compor a análise do contexto. De acordo com o IAB Europe (2021), atualmente os sistemas de Inteligência Artificial também estão a serviço do *targeting* contextual e empregam quatro técnicas principais: (i) análise semântica: serviços baseados em ciência da computação e no processamento de

linguagem natural⁴⁹⁴, capazes de extrair um entendimento profundo das palavras e frases presentes no conteúdo do local de exibição do anúncio (IAB Europe, 2021, p 26).

(ii) análise de sinais: serviços que coletam dados externos ao contexto propriamente dito, como, por exemplo, a localização do usuário, o tipo de equipamento utilizado e a hora do dia em que o conteúdo é acessado. A partir de sinais externos, é possível reconhecer mudanças nos sentimentos e emoções do usuário, baseadas no que está sendo consumido, e, com isso, prever comportamento com alto grau de eficácia (IAB Europe, 2021, p. 26).

(iii) feedback loop⁴⁹⁵: o objetivo é identificar conteúdos que funcionaram para uma determinada campanha de um anunciante e buscar conteúdos com atributos similares nos inventários disponíveis em tempo real.⁴⁹⁶ Essa técnica garante atualização permanente dos segmentos escolhidos pelo anunciante (IAB Europe, 2021, p. 26).

(iv) escuta social⁴⁹⁷: serviços que analisam dados de mídias sociais com o objetivo de entender que tipo de conteúdo uma certa comunidade de marca está consumindo e compartilhando on-line. Esses dados informam onde o público-alvo da marca pode ser localizado, da mesma forma que permitem descobrir novos públicos com potencial para engajamento com a marca em questão (IAB Europe, 2021, p. 26).

As técnicas acima mencionadas operam em categorias temáticas de interesse do anunciante, que se sobrepõem para informar a tomada de decisão quanto ao melhor direcionamento possível. Para tanto, a indústria da publicidade digital desenvolveu padrões específicos, como a taxonomia de conteúdo do IAB

⁴⁹⁴ O PNL é usado nos produtos preditivos do Google e serve para revelar a estrutura e o significado do texto. "Com aplicativos de processamento de linguagem natural, as organizações podem analisar textos e extrair informações sobre pessoas, lugares e eventos para entender melhor as opiniões em mídias sociais e conversas de clientes." Disponível em <https://cloud.google.com/learn/what-is-natural-language-processing?hl=pt-br> Acesso em 10.06.2022.

⁴⁹⁵ O termo é descrito pelo Collins Dictionary como "the path by which some of the output of a circuit, system, or device is returned to the input" In.: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/feedback-loop> acesso em 10.06.2022. Nesse sentido, Laura Schertel Mendes et al. (2020, p. 437) explicam o conceito de feedback loop em artigo sobre discriminação algorítmica: "Um feedback ocorre quando o output de um sistema – por exemplo, um algoritmo – é colocado de volta no sistema como um input. Em outras palavras, um dado efeito do sistema retorna como sua causa."

⁴⁹⁶ Inventários são os espaços publicitários disponibilizados para a inserção dos anúncios.

⁴⁹⁷ Técnica classificada pelo guia IAB (2021, p. 26) Europe como "zeitgeist".

Europe Techlab.⁴⁹⁸ O ponto de partida é o ambiente no qual se pretende inserir o anúncio: por exemplo, e-mail, fórum ou comunidade, site de comércio eletrônico, buscadores, mídias sociais, ferramentas on-line⁴⁹⁹, canais ativados por voz e sites em geral.⁵⁰⁰

Uma segunda camada é adicionada ao ambiente e diz respeito ao propósito do conteúdo acessado pelo consumidor, que contempla conversação, entretenimento, informativo, acadêmico ou pesquisa, educativo, instrutivo, notícias, editoriais, resenhas e compras. A terceira camada é a fonte do conteúdo, que se divide em produções profissionais, geradas pelo usuário ou agregadas (também conhecidas como curadoria).⁵⁰¹ Ainda se somam os possíveis formatos do conteúdo, como áudio, podcast, rádio, imagens ou galerias, texto, vídeo, shows, eventos, filmes, jogos, realidade virtual ou aumentada.⁵⁰²

Tão importantes quanto os vetores de tipo de ambiente, o propósito do usuário, a fonte e o formato do conteúdo são os assuntos consumidos. E uma nova etapa de categorização tem início. Por exemplo, o conteúdo pode estar relacionado a relações familiares, criação de filhos, adoção e guarda, crianças com necessidades especiais.⁵⁰³

Diante deste novo cenário tecnológico que caracteriza o *targeting* contextual em ambiente digital, resta evidente que a definição de contexto ultrapassa o elemento objetivo, relacionado ao conteúdo, para alcançar elementos subjetivos, diretamente ligados ao consumidor. A direção na qual o *targeting* contextual se desenvolveu, conforme descrito acima, no mínimo atenua os limites que, no passado, marcavam as diferenças entre publicidade comportamental e publicidade baseada em contexto (Bleier, 2021, p. 7).

A importância da presente reflexão está na necessária observação sobre como os representantes da indústria da publicidade digital estão apresentando o

⁴⁹⁸ O Interactive Advertising Bureau é uma associação privada que representa os interesses da publicidade digital em mais de 45 países. Disponível em <https://iabbrasil.com.br/sobre-iab/> acesso em 10.06.2022.

⁴⁹⁹ Por ferramentas on-line, entendem-se, por exemplo, serviços de utilidade como conversores de medida e compactadores de arquivos.

⁵⁰⁰ Disponível em <https://iabtechlab.com/standards/content-taxonomy/> acesso em 10.06.2022.

⁵⁰¹ Disponível em <https://iabtechlab.com/standards/content-taxonomy/> acesso em 10.06.2022.

⁵⁰² Disponível em <https://iabtechlab.com/standards/content-taxonomy/> acesso em 10.06.2022.

⁵⁰³ Disponível em <https://iabtechlab.com/standards/content-taxonomy/> acesso em 10.06.2022.

targeting contextual em oposição ao *targeting* comportamental, baseado nos combatidos *cookies* de terceiros.⁵⁰⁴

Cabe ressaltar que tanto a Competition and Markets Authority (CMA), quanto o Information Commissioner's Office (ICO) estão, até o presente momento, trabalhando com a ideia de que o *targeting* contextual não é baseado em dados pessoais.⁵⁰⁵ Nesse sentido, o ICO, em documento contendo recomendações dirigidas ao mercado de publicidade digital, afirma que os indivíduos devem ter a possibilidade de receber anúncios que não sejam resultados de monitoramento, *profiling*, ou *targeting* baseados em dados pessoais, como, por exemplo, "publicidade contextual que não requer nenhum rastreamento da interação do usuário com conteúdo" (UK.ICO, 2021).⁵⁰⁶

Conforme observa Alexander Bleiber (2021, p. 9) sobre os discursos de valorização do *targeting* contextual, "a natureza do que é considerado publicidade contextual muitas vezes tem uma notável semelhança com as práticas de publicidade comportamental." Não causa surpresa que até mesmo o IAB Europe tenha reconhecido tais similaridades:

Hoje muitos prestadores de serviços contextuais usam sinais adicionais que vêm de fora do conteúdo, o que significa que são capazes de oferecer segmentos (espaços) que não se baseiam apenas nas palavras-chave. Esses segmentos (espaços) podem parecer com aqueles do *targeting* comportamental, mas não são, uma vez que estão relacionados a uma impressão de conteúdo, e não a uma identidade de usuário (IAB Europe, 2021, p. 25).

A comparação entre a publicidade direcionada baseada em contexto e aquela baseada em comportamento apresenta o *targeting* contextual como a versão

⁵⁰⁴ Observa-se que, no presente trabalho, a representação da indústria da publicidade digital está circunscrita ao Interactive Advertising Bureau (IAB), dada a sua significativa atuação em âmbito global, além da atuação na definição de padrões (taxonomias) seguidos pelas empresas do setor.

⁵⁰⁵ Nesse sentido: "Understanding preferences, purchasing intent and behavior: understanding the wants and needs of specific consumers at any point in time is valuable to advertisers as they can target their adverts towards those individuals that they suspect are most likely to make a purchase. **This targeting – whether it is based on contextual information such as the subject of a web page, or on personal data such as the individual's age or recent purchases** – can result in a higher return on investment for advertisers, and a willingness to pay higher prices." (CMA, 2020, grifos nossos).

⁵⁰⁶ A mídia especializada em tecnologia está contribuindo para construir a imagem positiva em torno do *targeting* contextual. O site TechCrunch, em matéria sobre as violações de dados pessoais que acontecem no ambiente de *adtech*, afirmou o seguinte: "Such claims ignore the existence of alternative forms of ad targeting, such as contextual, which do not require tracking and profiling of individual web users' activity to function and which have been shown to be profitable for years, such as for non-tracking search engine, DuckDuckGo" Acesso em 12.06.2022.

amigável em relação à privacidade e à proteção dos dados pessoais dos consumidores (Bleier, 2021, p. 7). No entanto, pelo exposto, fica evidente que o *targeting* contextual – inicialmente baseado em correlações tradicionais entre palavras-chave selecionadas pelo anunciante e conteúdo das mídias digitais – evoluiu para combinar diferentes tecnologias e vertentes de variáveis que colocam em xeque a premissa básica de não tratamento de dados pessoais.

Efetivamente, dentro do que é possível avaliar no presente momento – no qual o *targeting* contextual parece apontar para uma solução que, em tese, tem potencialmente atraído os interesses da indústria e da regulação – pode-se perceber a continuidade da captura da experiência humana para o desenvolvimento de produtos de predição e a perpetuação desse ciclo. Se esse fato parte da identificação do usuário – como no *targeting* comportamental – ou se parte de outras fontes – como nas correlações entre conteúdo e presença do usuário nos contextos nos quais o acesso e o consumo tomam lugar, essa questão parece de menor importância.

Por fim, ainda é necessário considerar que o direcionamento da publicidade digital é desenvolvido, em grande parte, no ambiente de *AdTech*, que, por si só, também apresenta questões desafiadoras à proteção do consumidor, como se passa a expor.

4.8. O ambiente de *AdTech* e a complexidade de atender às normas de proteção do titular de dados pessoais

O termo *adtech* é derivado da junção das palavras publicidade e tecnologia, sendo usado para descrever o conjunto de soluções para a realização de campanhas de comunicação em ambiente de internet (Santana, 2020, p. 77). São ferramentas de análise e gerenciamento de informação apoiadas por *analytics* e *big data*. Parte das informações utilizadas é composta por dados pessoais do público-alvo em potencial, aquele que se pretende atingir por meio da campanha. Outra parte é relacionada ao contexto dentro do qual o conteúdo é disponibilizado para ser acessado pelo público-alvo.

As soluções de *adtech* englobam todas as etapas envolvidas para a entrega da publicidade personalizada. Podem contemplar atividades como desenvolvimento

de conteúdo e conceito criativo⁵⁰⁷, testes A/B⁵⁰⁸, toda espécie de análise de dados (influenciadores, tráfego, pesquisa, *social listening*, etc.)⁵⁰⁹, aplicação de inteligência artificial⁵¹⁰, automação de compra e venda de espaço publicitário⁵¹¹, prevenção de fraude⁵¹², segurança de marca, entre outras⁵¹³ (IAB Brasil, 2021).

Para tanto, existe uma divisão de tarefas entre empresas do setor, que se organizam para que o objetivo final seja concluído com sucesso: qual seja, entregar anúncios de maior relevância para a audiência, com redução de custos para os anunciantes e geração de receita para os veículos (chamados de *publishers* nesse ambiente). Nessa direção, a etapa final que integra o conjunto de soluções das *adtechs* está relacionada aos mecanismos de compra e venda de espaço comercial para a exposição das mensagens publicitárias.

Nesse cenário, se insere o conceito de mídia programática: o gênero para diversas espécies de modelos automatizados de publicidade personalizada. A espécie mais comum chama-se *Real Time Bidding* (RTB) ou Leilão em Tempo Real, que utiliza toda a engrenagem tecnológica das *adtechs*, assim como sua matéria-prima, os dados pessoais. É um universo formado por inúmeros atores, com funções próprias, que se conectam e agem em conjunto para a entrega de mensagens

⁵⁰⁷ Empresas que prestam serviços de criação publicitária para os mais diversos formatos na internet, como conteúdo específico para redes sociais, para páginas de vendas ou para blogs. Envolvem o trabalho de estrategistas, redatores (chamados de *copywriters*) e designers.

⁵⁰⁸ O conjunto de testes realizados para comparar variáveis usadas em campanhas de marketing e assim determinar quais (variáveis) geram os melhores resultados. As variáveis podem ser títulos, palavras, imagens, organização de elementos na peça publicitária, cores de botão para consentimento, tamanho e ordem de caixas de *opt-in / opt-out*, formatos de páginas de vendas, etc.

⁵⁰⁹ As análises de dados fazem parte do modelo de negócios das *adtechs*, que contam com empresas de *analytics* para descobrir padrões junto à audiência e embasar as decisões. Análises também são conduzidas para identificar resultados gerados por porta-vozes contratados (influenciadores), como, por exemplo, quantos itens de um determinado produto foram vendidos a partir da ação com um determinado influenciador. Também são realizadas análises qualitativas sobre as menções a determinado assunto ou marca nas redes sociais (*social listening*). O tráfego também é objeto de análise de dados, e importa saber quais caminhos a audiência percorre até chegar a um *publisher*, qual percentual chega por meio de anúncios (tráfego pago ou impulsionado) ou por meio de conteúdo gratuito (tráfego orgânico) (Moriarty, 2018, p. 179).

⁵¹⁰ Sobre inteligência artificial e publicidade digital: <https://www.proxixima.com.br/home/proxixima/blog-do-pyr/2021/01/18/aidvertising-a-era-da-inteligencia-artificial-da-propaganda.html> Acesso em 21/09/2021.

⁵¹¹ Trata-se do conceito de mídia programática, que usa softwares baseados em grande quantidade de dados para compra e venda de espaço publicitário, em detrimento das negociações humanas (Moriarty, 2018, p. 589).

⁵¹² É a representação fraudulenta de impressões de publicidade on-line, cliques, conversões e análises em geral. São atividades que manipulam os canais de entrega e impactam o retorno do anunciante sobre seu investimento em mídia (IAB Europe, 2020).

⁵¹³ Segurança de marca (*brand safety*) é a prática de desenvolver meios para garantir que, no ambiente de compra e venda automatizada de espaços comerciais na internet, o conteúdo do anunciante não seja inserido ao lado de temas sensíveis ou indesejados.

direcionadas, seja com base em comportamento, seja com base em contexto, seja com base em ambas as modalidades.

O sistema de leilão em tempo real funciona oferecendo a anunciantes espaços comerciais predeterminados como *banners* ou *pop-ups*, em sites, ou *splash screens*, em aplicativos⁵¹⁴ (Veale *et al.*, 2022, p. 12). Enquanto a página ou aplicativo é carregado, há o cruzamento das informações a respeito do perfil para o qual será exibido o anúncio. Nesse intervalo, os lances são dados, as informações são divulgadas a todos os potenciais interessados, e apenas um anunciante ocupa o espaço. Neste ponto, já surge um primeiro problema relacionado à adequação do RTB às normas de proteção de dados: a exposição dos dados pessoais dos destinatários a todos os participantes do leilão, mesmo aqueles que não ocuparão o espaço.

Entre oferta e demanda, estão as redes de publicidade (*ad network* e *ad exchange*), que se ocupam de fazer a ponte entre ambos os lados. As redes funcionam como leiloeiros e costumam prestar serviços de monitoramento por meio da colocação dos dispositivos de rastreamento do comportamento on-line dos usuários. Os *publishers* terceirizam as vendas, total ou parcialmente, se associando a plataformas (*supply-side platform* - SSP) que agregam e disponibilizam espaços (inventário) para os anunciantes.

Já os anunciantes se reúnem em torno de serviços nos quais definem perfil de usuário a ser atingido, bem como o valor que pretendem pagar por cada perfil. São as plataformas de demanda (*demand-side platform* – DSP) que os auxiliam na compra de espaço fazendo o contato com as redes (*ad network* e *ad exchange*).

As DSPs, que representam os anunciantes ou suas agências de publicidade, dão os lances pelos espaços disponíveis e recebem um conjunto de informações sobre o destinatário do anúncio. Existem hoje no mercado dois padrões de especificações que caracterizam o conjunto de informações transacionado. Um deles é o *Authorized Buyers*, gerenciado pelo Google, e o outro é o *OpenRTB/AdCom*, gerenciado pelo *Interactive Advertising Bureau* (IAB). Tanto um quanto o outro são alvo de questionamento por parte das autoridades de proteção de dados na Europa, como se verá adiante.

⁵¹⁴ *Splash Screens* são as telas de abertura mostradas ao usuário enquanto o aplicativo é carregado, podendo apresentar conteúdo publicitário ou não. <https://brasil.uxdesign.cc/uma-breve-introdu%C3%A7%C3%A3o-a-splash-screens-50eca59e901a> Acesso em 28.06.2022.

Em ambos os padrões, os seguintes dados relacionados aos usuários-destinatários das mensagens são enviados no ato dos lances (*bid request*): site e categoria do site, URL do site, tipo de dispositivo com modelo e fabricante, sistema operacional, browser e versão, provedor de serviços de telecomunicações, dimensão da tela, identificadores únicos do usuário⁵¹⁵, ano de nascimento, gênero, interesses, metadados sobre o consentimento do usuário, latitude e longitude e código postal (Veale et al., 2022, p. 2).

Apesar dessa já extensa coleção de dados pessoais, conforme mencionado acima, a ela se somam as informações tratadas por outro tipo de fornecedor presente no sistema de RTB, as *data management platform* – DMPs. São empresas que prestam serviços de gerenciamento de dados que agregam não só dados dos usuários, mas também informações sobre os *publishers* e suas respectivas métricas de performance. As DMPs participam da operação em tempo real, na medida em que recebem das DSPs os lances (*bid requests*) e trabalham para complementá-los no intuito de individualizar o respectivo destinatário.

Na verdade, as DMPs são corretoras que coletam, sistematizam e vendem dados pessoais e inferências sobre consumidores em potencial (Zanatta et al., 2021, p. 960). Com isso, contribuem com os anunciantes no direcionamento e na customização dos anúncios. Com efeito, esse enriquecimento dos dados na tentativa de identificação do usuário-destinatário acontece por meio do cruzamento de bases a que as DMPs têm acesso, como os sistemas de CRM do próprio anunciante (Veale et al., 2022, p. 10).

Na Europa, existe uma forte pressão sobre o setor de *adtech*, pelo menos desde 2018, quando as primeiras denúncias foram feitas junto às autoridades de proteção de dados pessoais.⁵¹⁶ Um exemplo é a investigação iniciada em 2019 pela autoridade da Irlanda (DPC) em face do Google, cujo objetivo é verificar a

⁵¹⁵ Identificadores únicos do usuário referidos por todos os integrantes, que depois serão devidamente sincronizados e enriquecidos pelo vencedor do leilão por meio do *cookie sync*. "Advertising exchange's unique person identifier, often from the advertising exchange's cookie. A demand-side platform's user identifier, often taken from the cookie of the advertising exchange which has been cookie-synced with a cookie from the demand-side platform's domain" (Veale & Borgesius, 2022, p. 2).

⁵¹⁶ Ver mais em <https://techcrunch.com/2019/05/20/gdpr-adtech-complaints-keep-stacking-up-in-europe/> acesso em 10.06.2022.

conformidade com o GDPR de cada etapa do processo de venda de espaço publicitário em ambiente digital realizada pela empresa.⁵¹⁷

Em maio de 2022, o *Irish Council for Civil Liberties* (ICCL) divulgou um relatório no qual afirmou que o setor de *adtech* representa o maior vazamento de dados jamais visto. Os números impressionam: em média, nos Estados Unidos, uma pessoa tem a sua localização e a sua atividade on-line expostas 747 vezes ao dia pelos sistemas de leilão em tempo real (RTB), enquanto na Europa a média é de 376 vezes. Ao todo, são aproximadamente 500 bilhões de pontos de monitoramento e compartilhamento.⁵¹⁸

No período de quatro anos, entre 2018 e 2022, as denúncias aumentaram, e a viabilidade do RTB tem sido posta em xeque. Não são apenas a segurança dos dados pessoais e a falta de transparência que preocupam, mas a possibilidade real do atendimento às normas de proteção de dados.⁵¹⁹ Uma parte das questões está relacionada à verificação da existência de uma hipótese de tratamento dos dados pessoais compatível com os sistemas de RTB.

A literatura já analisou, com ressalvas, três bases legais dentre as possíveis para legitimar o RTB: consentimento, execução de contrato e legítimo interesse (Leonardi, 2021, n.p; Santana, 2020, p. 81-84; Veale et al., 2022, p. 13-21). As três apresentam desafios e limitações, e, conforme Marcel Leonardi (2021, n.p.) em parecer sobre publicidade personalizada para o IAB Brasil, são as especificidades dos sites, aplicativos e plataformas que vão determinar a hipótese de tratamento mais adequada.

Apesar da importância das características específicas de cada operação que envolve publicidade em ambiente digital, o mercado empresarial desenvolveu um arcabouço padronizado com o objetivo de legitimar o RTB segundo as regras do

⁵¹⁷ Até o momento do fechamento da escrita do presente trabalho, não havia resultados desta investigação. "To establish whether processing of personal data carried out at each stage of an advertising transaction is in compliance with the relevant provisions of the General Data Protection Regulation, including the lawful basis for processing, the principles of transparency and data minimisation, as well as Google's retention practices." Disponível em <https://techcrunch.com/2019/05/22/googles-lead-eu-regulator-opens-formal-privacy-probe-of-its-adtech/> acesso em 10.06.2022.

⁵¹⁸ <https://www.iccl.ie/wp-content/uploads/2022/05/Mass-data-breach-of-Europe-and-US-data-1.pdf> Acesso em 10.06.2022.

⁵¹⁹ Disponível em <https://techcrunch.com/2019/05/20/gdpr-adtech-complaints-keep-stacking-up-in-europe/> acesso em 10.06.2022.

GDPR e da *E-privacy*⁵²⁰. Esse arcabouço contempla dois aspectos principais: o consentimento do usuário e a transparência no que tange às informações sobre o destinatário da publicidade digital no modelo de leilão em tempo real.

O IAB Europe, a instituição que representa a indústria de marketing e publicidade digital em âmbito europeu, elaborou um conjunto de políticas, especificações técnicas, termos e condições com o objetivo de orientar a atuação das empresas associadas no contexto dos leilões em tempo real. Trata-se do *Transparency and Consent Framework* (TCF), uma plataforma de consentimento que define como as organizações devem gerar, transmitir e tratar os metadados que envolvem o consentimento do usuário em ambiente de RTB (Veale et al., 2022, p. 2). A utilização do TCF está conectada a um dos protocolos mais utilizados para a operação dos leilões em tempo real, o chamado *OpenRTB* (conforme já mencionado).

Para usar o padrão de consentimento e transparência desenvolvido pelo IAB Europe, as empresas precisam ser associadas à instituição e pagar uma taxa anual, além de seguir uma série de requisitos predeterminados.⁵²¹ O recurso do TCF foi criado para, em tese, garantir a conformidade dos agentes econômicos participantes do modelo de compra e venda de espaço publicitário por leilão em tempo real. No entanto, a autoridade de proteção de dados da Bélgica, numa decisão posteriormente acompanhada por quase todos os países pertencentes ao Espaço Econômico Europeu (EEE), declarou a TCF incompatível com o GDPR.⁵²²

Importa ressaltar que outras autoridades de proteção de dados pessoais já haviam se manifestado em casos envolvendo agentes do mercado de RTB, tanto os que operam segundo o protocolo do Google (*Authorized Buyers*) quanto os que utilizam o protocolo do IAB Europe (*OpenRTB*). Como exemplo, recorda-se de

⁵²⁰ A Diretiva 2002/58/CE, conhecida como *E-privacy*, atualizada em 2009, e atualmente sob procedimento para ser transformada em regulamento, não será abordada no presente trabalho. Em linhas gerais, a *E-privacy* requer consentimento para o uso de *cookies* e tecnologias similares. Os *cookies* só podem ser depositados depois do consentimento informado do usuário, a menos que esses *cookies* sejam necessários para a comunicação ou para o fornecimento de um serviço solicitado (Veale et al., 2022, p. 21).

⁵²¹ Nesse sentido: "In contrast, membership of the TCF requires an annual fee of 1,200 EUR to be paid to IAB Europe, and members must adhere to a range of specific and restrictive policies IAB Europe determine — for example, which adtech vendors they should include on their web-site or app, or how systems they use to obtain consent should store the consent signals in a cookie" (Veale et al., 2022, p. 2).

⁵²² Disponível em <https://www.dataprotectionauthority.be/citizen/iab-europe-held-responsible-for-a-mechanism-that-infringes-the-gdpr> acesso em 10.06.2022.

duas decisões da autoridade francesa CNIL: a primeira em face da Teemo, e a segunda em face da Vectaury.⁵²³

No entanto, pela primeira vez, o foco foi dirigido ao IAB Europe como a instituição responsável pelo desenvolvimento e pela disponibilização do padrão TCF, que é parte integrante e essencial do tratamento de dados realizado pelas empresas do ambiente de RTB. A autoridade belga partiu do TCF e estabeleceu que as atividades realizadas por meio desse padrão envolvem o tratamento de dados pessoais. Da mesma forma, entendeu que o IAB Europe deve ser enquadrado como controlador dos dados utilizados no sistema de leilões em tempo real quando realizados segundo o protocolo ao qual está conectado, o *OpenRTB* (BE DPA..., 2022).⁵²⁴

Os termos da referida decisão se prestam a colocar em evidência, de forma ampla, os motivos pelos quais as engrenagens do modelo de leilão em tempo real na publicidade em ambiente digital são insustentáveis em face do GDPR e, em muitas medidas, também da LGPD. É a análise que se passa a fazer.

4.8.1. A sobrevivência do modelo de leilão em tempo real após a decisão de desconformidade da TCF com o GDPR

Em fevereiro de 2022, a autoridade de proteção de dados da Bélgica emitiu uma decisão relacionada ao IAB Europe e ao modelo de consentimento e transparência (Transparency and Consent Framework - TCF). De acordo com a autoridade belga, ao longo de 2019, uma série de reclamações foram apresentadas em face do IAB Europe em função de violações ao GDPR (BE DPA..., 2022, p. 4).

Precisamente, o cerne dos questionamentos dizia respeito à alegada conformidade do padrão TCF com as regras de proteção de dados da União Europeia. Além disso, a responsabilidade do IAB Europe e os impactos da ampla utilização pelos agentes econômicos no RTB também foram considerados.

O primeiro ponto abordado foi sobre o conjunto de informações relacionadas ao consentimento fornecido por cada usuário-destinatário da publicidade e a sua qualificação como dado pessoal. A esse conjunto se dá o nome

⁵²³ CNIL, décision n. MED 2018-022 e MED 2018-042. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000037217051/> e <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000037594451/> Acesso em 01.07.2022.

⁵²⁴ Disponível em <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-21-2022-english.pdf> Acesso em 02.07.2022.

de *TC String*, definido pela autoridade belga nos seguintes termos (BE DPA..., 2022, p. 13):

O *TC String* destina-se a captar de forma estruturada e automatizada as preferências de um usuário quando ele visita um site ou aplicativo de um publisher que usa uma plataforma de consentimento (CMP). Isso diz respeito em particular à captura do consentimento (ou não) para o tratamento de dados pessoais para marketing e outras finalidades, seja para compartilhar ou não dados pessoais com terceiros (outros integrantes do sistema de *adtech*), seja para exercer ou não do direito de oposição.

A qualificação do *TC String* como dado pessoal pela avaliação da autoridade belga se dá por duas vias: a primeira por ser tecnicamente associado ao endereço IP do usuário e, portanto, visível pelo menos para a plataforma de gerenciamento de consentimento envolvida (BE DPA..., 2022, p. 64). A segunda pelo próprio objetivo do tratamento do consentimento do usuário, que é identificar preferências individuais, conforme se extrai da seguinte passagem:

Em outras palavras, se o objetivo do tratamento for a identificação de pessoas, pode ser assumindo que o controlador ou a outra parte tem ou terá à sua disposição os meios pelos quais se pode razoavelmente esperar que o sujeito dos dados seja identificado. Afirmar que indivíduos não são identificáveis, quando o objetivo do processamento é precisamente identificá-los, seria uma contradição *in terminis*. (BE DPA ..., 2022, p. 66, grifos do autor)

Interessa observar que a autoridade concorda com o IAB Europe que o *TC String* não identifica diretamente o usuário. Porém, permanece sob a égide do GDPR, e também da LGPD, uma vez que ambos os diplomas trabalham com o conceito amplo de dados pessoais.⁵²⁵

O próximo ponto analisado na decisão em referência tratou do papel de controlador do IAB Europe no que tange ao *TC String*. Ainda que o IAB Europe não tenha acesso a cada conjunto de informações sobre os consentimentos obtidos de cada usuário individualmente, a autoridade belga, com base em decisões anteriores do Tribunal de Justiça da União Europeia⁵²⁶, afirmou a atribuição da controladoria da instituição.

⁵²⁵ O conceito amplo engloba não só os dados pessoais identificados, mas também aqueles passíveis de identificação.

⁵²⁶Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=203822&pageIndex=0&doclan>

Efetivamente, o acesso aos dados pessoais *per se* não é o aspecto mais relevante para a verificação do enquadramento do agente de tratamento. De acordo com a autoridade, a determinação pelo IAB Europe da finalidade do *TC String*, bem como dos meios de tratamento, indica de modo suficiente o papel de controlador exercido.

A BE DPA entendeu que coube ao IAB Europe a determinação da finalidade do *TC String*: "o objetivo principal de uma *TC String* é organizar e codificar todas as informações divulgadas para um usuário e a expressão de suas preferências pelo tratamento de seus dados pessoais sob a égide do GDPR" (BE DPA ..., 2022, p. 73).

Na mesma direção, observou que existe uma conexão direta entre a plataforma de consentimento oferecida ao mercado de RTB pelo IAB Europe (a TCF), o protocolo *OpenRTB*, desenvolvido pelo mesmo grupo econômico, e o *TC String* como o padrão de consentimento, também disponibilizado pelo IAB Europe:

A Câmara de Litígios conclui daí que a finalidade do *TC String* e, no sentido mais amplo, do processamento do *TC String* dentro do TCF, conforme traduzido no manual de políticas de uso do TCF, foi estabelecida pela IAB Europa (BE DPA..., 2022, p. 74).

Além da determinação da finalidade, a autoridade belga também atribuiu ao IAB Europe a responsabilidade pela designação dos meios de tratamento dos dados contidos no *TC String*. Trata-se de uma determinação estabelecida em contrato com as empresas que contratam o padrão TCF, que, entre outros requisitos, solicita a inscrição junto ao IAB Europe e a aderência a regras técnicas específicas (Veale et al., 2022, p. 4).

Pelo exposto, a referida decisão ainda afirmou a relação de controladoria conjunta entre o IAB Europe e as plataformas de consentimento que se apoiam no padrão TCF (proprietário da instituição). Para a BE DPA, a principal atribuição dessas plataformas de consentimento é oferecer a interface na qual o usuário indica suas preferências quanto à utilização de seus dados pessoais, enquanto o padrão TCF fornece às empresas a orientação técnica sobre como operacionalizar e incorporar as preferências do usuário (Veale et al., 2022, p.5).

[g=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=342512](https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-07/cp190099pt.pdf) e
<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-07/cp190099pt.pdf> acessos em
 05.07.2022.

Igualmente, a autoridade belga considerou que o IAB Europe exerce a controladoria conjunta com os *publishers* – agentes, como já explicado, que atuam como vendedores de inventário no ambiente digital (espaço publicitário). Conforme se extrai da passagem a seguir:

Portanto, na medida em que os *publishers* decidem não se desviar da lista padrão proposta de vendedores *adtech* e aceitam todas as finalidades de tratamento propostas, a Câmara de Litígio também considera que o IAB Europe atua como controlador conjunto de dados com os *publishers* em relação aos destinatários do *TC String*, bem como os fins de tratamento para os quais os dados pessoais dos usuários serão processados. (BE DPA..., 2022, p. 85-86).

Por fim, a decisão em tela também considerou que o IAB Europe é controlador conjunto com os demais integrantes do sistema de leilão em tempo real, chamados no jargão desse mercado de *adtech vendors* (SSPs, DSPs, *Ad Exchanges*, anunciantes e DMPs). É certo que essa situação de controladoria conjunta pode mudar caso algum integrante realize o tratamento dos dados pessoais relacionados ao consentimento do usuário por meio de outro padrão. (BE DPA..., 2022, p. 86).

Isso posto, a autoridade belga identificou ainda as seguintes violações ao GDPR relacionadas à utilização do padrão TCF como forma de legitimar o tratamento de dados pessoais no escopo do RTB:

(i) O IAB Europe falhou ao não oferecer uma base legal para o tratamento dos dados pessoais associados ao conjunto de informações (*TC String*) que supostamente seria capaz de legitimar o consentimento. Isso se deve ao fato de o IAB Europe não ter considerado o *TC String* como dado pessoal (BE DPA..., 2022, p. 90);

(ii) O IAB Europe falhou ao não atender ao princípio da transparência, pois as informações disponibilizadas aos usuários são vagas e complexas. (BE DPA..., 2022, p. 99);

(iii) O IAB Europe falhou ao não atender ao princípio da segurança, da privacidade por design e por default e da responsabilização. Não apresentou medidas técnicas e administrativas suficientes para assegurar o exercício efetivo dos direitos dos titulares de dados, bem como para monitorar a validade e integridade das escolhas dos usuários. (BE DPA..., 2022, p. 103);

(iv) O IAB Europe também se eximiu de demonstrar a conformidade com outras normas de proteção de dados pessoais, como registro das atividades de tratamento, indicação de encarregado de dados e realização de relatório de impacto de privacidade e proteção de dados pessoais (BE DPA..., 2022, p. 105-110).

Pelo exposto, fica evidente que a decisão em comento apresenta grandes desafios à continuidade do sistema de leilão em tempo real da forma como é conduzido atualmente. Os padrões e protocolos desenvolvidos pelo IAB Europe foram considerados insuficientes para garantir a proteção dos usuários-destinatários da publicidade em ambiente digital. De acordo com Veale et al. (2022, p. 10), o IAB Europe se mostrou até o presente momento incapaz de se desvencilhar do "dreno de ilegalidade que espalhou pela indústria publicitária para escapar das inevitáveis sanções que o descumprimento vai exigir."

O breve resumo da decisão da autoridade de proteção de dados da Bélgica aqui trazido se presta à reflexão também em âmbito nacional, no sentido de que as soluções de *adtech* desafiam a tutela da privacidade e dos dados pessoais de maneira ampla e global. São vários pontos que se colocam em face das exigências da legislação brasileira: não apenas daquelas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), como também das presentes no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Quanto à LGPD, as questões giram em torno dos seguintes temas: (i) se os controladores estão atendendo aos princípios da lei, previstos no artigo 6º; (ii) se as bases legais para o tratamento de dados estão adequadamente delimitadas, de acordo com as previsões dos artigos 7º e 11; (iii) se é plenamente disponibilizado o exercício de direitos dos titulares, previstos nos artigos 18, 19 e 20; e (iv) se estão sendo adotadas boas práticas no tratamento de dados conforme o artigo 50.

A dificuldade que se coloca em relação à aderência ao princípio da transparência está associada à própria estrutura do RTB, muito em função do volume de dados tratados, do número de participantes e da imprevisibilidade que envolve o tratamento. Cabe lembrar que o objetivo do sistema de leilão em tempo real é recrutar o maior número de interessados em fazer o lance para ocupar o espaço publicitário ofertado. Esses atores interessados recebem um extenso conjunto de informações sobre o usuário-destinatário, por sua vez repassadas às plataformas de gerenciamento de dados que trabalham para enriquecer os dados recebidos.

O impacto vai além do princípio da transparência para atingir a regularidade do consentimento no sentido de garantir a manifestação informada e inequívoca para finalidade determinada (art. 5º, XII). A questão é que, no momento do consentimento, ainda não se sabe exatamente quais dados pessoais serão tratados, de que forma, e muito menos quem são os agentes envolvidos. Esse fato é inerente ao modelo de RTB: segundo Veale et al. (2022, p. 19), "seria necessária uma bola de cristal para prever o que as DMPs farão em cada operação, a partir do *bid request*."

Da mesma forma, a centralização do consentimento pelo mecanismo das plataformas (TCF) acaba por inviabilizar a sua revogação, que, de acordo com a LGPD, precisa ser por meio de processo gratuito e facilitado (art. 8º, § 5º). Para conseguir revogar consentimentos em relação a determinados sites ou aplicativos, o usuário-destinatário dos anúncios teria que manter uma lista dos *publishers* visitados, dos rastreadores implicados no tratamento e do próprio histórico de navegação. Além do grande ônus que recairia sobre o usuário, Veale et al. (2022, p. 20) afirmam que o procedimento para a correta revogação seria invasivo na mesma medida que qualquer outra tentativa de individualização do usuário.

No âmbito das boas práticas, ainda há de se considerar o uso intensivo da Inteligência Artificial pelos sistemas de *adtech*.⁵²⁷ Tal fato indica, por si só, uma esperada dificuldade em relação ao atendimento aos princípios de transparência, responsabilização e prestação de contas, na forma da LGPD.⁵²⁸ Como consequência, o titular de dados pessoais acaba por ter mitigado seu direito a compreender o funcionamento e os resultados alcançados por tais sistemas, assim como a oportunidade de exercer o direito à oposição do tratamento das suas informações (Mullholand & Gomes, 2021, p. 179).⁵²⁹

⁵²⁷ Como o Google Display Network e do Page Context AI.

⁵²⁸ Nesse sentido: "Dada a eventual característica de autonomia de sistemas de I.A, indaga-se como será possível a mitigação dos riscos e a prevenção de danos, quando ao próprio agente de tratamento de dados não é provável identificar a priori tais riscos" (Mullholand & Gomes, 2021, p. 163).

⁵²⁹ Observa-se que há, na literatura sobre proteção de dados, uma discussão sobre a suficiência do princípio da transparência e sua aplicação de forma efetiva. Nesse sentido: "Once we agree that to 'transparently explain' is to sustain a certain (pre-)conception of what data subjects need to – and can – understand, this necessarily obliges us to move beyond any simplistic debates about whether what is needed is 'more' or 'less' transparency, or about whether transparency is either 'good' or 'bad'. Transparency is not to be measured by degrees, nor to be celebrated or dismissed as such. It is not about showing, or giving access, but about interpreting and creatively rendering and supporting a certain image of targeted individuals" (Fuster, 2018, p. 54-57).

Os obstáculos que o setor de *adtech* apresenta para a conformidade com a LGPD impactam diretamente na proteção do consumidor. É possível mencionar a desconsideração acerca do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I), e a possível violação ao direito básico de informação adequada sobre produtos e serviços (art. 6º, I). Coloca-se também a personalização da publicidade como uma variável que dificulta a identificação de fatores que se configuram como enganosos e abusivos, uma vez que a exposição é circunscrita. Portanto, mais uma vez vem à tona a existência de um estado universal e permanente de vulnerabilidade associado à mera presença do consumidor em ambiente digital.

Reforça-se, assim, a necessidade de reconhecimento da hipossuficiência no que tange às práticas comerciais permeadas pelo marketing digital. Uma vez que há dificuldade em garantir, ao consumidor submetido às decisões majoritariamente automatizadas dos sistemas de *adtech*, o direito à explicação, não existe razão em exigir desse mesmo consumidor a eventual capacidade de produção de provas para sustentar sua defesa em juízo.

Em conclusão parcial, a publicidade digital se desenvolve baseada em três grandes etapas: (i) monitoramento do consumidor-usuário (*tracking*); (ii) formação de perfis de consumo (*profiling*); e (iii) direcionamento das mensagens (*targeting*). Operações com dados pessoais das mais diversas espécies estão presentes em todas elas, fazendo da publicidade na internet um setor no qual os riscos provenientes das atividades de tratamento são acentuados. Os motivos relacionam-se à quantidade de operações, à quantidade de atores envolvidos, à opacidade com a qual ocorrem em face dos titulares de dados, e ao próprio aprimoramento tecnológico que incrementa a coleta dos dados e a experiência do usuário (Terra & Mulholland, 2020, p. 611).

À medida que os consumidores aprofundam seu envolvimento com ferramentas on-line e aplicativos móveis, novas tecnologias permitem que empresas criem experiências mais personalizadas para seus clientes, tanto nos estabelecimentos físicos quanto on-line. Porém, na mesma medida, os riscos e ameaças aos direitos fundamentais aumentam. É no meio digital que se constituiu o chamado corpo eletrônico, a representação virtual da pessoa humana, tão digna de tutela quanto o corpo físico. Segundo Rodotà (2007, p. 15), "a inviolabilidade da pessoa deve ser reconfigurada e reforçada na dimensão eletrônica, segundo a nova

configuração ofertada ao respeito ao corpo humano. Devem ser rejeitadas todas as formas de reducionismo”.

A partir da breve exposição sobre o setor de *adtech* e o respectivo modelo de leilão em tempo real, pode-se atestar que são muitos os desafios para a conciliação da proteção dos dados pessoais dos titulares com os interesses dos agentes econômicos envolvidos, que deverão obrigatoriamente compatibilizar suas atividades em publicidade digital aos deveres impostos pela LGPD e pelo CDC. Em conclusão parcial, é possível afirmar que a proteção do consumidor, entendida de maneira ampla, e não apenas na dimensão da sua privacidade, passa pela revisão dos métodos de publicidade direcionada. Nesse sentido, é fundamental o papel do princípio da boa-fé objetiva em matéria de publicidade digital.

4.9. O princípio da boa-fé objetiva na publicidade digital

O exercício da publicidade está intimamente relacionado ao fundamento constitucional da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), assim como é protegido pela livre concorrência (art. 170, IV, CF) e figura, como já mencionado, dentre as atividades a serem resguardadas de eventuais abusos do poder regulatório (art. 4º, VIII da Lei nº 13.874/2019)⁵³⁰. Pelo prisma dos limites ao exercício da publicidade, o legislador constituinte estabeleceu condições específicas para a promoção de produtos potencialmente nocivos, definidos como tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (art. 220 §§ 3º e 4º, CF).⁵³¹

O Código de Defesa do Consumidor também apresenta restrições ao afirmar a identificação obrigatória (art. 36) e reconhecer a proibição à publicidade enganosa

⁵³⁰ Artigo 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal.

⁵³¹ Artigo 220 A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

e abusiva (art. 6º, IV e 37)⁵³². Observe-se que, para parte da doutrina (Cf. Ferraz Júnior, 2000, p.9), a imposição de barreiras sobre a atividade publicitária pode influenciar no livre acesso a produtos e serviços, na liberdade de escolha e na autodeterminação dos consumidores. Portanto, as eventuais restrições deveriam ser "razoáveis e proporcionais" (Dias, 2018, p. 47).

No entanto, conforme exposto nos capítulos anteriores do presente trabalho, o contrário também se pode mostrar verdadeiro, quando a publicidade, sobretudo aquela realizada em ambiente digital e baseada no tratamento de dados pessoais, ameaça, além da privacidade, os mesmos direitos impactados pelos limites impostos ao exercício da atividade publicitária, quais sejam, a autodeterminação do consumidor e a sua liberdade de escolha.

Se, por um lado, a publicidade contribui para que os consumidores encontrem produtos e serviços capazes de satisfazer suas necessidades e seus desejos, por outro, a atividade está entre as que apresentam grandes ameaças ao consumidor. É difícil conciliar técnicas cada vez mais avançadas de sedução com a aderência às regras e valores do ordenamento jurídico (Basan, 2021, p. 133).

Neste contexto, no qual a publicidade evolui e se adapta para extrair o melhor benefício da tecnologia mais atual, a observância das regras e dos princípios é ainda mais importante para a proteção do consumidor (Dias, 2018, p. 323).

A boa-fé objetiva é um dos princípios fundantes da Política Nacional das Relações de Consumo. Prevista no art. 4º, III (CDC) ela estabelece a necessidade de equilíbrio entre fornecedores e consumidores, mas não apenas isso: também se configura como fonte de interpretação e integração dos negócios jurídicos, impõe limites ao exercício de direitos e cria deveres de conduta (Miragem, 2016, p. 144-145).⁵³³

Trata-se de um princípio que é amplamente empregado às relações jurídicas públicas e privadas (Miragem, 2019, p. 177), mas se desdobra em significados e funções diferentes de acordo com campo normativo ou área de incidência (Martins-Costa, 2018, p. 289). É certo que, em consequência das mudanças na publicidade,

⁵³² Artigo 6º São direitos básicos do consumidor, IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. Artigo 37 É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

⁵³³ A boa-fé objetiva também é cláusula geral de interpretação e vedação às cláusulas abusivas, conforme o art. 51, IV, CDC.

em especial no ambiente digital – que aqui podem ser resumidas pelo tripé monitoramento, *profiling* e direcionamento – e pelas ameaças – também abreviadas, aos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e proteção de dados pessoais –, a conjuntura do mercado publicitário à época da promulgação do CDC é muito diferente da atual.

Na lição de Judith Martins-Costa (2018, p. 291), a boa-fé objetiva requer uma aplicação contextualmente situada, uma vez que:

há uma necessária e inafastável interdependência entre a boa-fé e outros princípios, postulados normativos, diretrizes, presunções e regras jurídicas que se manifestarão conforme o setor ou campo em que situada a relação obrigacional *in concreto* examinada.

Nesse sentido, a doutrina consumerista identificou princípios que decorrem da boa-fé objetiva e informam especificamente a atividade publicitária. Conforme adverte Bruno Miragem (2016, p. 217), não há consenso quanto à conformação desse conjunto, sendo que ele próprio o circunscreve a três princípios: identificação, veracidade e vinculação. Por outro lado, o rol apresentado por Antônio Herman Benjamin et al. (2010, p. 233-235) é mais extenso, contemplando identificação, vinculação contratual, veracidade, não abusividade, inversão do ônus da prova, transparência da informação e correção do desvio publicitário e lealdade publicitária.⁵³⁴

Porém, as engrenagens que são mobilizadas para a realização da publicidade digital ensejam considerações adicionais aos já consagrados princípios acima mencionados. Apontam-se, portanto, as seguintes questões sobre a aplicação da boa-fé à publicidade digital: (i) a preponderância da figura do consumidor titular de dados pessoais e o princípio da boa-fé no âmbito da proteção de dados pessoais (caput do art.6º, LGPD); e (ii) o aprofundamento dos deveres anexos junto com a ampliação dos deveres de proteção incidentes na etapa pré-contratual.⁵³⁵

⁵³⁴ Adicionalmente, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2018, p. 109-116) introduziu o princípio da não captura (abusiva) do consumidor, baseada na sofisticação das técnicas publicitárias que perturbam a intimidade e o sossego.

⁵³⁵ Restringe-se à etapa pré-contratual, uma vez que é nela que se dá o maior desenvolvimento das técnicas de publicidade. Porém, registra-se que, no ambiente digital, a publicidade, vista de maneira ampla, pode se estender por todas as etapas da jornada do cliente. Em função da natureza do produto (serviços simbióticos), pode estar inserida na prestação principal ou até no pós-compra (fidelidade, depoimentos e conteúdo gerado pelo usuário).

É certo que o titular de dados pessoais pode assumir diversos papéis dependendo da natureza das relações que trava nos diversos contextos pelos quais transita. Especificamente no que tange à publicidade digital, o titular de dados encontra-se em uma relação de consumo, portanto consiste em titular-consumidor. Isso significa que ocorre a atração imediata do rol de princípios do artigo 6º da LGPD, que ilumina o tratamento de dados pessoais e que, antes de tudo, é informado pela boa-fé: "As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios...".

Nesse passo, a boa-fé objetiva revela-se no exercício de suas funções de imposição de limites aos exercícios de direitos, além da criação de deveres anexos. Os princípios da finalidade, adequação, necessidade e não discriminação (art. 6º, I, II, III e IX), por exemplo, apresentam limites concretos ao tratamento de dados pessoais no contexto da publicidade digital direcionada.

Todavia, não há exagero em afirmar que todos os dez princípios do artigo 6º da Lei Geral de Proteção de Dados se conectam aos eixos da regulação jurídica das relações de consumo: vulnerabilidade do consumidor, repressão aos abusos e transparência no mercado de consumo⁵³⁶. A partir deles, observa-se a centralidade da boa-fé objetiva que orienta a concretização dos princípios da LGPD também em matéria de publicidade digital enquanto técnica inserida no campo das práticas comerciais.⁵³⁷

A título de ilustração, o *retargeting* é uma das formas de realizar publicidade digital direcionada. Consiste na prática de exibir anúncios para consumidores em potencial que já demonstraram interesse, em função do histórico de navegação e de interação prévia com determinado fornecedor. Para que o *retargeting* ocorra, parte-se da premissa que os dados do consumidor já foram coletados, classificados de acordo com seu perfil e armazenados para consulta e decisão de direcionamento (Arantes, 2021, p. 292).

Existe grande dificuldade, por parte da indústria, em garantir que os dados pessoais tratados para *retargeting* não sejam posteriormente usados para outros fins.

⁵³⁶ De acordo com Judith Martins-Costa (2018, p. 323), é do artigo 4º que se extraem os três eixos da regulação jurídica do CDC: vulnerabilidade do consumidor, repressão aos abusos e transparência no mercado de consumo.

⁵³⁷ De acordo com Antônio Herman Benjamin (2011, p. 263-266), práticas comerciais no contexto do Código de Defesa do Consumidor são o gênero do qual o marketing é espécie. Nesse sentido, a publicidade como instrumento ou como manifestação do marketing faz parte do conjunto, além de ser referida especificamente em seção própria do CDC.

Como bem sublinhado por Laura Schertel Mendes & Gabriel Soares da Fonseca (2021, p. 99), o avanço tecnológico permite que se extraiam novas informações e um absoluto descolamento da finalidade original. Da mesma forma, o *retargeting* desafia o princípio da necessidade nos casos de tratamento com base no legítimo interesse (art. 10, § 1º)⁵³⁸, pois a decisão de direcionamento é tomada com base na totalidade do perfil do consumidor, que contempla mais dados do que os estritamente pertinentes ao caso concreto.

Para além dos limites criados em decorrência da boa-fé objetiva e materializados nos princípios da LGPD, observa-se, no contexto da publicidade digital, a necessidade de aprofundamento dos deveres anexos já apontados pela doutrina (Dias, 2018, p. 71). Do mesmo modo, emerge uma ampliação na forma de deveres de proteção. Inicialmente, lembra-se de que os deveres anexos são aqueles que não dizem respeito à prestação em si, mas se relacionam a ela como forma de realizar o adimplemento satisfatório (Martins-Costa, 2018, p. 243); por outro lado, os deveres de proteção estão voltados a evitar a ocorrência de danos em virtude da relação principal.⁵³⁹ Ambos se caracterizam, em primeiro plano, por serem gerados pela boa-fé objetiva, e não pela obrigação primária (Morais, 2021, p. 135).

Tradicionalmente, a doutrina identifica dois deveres anexos relacionados à publicidade como forma de expressão direta da boa-fé objetiva: o dever de informar (art. 31, CDC) e o dever de não frustrar as legítimas expectativas do consumidor em face de oferta ou publicidade a que já foi exposto (art. 30, CDC) (Dias, 2018, p. 74-75). São obrigações do fornecedor que se mostram ainda mais relevantes no ambiente de publicidade digital, no qual a assimetria de informação é mais acentuada; e a transparência, mais difícil de ser alcançada.

Diante do que já foi exposto nos capítulos anteriores, o ambiente de publicidade digital é permeado por *dark patterns* que são utilizadas ao longo da jornada do consumo como forma de conduzir o consumidor na direção da conclusão da oferta. Essa realidade requer um aprofundamento tanto no dever de prestar informações quanto no reconhecimento da formação do vínculo obrigacional.

⁵³⁸ Art. 10 § 1º LGPD Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados.

⁵³⁹ Nesse sentido, Judith Martins-Costa (2018) afirma que os deveres de proteção não se confundem com os deveres de prestação, nem principais, nem anexos, "pois o interesse que tutelam é outro, não o prestar, mas o interesse de proteção, para que da relação obrigacional, e independentemente da realização da prestação, não resultem danos injustos à contraparte" (p. 244).

Inicialmente, cabe apontar que o dever de informar, em matéria de publicidade digital, encontra uma barreira adicional na concretização do princípio da identificação obrigatória.⁵⁴⁰ A razão desse princípio, materializado no artigo 36 do CDC é, segundo Cláudia Lima Marques (1998, p. 224), trazer consciência ao consumidor de que não se trata de informação imparcial e desinteressada, mas sim de conteúdo voltado à finalidade comercial.

Apesar de a publicidade clandestina, subliminar ou oculta ter sido relatada muito antes da internet, é no ambiente digital que as técnicas de disfarce ganham destaque.⁵⁴¹ Não por outra razão, em todas as taxonomias sobre *dark patterns* relacionadas no capítulo 2 do presente trabalho, a publicidade não identificada está presente.⁵⁴²

Trata-se da mensagem comercial disfarçada de uma pseudoneutralidade que não revela seu caráter publicitário (Dias, 2018, p. 282). Na verdade, a partir do primeiro anúncio na internet, conforme descrito anteriormente⁵⁴³, novos formatos surgiram, e muitos deles desafiam a capacidade de o consumidor, sem esforço, reconhecer a presença da publicidade.

Um desses formatos, chamado de publicidade nativa, prevê a mistura da mensagem comercial, em termos de layout (organização de texto e imagem), ao padrão do veículo. Um típico exemplo é o post patrocinado do Instagram, que se integra perfeitamente ao modelo de publicação não patrocinada. A Federal Trade Commission (FTC) indica que, na mídia digital, os anúncios nativos muitas vezes se assemelham ao design, estilo e funcionalidade da mídia em que são divulgados.⁵⁴⁴

Ressalta-se que o aprofundamento da carga informativa não é sinônimo do aumento da quantidade de informações, pois este, além de não necessariamente cumprir o papel de dar transparência ao que se anuncia, ainda pode ser associado a

⁵⁴⁰ Artigo 36 A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

⁵⁴¹ De acordo com o balanço do CONAR do ano de 2021, as representações por violação ao princípio da identificação publicitária foram o segundo tipo mais frequente (atrás de veracidade da informação), sendo o meio mais questionado a internet (73,8%), que se subdivide em internet geral, redes sociais, jogos, e-mail marketing e aplicativos. Disponível em <http://www.conar.org.br/pdf/conar222.pdf> acesso em 09.06.2022.

⁵⁴² Ver por todos a classificação de Harry Brignull disponível <https://www.deceptive.design/types/disguised-ads> Acesso em 09.06.2022.

⁵⁴³ Ver tópico 4.2.

⁵⁴⁴ Ver mais em <https://www.ftc.gov/business-guidance/resources/native-advertising-guide-businesses> Acesso em 09.06.2022.

um tipo de *dark patterns* classificado como sobrecarga de informações. O dever de informar é, portanto, marcado por sua instrumentalidade e por sua relação com situações concretas (Martins-Costa, 2018, p. 581-582).

Exemplificativamente, retoma-se um caso já citado ao longo deste trabalho: a determinação do perfil de consumidor e o consequente direcionamento de publicidade por parte de instituições de ensino superior nos Estados Unidos (O'Neil, 2021, p.70), um típico exemplo que conjugou a vulnerabilidade acentuada do público-alvo destinatário das mensagens com a falha em garantir transparência sobre a características e qualidades do serviço.

O outro aprofundamento necessário relacionado à publicidade digital e aos deveres anexos diz respeito ao efeito vinculante da oferta, que se concretiza condicionado à exposição ao consumidor e à suficiente precisão da mensagem (art. 30).⁵⁴⁵ Em se tratando de publicidade digital direcionada ao perfil específico de um consumidor, a sua verificação de ocorrência é muito mais complexa. A individualização da exposição e a mutabilidade inerente aos criativos construídos por sistemas de inteligência artificial⁵⁴⁶ desafiam o princípio da vinculação da oferta.

Diante dessa maior complexidade, recorda-se que a publicidade tradicionalmente inserida na fase pré-contratual das relações de consumo adquiriu relevância jurídica após a promulgação do CDC, determinada pelo (então) novo conceito de oferta que vincula e obriga o fornecedor (Marques, 1998, p. 217). Assim, com o objetivo de reafirmar a relevância jurídica da publicidade também em ambiente digital, aponta-se a magnitude da boa-fé objetiva como criadora não só dos deveres anexos, mas também dos deveres de proteção que se aplicam a esse campo.

A função dos deveres de proteção é afastar ou minimizar os riscos e os prejuízos que eventualmente podem incidir sobre o consumidor (Morais, 2021, p.

⁵⁴⁵ Art. 30, CDC Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

⁵⁴⁶ De acordo com o Google: "Os criativos dinâmicos permitem que os anunciantes exibam o conteúdo de anúncio mais relevante para cada espectador. Para criar um anúncio dinâmico, primeiro você precisa decidir quais elementos do anúncio devem mudar de acordo com quem o visualiza, por exemplo, texto, imagens e URLs. Esses elementos podem ser alterados manual ou programaticamente, de acordo com as regras de segmentação que você definir." Disponível em <https://support.google.com/richmedia/answer/6103214?hl=pt-BR> acesso em 08.06.2022. (já mencionado)

186). Referem-se, portanto, à proteção das esferas extrapatrimoniais e patrimoniais dos sujeitos da relação de consumo, se fazendo presentes mesmo quando não há a prestação principal (Martins-Costa, 2018, p. 598-599). Nessa linha, observam Fabiano Menke & Guilherme Goulart (2020), ao refletirem sobre a importância da boa-fé sobre a segurança da informação:

Além disso, a boa-fé também é geradora de deveres, sobretudo com consideração dos chamados deveres anexos e de proteção. É de se notar a importância do direito obrigacional em tais relações, pois, no mais das vezes, **o tratamento de dados pessoais é acompanhado da prestação de um serviço ou fornecimento de produto, ou seja, não é o objeto principal da prestação.** Assim, os deveres anexos e de proteção são plenamente aplicáveis às relações obrigacionais que envolvem tratamento de dados. (p. 352, grifos nossos).

São deveres que se mostram adequados ao contexto de intenso tratamento de dados envolvendo a publicidade digital, em especial as duas etapas anteriores ao direcionamento, o *tracking* (monitoramento) e o *profiling*.

Nesse sentido, é possível estabelecer a correspondência entre os princípios que legitimam o tratamento de dados pessoais na forma dos incisos do artigo 6º da LGPD e os deveres de proteção aplicáveis à publicidade digital – em especial, os seguintes princípios:

- (a) Segurança (art. 6º, VII): a garantia de que o consumidor-titular terá seus dados protegidos de acessos não autorizados ao seu perfil de consumo que dá origem aos anúncios que recebe. O dever de segurança no sistema de publicidade digital, sobretudo nos ambientes de *adtechs*, que contam com muitos atores, é essencial para que se evite a "perda de controle" sobre o trânsito de informações à revelia dos seus titulares (Zanatta, 2021, p. 981).
- (b) Prevenção (art. 6º, VIII): os deveres e recomendações que tangibilizam o princípio da prevenção, como, por exemplo, as políticas de boas práticas e governança (arts 49 e 50, LGPD), se configuram na proteção do consumidor no que tange tanto aos meios de monitoramento (vide a discussão sobre a descontinuidade dos *cookies* de terceiros) quanto ao *profiling*. A indústria de publicidade digital vem debatendo maneiras de incrementar as bases de

dados primárias como forma de melhorar a governança dos dados pessoais.⁵⁴⁷

- (c) Não discriminação (art. 6º, IX): o dever de proteção se mostra especialmente relevante na seara da não discriminação por meio de ferramentas de monitoramento e de formação de perfis que levam em conta dados pessoais sensíveis para a posterior oferta de bens e serviços personalizados.⁵⁴⁸ Nesse sentido, é obrigatória a observação da inteligência do artigo 11 da LGPD, que, para fins de publicidade digital, condiciona a legalidade do tratamento de dados sensíveis ao consentimento do titular.⁵⁴⁹ Para além da base legal, comentam Laura Schertel Mendes *et al.* (2020, p. 447):

Se uma pessoa é filiada a um determinado sindicato, e que por conta disso um algoritmo que direciona publicidade digital e que legitimamente possui essa informação passa a encaminhar a essa pessoa anúncios relacionados a vagas de emprego intimamente ligadas com o sindicato em questão, estamos diante de um cenário de discriminação algorítmica, que faz uso de dados sensíveis e que tanto é estatisticamente relevante quanto impõe um impacto razoável ao grupo discriminado. No entanto, se esse mesmo algoritmo passasse a limitar o acesso dessa pessoa a anúncios de emprego de outras naturezas, inclusive potencialmente vagas que resultariam em maior remuneração ao indivíduo, a questão seria menos simples.

Por fim, recorda-se a oportuna análise realizada por Cláudia Lima Marques (2020, p. 20) sobre as mudanças no ambiente de consumo da sociedade do século XXI e os seus impactos para os contratos de serviços. A autora observa que os instrumentos tradicionais da boa-fé objetiva, como informação, cuidado e cooperação, tendem a ser desconstruídos em função das características de desumanização, desmaterialização e deslocalização presentes no mundo digital.

⁵⁴⁷ Bases primárias são aquelas formadas por contato direto entre as organizações e os consumidores, o que facilita a identificação e o mapeamento do fluxo dos dados pessoais. Nesse sentido, o estabelecimento de mecanismos que reforçam a segurança dos dados e informem os procedimentos de atendimento de direito dos titulares também é facilitado.

⁵⁴⁸ Recorda-se que a relevância da proteção dos dados sensíveis na LGPD se dá em função da "qualidade e natureza das informações que trazem, seu tratamento ou eventual vazamento poderá gerar riscos significativos à pessoa humana, podendo ser fonte para preconceitos, e discriminações ilícitas e abusivas" (Teffé, 2021, p. 1209).

⁵⁴⁹ Apesar de não haver essa regra explícita na LGPD, a partir das bases legais descritas no artigo 11 da LGPD, na ausência do Legítimo Interesse, pode-se derivar essa interpretação.

Por esse ângulo, a manifestação do princípio da boa-fé objetiva em matéria de publicidade digital, por meio dos deveres anexos e de proteção, tem grande importância na minimização da vulnerabilidade do consumidor.⁵⁵⁰

⁵⁵⁰ Nesse sentido: "(...) para reduzir ou eliminar diferenças significativas dos contratantes hipossuficiente e hipersuficiente, é imprescindível a aplicação dos deveres anexos de conduta (ou deveres laterais) decorrentes da boa-fé objetiva nas negociações preliminares (Morais, 2021, p. 56).

5. Conclusão

A presente tese foi dedicada à investigação acerca de um estado alargado, aprofundado e universal da vulnerabilidade do consumidor em ambiente digital, que ultrapassa aquela traçada pela doutrina: vulnerabilidade jurídica, vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade fática e vulnerabilidade informacional. Nessa direção, foi estabelecida a seguinte hipótese de pesquisa: O conceito de hipossuficiência é ampliado em face das práticas de marketing atuais, passando a alcançar todo o universo de consumidores em ambiente digital.

Para tanto, este trabalho teve como ponto de partida três fenômenos já constatados e documentados na literatura: (i) a condição de consumidor titular de dados pessoais concomitantemente como destinatário das práticas de marketing, como matéria-prima para o desenvolvimento de tais práticas e como produto comercializado entre os integrantes do sistema de marketing; (ii) a crescente assimetria informacional entre consumidores e fornecedores; e (iii) a intensificação das práticas abusivas baseadas em produtos de predição inseridos ao longo da jornada de consumo.

Da mesma maneira, na introdução do presente trabalho, foi indicada a necessária compreensão a respeito da sociedade contemporânea, marcada pelo valor da informação de maneira preponderante sobre outros bens, com efeitos identificados nos mais diversos campos. Por mais que a informação sempre tenha ocupado lugar relevante nas sociedades pretéritas, é na atualidade que se verifica uma mudança acentuada na sua forma de produção, bem como nos seus modos de consumo.

Foi por meio do uso da tecnologia como vetor estruturante de novas formas de tratamento e organização da informação que as relações entre os agentes econômicos assumiram novas configurações. Destacam-se, em especial, as mudanças percebidas no mercado de consumo, a começar pela quebra de barreiras entre ambiente físico e digital, pela integração de produtos e serviços e pelo fenômeno da hiperconectividade. Uma nova ordem social foi estabelecida, na qual "tudo passa (ou é) consumo no meio digital" (Marques & Mucelin, 2021, n. p.).

Assim, de modo a avançar na pesquisa e provocar a reflexão sobre a hipótese proposta, a tese foi dividida em quatro capítulos. No primeiro, em revisão bibliográfica, foram apresentados um recorte histórico da evolução da atividade do

marketing e suas principais etapas, até a chegada ao marketing direcionado por dados.

Em outra linha, procurou-se recordar que a tutela dos dados pessoais estava presente no ordenamento jurídico, ainda que não houvesse uma lei específica para tanto. Porém, ficou evidente a importância da LGPD com seu papel sistematizador dos mecanismos que trazem legalidade ao tratamento de dados pessoais. De especial interesse, foram abordados dois institutos processuais considerados de extrema relevância para a proteção de dados pessoais do consumidor: a tutela coletiva e a inversão do ônus da prova.

No aspecto da tutela coletiva, partiu-se da constatação prévia de autores como Stefano Rodotà (2007) e Shoshana Zuboff (2020) sobre a extrema dificuldade de defesa individual na esfera de proteção de dados. Nesse sentido, buscou-se compreender a ideia do afastamento do modelo individualista em direção ao modelo coletivo com a breve revisão das teorias de Helen Nissenbaum (2010), Alessandro Mantelero (2016) e Luciano Floridi (2017). O resultado reafirma a linha defendida por Rafael Zanatta (2019), na direção da vantagem da existência de um sistema de tutela coletiva consolidado no Brasil.

Para finalizar o primeiro capítulo, tratou-se de compreender o instituto do ônus da prova positivado na LGPD, alocado na seção sobre responsabilidade civil (Art. 42, § 2º), ao contrário do CDC, que traz a previsão inserida no rol dos direitos básicos (Art. 6º). Uma interpretação restritiva poderia circunscrever a possibilidade de inversão do ônus da prova às ações indenizatórias. Nesse ponto cabe a sugestão de alteração legislativa para alargar a inversão do ônus da prova em matéria de práticas de marketing digital. Os demais capítulos se prestaram a corroborar essa tese.

O segundo capítulo trouxe a contribuição de uma organização sobre as chamadas *dark patterns*, que começam a despertar a atenção da nascente literatura jurídica sobre o tema. Da mesma forma, procurou apresentar o tratamento inicial que tais padrões obscuros ou práticas manipulativas estão recebendo em âmbito legislativo e regulatório. Para isso, foram selecionados os seguintes documentos: Digital Services Act (DSA), California Privacy Rights Act (CPRA), Detour Act e Guideline n. 03/2022 da European Data Protection Board (EDPB).

Neste ponto, também se destacou a atuação da Federal Trade Commission (FTC), baseada na sessão 5(a) do "FTC Act", em casos envolvendo *dark patterns*.

Ficou patente a dificuldade em definir o que é considerado técnica manipulativa e, portanto, ilegal, e o que é considerado influência e, logo, dentro do perímetro da legalidade.

Tendo em vista a atuação da FTC, buscou-se identificar a discussão do tema no âmbito da autorregulamentação publicitária no Brasil. Foi constatada a presença ainda tímida do tema no CONAR com a ilustração inicial de dois casos: Globoplay e iFood. Em ambos, o termo *dark patterns* não foi mencionado; no entanto, foi possível, com base na pesquisa previamente realizada, fazer um enquadramento inicial. Alerta-se que a discussão é incipiente no Brasil, logo a própria verificação de exemplos concretos é problemática.

Ainda que o tema seja nascente, foi possível, em conclusão parcial, avaliar que, no campo das perspectivas normativas sobre *dark patterns*, a atuação não deve ficar restrita ao CONAR. Um envolvimento institucional com a chancela da administração pública será necessário.

Da mesma forma, as categorias já identificadas como *dark patterns* demonstram, em grande medida, sua contrariedade à legislação, no que tange ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei Geral de Proteção de Dados. Esse fato significa que, ao lado da contínua verificação de enquadramento dos diferentes tipos de *dark patterns* existentes e dos que ainda estão por vir e que serão encontrados nos casos concretos, se faz necessária uma medida de proteção mais ampla para o consumidor em ambiente digital.

Um dos fatores que dificulta a separação de práticas permitidas das ilegais é a própria compreensão do significado de termos que a doutrina utiliza para descrever as *dark patterns*: manipulação, influência e persuasão. Nesse aspecto, foi possível extrair preliminarmente o sentido negativo e juridicamente condenável que o ato de manipular denota: tanto a definição literal, que se associa ao falseamento da realidade ou à adulteração, quanto a linguagem figurada, quando relativa à ilegitimidade da influência.

Ao avançar para o terceiro capítulo, partiu-se das *dark patterns* para analisar sua inserção na jornada do consumidor, conceito presente na literatura de marketing que contempla toda a construção da narrativa do relacionamento entre fornecedores e consumidores. A título de ilustração, foi apresentado o caso das *MagicBands*, pulseiras mágicas da Disney.

O objetivo da pesquisa focada na jornada de consumo foi no sentido de ampliar o estudo das práticas de marketing para além da publicidade e, com isso, mapear os mecanismos envolvidos na apreensão e no tratamento de dados pessoais. A cada ponto de contato, são abertas duas possibilidades ao fornecedor: influenciar o consumidor e extrair informações sobre seu comportamento. Como base nessa ideia, ficou patente o aumento na assimetria de poder já característica das relações de consumo, ainda mais acentuada a partir do momento em que essas relações envolvem a figura do consumidor titular de dados pessoais.

Por isto, optou-se por analisar a noção de jornada de consumo a partir da lente da arquitetura de escolha: diante de um conjunto de controles e estímulos, criados e gerenciados de maneira imperceptível ao consumidor, foi possível levantar o véu da legitimidade das ações de marketing em ambiente digital.

Nesse sentido, verificou-se que a jornada apresenta uma abusividade inerente ao próprio conceito: cria e gerencia o percurso do consumidor, lançando mão de ferramentas, muitas vezes invisíveis ao homem comum, que carregam um potencial risco de violação aos dados pessoais de forma contínua.

Ainda no capítulo terceiro, para dar concretude ao estabelecimento de um estado universal de vulnerabilidade digital, bem como à consequente afirmação da hipótese de hipossuficiência diante de práticas de marketing em ambiente digital, foi proposto um diálogo entre a teoria de Shoshana Zuboff (2020) sobre Capitalismo de Vigilância e o conceito de jornada de consumo e experiência do consumidor formulado por Philip Kotler (2014).

Para tanto, procurou-se abordar os seguintes tópicos: o significado das mudanças na atividade de marketing, cada vez mais atravessadas pela tecnologia e pela utilização de dados pessoais; a ênfase na experiência do consumidor, e não no produto ou serviço; o impacto na situação do consumidor em ambiente digital, focada na sua vulnerabilidade.

O ponto de partida foi o reconhecimento de forte correspondência entre, de um lado, o protagonismo da jornada de consumo e a valorização de sua experiência e, do outro, as engrenagens do capitalismo de vigilância. Tanto a lógica do marketing contemporâneo, identificado por Kotler et al. (2021) como marketing 5.0, quanto a lógica do capitalismo de vigilância partem do mesmo princípio: é preciso monetizar a experiência humana.

Como forma de demonstrar essa relação, a pesquisa focou-se em casos concretos trazidos pelo Google que ilustraram as práticas de marketing tendo como pano de fundo os conceitos de vigilância, superávit comportamental e produtos de predição. Como resultado, foi possível identificar o estabelecimento de uma nova dinâmica de relacionamento entre fornecedores e consumidores, que ultrapassa a já significativa questão do avanço da tecnologia.

Nesse aspecto, surgem duas novas variáveis a serem consideradas. A primeira é a reconfiguração da figura do consumidor (pessoa física), uma vez que, ao lado dos papéis já identificados pela doutrina e expostos na introdução do presente trabalho (destinatário, matéria-prima e produto), ele passa a ser também objeto. Trata-se de atribuição que carrega em si o peso da violação do fundamento constitucional de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, CF), do princípio da boa-fé (art. 4º, III, CDC), bem como da cláusula geral da dignidade da pessoa humana (art. 3º, III, CF).

A segunda é a qualidade universal da vulnerabilidade digital do consumidor, que é dada em função do mero ingresso em ambiente digital e das relações que nele se estabelecem. Diante da pesquisa realizada sobre a presença de *dark patterns* na arquitetura de escolha que se materializa na jornada de consumo, a debilidade do consumidor é aprofundada. Adicionalmente, nesse cenário, somam-se o tratamento de dados sensíveis, que, pelas práticas de *big data*, carrega uma iminência de sensibilidade, e o conseqüente aumento do risco para o consumidor quanto a tratamentos ilícitos e discriminatórios.

Em conclusão parcial, no capítulo terceiro, se questiona a suficiência do CDC e da LGPD em proteger o consumidor diante dessas novas bases de relacionamento. A resposta é negativa. É preciso afirmar a vulnerabilidade digital como universal, e ato contínuo recuperar a hipótese do presente trabalho para estabelecer que a hipossuficiência do consumidor em se tratando de práticas de marketing em ambiente digital é necessariamente universal.

O efeito imediato dessa afirmação de hipossuficiência é a inversão do ônus da prova, o mais importante instrumento para a facilitação da defesa do consumidor em juízo, que passaria a operar *ope legis* diante do marketing realizado em ambiente digital.

Por fim, no quarto e último capítulo da tese, debruçou-se sobre a parte mais aparente da relação entre marketing digital e capitalismo de vigilância: a

publicidade digital. Tomou-se como ponto inicial uma digressão acerca do significado dos termos publicidade e propaganda, sobretudo a partir da sanção da Lei de Liberdade Econômica. Concluiu-se pela existência de complementaridade entre publicidade e propaganda, mesmo dentro de práticas comerciais, o que não necessariamente exclui a propaganda de marca do âmbito de aplicação do CDC.

Inegavelmente, a discussão sobre resultados na publicidade é o grande fio condutor da constante busca por inovação nos modelos de negócios que visam influenciar o consumidor em determinada direção. E, aqui, como ao longo de todo o trabalho, considera-se publicidade dentro de uma perspectiva ampliada que contempla todas as atividades de marketing. Para resgatar o impulso original na busca pelo retorno sobre o investimento publicitário, voltou-se a dois precursores do pensamento científico da área: John Wanamaker (apud Pasqualotto, 1997) e Claude Hopkins (1966).

Depois dessa visita ao passado, a ponte com o presente se construiu com a apresentação do papel de destaque desempenhado pelo Google no marketing contemporâneo. Esse caminho levou ao tripé que sustenta a publicidade hoje em ambiente digital: *tracking-profiling-targeting*. Procurou-se explorar o protagonismo alcançado pelo *targeting* e o papel secundário dado ao *tracking* e ao *profiling*, quase como uma cortina de fumaça para o que realmente importa nessa indústria: a transformação de dados pessoais em produtos e serviços de predição que alimentam o ecossistema de publicidade digital.

Ato contínuo, foram abordados dois movimentos liderados pela indústria da publicidade que propõem conformidade com as leis de proteção de dados pessoais: o fim dos *cookies* de terceiros e a revalorização do *targeting* contextual. No entanto, o que se observou é que, para além de novas tecnologias, o que deve entrar em discussão é a manutenção da dinâmica que sustenta o direcionamento na publicidade em ambiente digital. O *targeting* é a última fase de um sistema que é baseado no monitoramento (*tracking*) e no *profiling*, que isoladamente apresentam questões desafiadoras à proteção do consumidor em ambiente digital.

Aproveitou-se ainda da recente decisão de inconformidade com o GDPR da autoridade de proteção de dados da Bélgica em face do IAB Europe, associação do mercado de publicidade e marketing digital em nível europeu. Nela foi possível trazer à tona pontos de atenção que desafiam a tutela de proteção de dados pessoais em âmbito também nacional.

Em conclusão parcial, no quarto capítulo, entendeu-se que a lógica da publicidade digital faz com que os riscos provenientes das atividades de tratamento de dados pessoais sejam acentuados. Os motivos estão relacionados à quantidade de operações, à quantidade de atores envolvidos, à opacidade com a qual ocorrem em face dos titulares de dados e ao próprio aprimoramento tecnológico que incrementa o tratamento dos dados.

Diante de todo o exposto, partiu-se enfim para uma releitura do princípio da boa-fé em matéria de publicidade digital, tendo em vista a necessária aplicação contextual, de acordo com a doutrina da professora Judith Martins-Costa (2018). Nesse sentido, procurou-se trabalhar em duas vertentes: o aprofundamento dos deveres anexos da boa-fé (já apontados na literatura) e a ampliação dos deveres de proteção. Para cumprir esta tarefa, foram mobilizados o artigo 6º e os respectivos incisos (LGPD) e os artigos 30, 31 e 36 do Código de Defesa do Consumidor.

Concluiu-se que a manifestação do princípio da boa-fé objetiva em âmbito de publicidade digital, por meio dos deveres anexos e de proteção, é essencial para minimizar a vulnerabilidade do consumidor diante das novas configurações comerciais no ambiente digital.

Por todo o exposto, a hipótese de hipossuficiência do consumidor em ambiente digital diante de práticas comerciais pode operar em um patamar de proteção mais elevado, uma proteção constitucional que se relaciona à construção de uma sociedade mais justa. Diante disso, toda a pesquisa apontou para duas sugestões legislativas no âmbito do Código de Defesa do Consumidor:

Artigo 6º São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços:

a proteção contra a abusividade da jornada de consumo, em todas as suas etapas que envolvem controles e estímulos na qualidade de práticas de marketing, sobretudo em ambiente digital.

Artigo 38 O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

I - Em se tratando de práticas de marketing em ambiente digital o ônus da prova pela violação dos deveres anexos ao princípio da

boa-fé, bem como dos deveres de proteção, cabe a quem as patrocina.

6. Referências bibliográficas

6, P. Personal Information Economy: trends and prospects for consumers. In: LACE, S. **The Glass Consumer**: life in a surveillance society. Bristol: The Policy Press, 2005. p. 17-44.

ABBAGANANO, N. **Dicionário de Filosofia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

ABE, K. Como criar uma boa experiência on-line para os clientes? **IAB Brasil**. São Paulo, 11 mar. 2021. Disponível em: <<https://iabbrasil.com.br/video-como-criar-uma-boja-experiencia-on-line-para-os-clientes/>>. Acesso em 10 mai. 2022.

ADULTERAÇÃO. In: **Dicionário Michaelis**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2022. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/adultera%C3%A7%C3%A3o/>>. Acesso em 03 abr. 2022.

ALCOBENDAS, M.; KOBAYASHI, S.; SHUM, M. The Impact of Privacy Measures on On-line Advertising Markets. **SSRN Electronic Journal**, [S.L.], p. 1-40, 06 jul. 2021. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3782889>.

ALLEN, A. Protecting One's Own Privacy in a Big Data Economy. **Harvard Law Review**. [S.I.], p. 71-78. dez. 2016.

ALLENBY, G M. et al. Inferences for marketing decisions. In: DUBÉ, J-P.; ROSSI, P. **Handbook of the economics of marketing**. Amsterdam: Elsevier, 2019.

ALVES, F. M. Por que o debate sobre a regulação em proteção de dados já mudou tudo no Brasil. **JOTA**, São Paulo, 20 set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-que-o-debate-sobre-a-regulacao-em-protecao-de-dados-ja-mudou-tudo-no-brasil-20092019>. Acesso em: 24 ago. 2021.

ANDREWS, M.; VAN LEEUWEN, M.; VAN BAAREN, R. **Persuasão na publicidade**: 33 técnicas psicológicas de convencer. São Paulo: G. Gili, 2013.

ARANTES, C. C. A publicidade direcionada ao perfil do consumidor. In: KAC, L. A. C. **Atividade publicitária no Brasil**: aspectos jurídicos. São Paulo: Almedina, 2021. p. 288-305.

ARONS, M. S.; VAN DEN DRIEST, F.; WEED, K. **The ultimate marketing machine**. Harvard Business Review, July-August, 2014.

AZEVEDO, J. C. **Delimitando o conceito de vulnerabilidade digital - Parte I:** quais são os impactos negativos suportados pelos cidadãos em virtude da digitalização da sociedade?. Quais são os impactos negativos suportados pelos cidadãos em virtude da digitalização da sociedade?. 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-dos-grupos-vulneraveis/delimitando-conceito-vulnerabilidade-digital-09122021#_ftnref7. Acesso em: 30 mai. 2022.

BALA, M.; VERMA, D. A Critical Review of Digital Marketing. **International Journal Of Management, It & Engineering**, [S.I], v. 10, n. 8, p. 321-339, out. 2018.

BALLANTYNE, D.; CHRISTOPHER, M.; PAYNE, A. Relationship marketing: looking back, looking forward. **Marketing Theory Articles**. [S.I], p. 159-166. jan. 2003.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Banco Central registra primeiros Gestores de Banco de Dados. Brasília: Banco Central do Brasil, 11 out. 2019. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/383/noticia>>.

BARROSO, L. R. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 213, p. 149-163, jul. 1998.

BARTELS, R. **Marketing literature—Development and appraisal**. Ph.D. diss., The Ohio State University, Columbus, 1940.

BASAN, A. P. **Publicidade Digital e Proteção de Dados Pessoais: o direito ao sossego**. Indaiatuba: Foco, 2021.

BATISTA-DOS-SANTOS, A. C. Relação Capitalismo & Administração: mudanças na administração à luz das fases do capitalismo. **Revista Espaço Acadêmico**, [s. l], n. 158, p. 1-14, jul. 2014.

BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BEGGIORA, H. Como parar de receber mensagem SMS da Rappi. **Techtudo**. Rio de Janeiro, 14 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/2019/08/como-parar-de-receber-mensagem-sms-da-rappi.ghtml>>. Acesso em 09 abr. 2022.

BELGIAN authority finds IAB Europe’s consent pop-ups incompatible with the GDPR. **Panoptykon Foundation**. Varsóvia, 16 fev. 2022. Disponível em: <https://en.panoptykon.org/articles/belgian-authority-finds-iab-europe%E2%80%99s-consent-pop-ups-incompatible-gdpr>>. Acesso em 10 jun. 2022.

BELLI, L. Como implementar a LGPD por meio da Avaliação de Impacto sobre Privacidade e Ética de Dados (AIPED). In: BIONI, B. et al. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: e suas repercussões no direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: RT, 2020. Cap. 20. p. 398-428

BENJAMIN, A. H V. Das práticas comerciais. In: GRINOVER, A. P. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Cap. 5. p. 260-510.

_____.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BENKLER, Y.; FARIS, R.; ROBERTS, H. **Network Propaganda**. Oxford: Oxford University Press, 2018

BENNETT, B. 'You Got to Be the Last Guy He Talks To.' The Rise and Fall of Trump Adviser Steve Bannon. **Time**. Nova Iorque, 21 ago. 2020. Disponível em: < <https://time.com/5882072/rise-and-fall-of-steve-bannon/>>. Acesso em 13 jun. 2022.

BENTES, A. A indústria da influência e a gestão algorítmica da atenção. In: FERREIRA, M.; BOCK, A.; GONÇALVES, M. G. M. **Estamos sob ataque!:** tecnologias de comunicação na disputa das subjetividades. São Paulo: Instituto Silvia Lane, 2021. p. 42-59.

_____. O MODELO DO GANCHO E A FORMAÇÃO DE HÁBITOS: tecnobehaviorismo, capitalismo de vigilância e economia da atenção. **Anuario Electrónico de Estudios En Comunicación Social “Disertaciones”**, [s. l], v. 15, n. 2, p. 1-19, jul. 2022

BERRY, L. Relationship Marketing of Services--Growing Interest, Emerging Perspectives. **Journal Of The Academy Of Marketing Science**, [S.L.], v. 23, n. 4, p. 236-245, 1 set. 1995. Springer Science and Business Media LLC.

BERSINGER, G. Stopping the Manipulation Machines. **The New York Times**. Nova Iorque, 30 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2021/04/30/opinion/dark-pattern-internet-ecommerce-regulation.html>>. Acesso em 23 mar. 2022.

BESSA, L. R. Banco de dados e cadastros de consumo. In: BENJAMIN, Antônio H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Cap. 10. p. 278-315.

_____. **Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414/2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. A NOVA LEI DO CADASTRO POSITIVO. In: MAIOLINO, I.; TIMM, L. (org.). **Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada**. Brasília: Singular, 2019. p. 51-68.

_____.; NUNES, A. L. T. Instrumentos processuais de tutela individual e coletiva: análise do art. 22 da Lgpd. In: DONEDA, Danilo *et al.* **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Cap. 34. p. 668-690

BIONI, B. R. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____.; DIAS, D. Responsabilidade Civil na LGPD: construção do regime por meio de interações com cdc. In: MIRAGEM, B. et al. **Direito do consumidor**: 30 anos do cdc. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Cap. 18. p. 501-521.

BLEIER, A. On the Viability of Contextual Advertising as a Privacy-Preserving Alternative to Behavioral Advertising on the Web. **Ssrn Electronic Journal**: SSRN, [S.L.], v. 0, n. 0, p. 1-40, 2021. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3980001>.

_____.; GOLDFARB, A.; TUCKER, C. Consumer privacy and the future of data-based innovation and marketing. **International Journal Of Research In Marketing**, [S.L.], v. 37, n. 3, p. 466-480, set. 2020. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.ijresmar.2020.03.006>.

BOA VISTA SERVIÇOS S.A. Cadastro positivo. Disponível em: <https://www.consumidorpositivo.com.br/cadastro-positivo/>. Acesso em 01 nov. 2021. **Boa Vista Serviços S.A.** Barueri, [s.d]a.

_____. Score. Disponível em: <https://www.consumidorpositivo.com.br/score/>. Acesso em 01 nov. 2021. **Boa Vista Serviços S.A.** Barueri, [s.d]b.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. 7. ed. São Paulo: Elsevier, 2004.

BODIN DE MORAES, M. C. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, [s. l], v. 9, n. 29, p. 233-258, jul. 2006.

_____. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

_____.; QUEIROZ, J. Q. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa. **Proteção de Dados Pessoais**: versus avanço tecnológico, Rio de Janeiro, v. 3, n. , p. 113-135, jan. 2019. Cadernos Adenauer.

BOHNSACK, R.; LIESNER, M. M. What the hack? A growth hacking taxonomy and practical applications for firms. **Business Horizons**, [S.L.], v. 62, n. 6, p. 799-818, nov. 2019. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.bushor.2019.09.001>.

BÖSCH, C. et al. Tales from the Dark Side: privacy dark strategies and privacy dark patterns. **Proceedings On Privacy Enhancing Technologies**, [S.L.], v. 2016, n. 4, p. 237-254, 14 jul. 2016.

BOULLIER, D. Designing envelopes for attention policies. In: DOYLE, W; RODA, C. **Communication in an era of attention scarcity**. 2019. p. 63-73

BRAMBILLA, F. R.; ADOLFO, L. G. S. Propaganda Infantil na Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor: um estudo interdisciplinar congregando noções de direito e marketing. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, n. 25, p. 285-322, mar. 2016.

BRANCO, M. Vazamento de dados gera direito a indenização por danos morais?. **JOTA**, São Paulo, 16 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/vazamento-de-dados-danos-morais-16082021>>.

BRANCO, S. As hipóteses de aplicação da LGPD e as aplicações legais. In: MULHOLLAND, C. **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. Cap. 1. p. 15-42.

BRASIL JÚNIOR, S. M.; CUNHA, G. S. Inversão do Ônus da Prova e o Código de Processo Civil de 2015: retrato da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**, [S.I.], v. 283, p. 257-284, set. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 6387. Rel. Min. Rosa Weber, Decisão Monocrática, j. 24.04.2020, DJe 28.04.2020, 2020c. p. 12.

_____. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Perguntas Frequentes – ANPD**, 18 fev. 2021a. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes-2013-anpd#c2>>. Acesso em 30 jan. 2022.

_____. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Petição de Titular, 5 fev. 2021b. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/canais_atendimento/cidadao-titular-de-dados/peticao-de-titular-contraccontrolador-de-dados>. Acesso em 30 dez. 2021.

_____. CADE. Processo Administrativo n. 08012.010483/2011-94. Brasília, 11/10/2013.

_____. Medida Provisória nº 954, de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/medida-provisoria-n-954-de-17-de-abril-de-2020-253004955>> Brasília, 17 abr. 2020a. Acesso em: 23 out. 2021.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **A defesa do consumidor no Brasil**. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/seus-direitos-2/consumidor/a-defesa-do-consumidor-no-brasil>, s.d. Acesso em: 09 jul. 2021.

_____. **Portaria Nº 11, de 27 de Janeiro de 2021**. Brasília, DF: Autoridade Nacional de Proteção de Dados, 2021c. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11-de-27-de-janeiro-de-2021-301143313>>. Acesso em: 17 ago. 2021

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº ADI 6390 MC-REF / DF. Relatora: Ministra Rosa Weber. **Diário Oficial da União**. Brasília, 07 mai. de 2020b. REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.390 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754358567>. Acesso em: 23 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 673.707. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº RE 418.416 SC Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário Oficial da União**, 2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92577/false>>. Acesso em 23 out. 2021.

BRETZKE, M. Database Marketing. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 32, n. 4, p. 112-120, set. 1992.

BRIGNULL, H. Dark Patterns: dirty tricks designers use to make people do stuff. **90 Percent of Everything**, Nottingham, 8 jul. 2010. Disponível em: <<https://90percentofeverything.com/2010/07/08/dark-patterns-dirty-tricks-designers-use-to-make-people-do-stuff/>>. Acesso em 22 mar. 2022.

BROWN, D. Robot vacuums are learning to avoid dog poop. But that's not all they can see. **The Whashington Post**. Washington D.C., 14 set. 2021. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/technology/2021/09/14/roomba-ai-vacuum-dog-poop/>>. Acesso em 20 mai. 2022.

BRUNO, F. G.; BENTES, A. C. F.; FALTAY, P. Economia psíquica dos algoritmos e laboratório de plataforma: mercado, ciência e modulação do comportamento. **Revista Famecos**, [S.L.], v. 26, n. 3, p. 1-21, 27 dez. 2019. EDIPUCRS. <http://dx.doi.org/10.15448/1980-3729.2019.3.33095>.

CALO, R.; ROSENBLAT, A. The Taking Economy: uber, information, and power. **Columbia Law Review**, [S.L.], v. 117, p. 1623-1690, 2017. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2929643>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 017/19** - Dados pessoais - Legislar Proteção e Tratamento de Dados Pessoais - 29/10/2019 - 14:33. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. 1 vídeo (165 min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dqCmiRST3J0>>. Acesso em 23 out. 2021.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANTO, R. E. **A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico e a reconstrução da confiança na atualização do código de defesa do consumidor**. 2014. 224 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2014. p. 90.

CARR, A. Disneyland Makes Surveillance Palatable—and Profitable. **Bloomberg**. Nova Iorque, 15 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-07-15/disneyland-is-tracking-guests-and-generating-big-profits-doing-it-jy49hb9t#xj4y7vzkg>>.

CASTELLS, M. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. 6a. ed. São Paulo: paz e terra, 2002. v. 1.

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

CHRISTOPHER, M.; PAYNE, A.; BALLANTYNE, D. **Relationship Marketing: Bringing Quality, Customer Service and Marketing Together**, Butterworth Heinemann, Oxford, 1991.

CIALDINI, R. B. **As armas da persuasão**. Rio de Janeiro: Sextante, 2012.

CLATWORTHY, Simon. **The experience-centric organization: how to win through customer experience**. California: O'Reilly Media, 2019.

CMA (org.) **Online platforms and digital advertising: Market study final report**. Londres: Competition & Markets Authority, 2020.

_____. **Online Choice Architecture: how digital design can harm competition and consumers**. Londres: Competition & Markets Authority, 2022.

COLE, A. All of Us Are Vulnerable, But Some Are More Vulnerable than Others: the political ambiguity of vulnerability studies, an ambivalent critique. **Critical Horizons**, [S.L.], v. 17, n. 2, p. 260-277, 3 maio 2016. Informa UK Limited.

COLOMO, P. I. The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis. **Ssrn Electronic Journal**, Londres, p. 561-575, 2021. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3790276>.

COMO fãs de Anitta manipularam o algoritmo para levá-la ao topo do Spotify. **Tilt Uol**. São Paulo, 12 abr. 2022. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2022/04/12/como-fas-de-anitta-manipularam-algoritmo-para-coloca-la-no-topo-do-spotify.htm>>. Acesso em 13 abr. 2022.

COMO usar IV e EV e ter os monstros mais fortes de Pokémon Sun e Moon. **Techtudo**. Rio de Janeiro, 11 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2016/12/como-usar-iv-e-ev-e-ter-os-monstros-mais-fortes-de-pokemon-sun-e-moon.ghtml>>. Acesso em 03 mai. 2022.

COMPLIANCE. In: **Cambridge Dictionary**. Cambridge: Cambridge University Press, s.d. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/compliance>>. Acesso em 09 ago. 2021.

CONAR. Boletim n. 222. Janeiro de 2022.

_____. **Guia de Publicidade para Influenciadores Digitais**, 2021. Disponível em: <http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf>. Acesso em 27 abr. 2022.

CONVERSE, P. D. The Development of the Science of Marketing—An Exploratory Survey. **Journal Of Marketing**, [S.L.], v. 10, n. 1, p. 14-23, jul. 1945. SAGE Publications.

COOPER, Dylan A. *et al.* Privacy considerations for online advertising: a stakeholder’s perspective to programmatic advertising. **Journal Of Consumer Marketing**, [S.L.], s.p, 26 jan. 2022. Emerald. <http://dx.doi.org/10.1108/jcm-04-2021-4577>.

COSTA, M. Vazamento pode ter exposto CPF de quase todos os brasileiros. **Techtudo**, Rio de Janeiro, 20 jan. 2021. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2021/01/vazamento-pode-ter-exposto-cpf-de-quase-todos-os-brasileiros.ghml>. Acesso em 20 jan. 2022.

CRARY, J. **24/7: Capitalismo tardio e os fins do sono**. São Paulo: Ubu, 2016.

CRAVO, D. C. ASPECTOS PROCESSUAIS DOS DIREITOS DO TITULAR DOS DADOS. In: SALES, G. B. et al. **Proteção de Dados: temas controvertidos**. Indaiatuba: Foco, 2021. Edição do Kindle.

DALLARI, D. A. O habeas data no sistema jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, S.I, v. 97, n. -, p. 239-253, jan. 2002. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67544>. Acesso em: 29 dez. 2021.

DAY, G. et al. ARE DARK PATTERNS ANTICOMPETITIVE? **Alabama Law Review**, [S.I.], v. 72, n. 1, p. 1-45, maio 2020. P. 3. School: nov. 2019.

DEGELING, M. et al. We Value Your Privacy ... Now Take Some Cookies: Measuring the GDPR’s Impact on Web Privacy. In 26th Annual Network and Distributed System Security Symposium (NDSS ’19). Internet Society. 2019.

DELRAHIM, M. Assistant Att’y Gen., Dep’t of Just., Antitrust Div., Address at Harvard Law “**Blind[ing] Me With Science**”: **Antitrust, Data, and Digital Markets 4** (2019)

DI GERONIMO, L. et al. UI Dark Patterns and Where to Find Them. **Proceedings Of The 2020 Chi Conference On Human Factors In Computing Systems**, [S.I.], p. 1-14, 21 abr. 2020. ACM. <http://dx.doi.org/10.1145/3313831.3376600>.

DIAS, L. A. L. M. **Publicidade e Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

DIGITAL AGE. In: **Cambridge Dictionary**. Cambridge: Cambridge University Press, s.d. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/digital-age>>. Acesso em 17 jun. 2021.

DIP, A.; LEVY, C.; TERTO, R. Como investigamos a propaganda do Ifood. **Agência Pública**. São Paulo, 15 abr. 2022. Disponível em: <<https://apublica.org/podcast/2022/04/podcast-pauta-publica/como-investigamos-a-propaganda-do-ifood/>>. Acesso em 23 abr. 2022.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. *HABEAS DATA*. ACESSO A INFORMAÇÕES. SISTEMA SINCOR DE CADASTRO. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL. (STF - RG RE: 673707 MG - MINAS GERAIS, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 06/09/2012, Data de Publicação: DJe-184 19-09-2012). Acesso em 20/12/2021.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei geral de proteção de dados**. 2. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2019.

_____. O panorama histórico da proteção de dados. In: BIONI, Bruno *et al.* **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 22-39.

DUFF, A. **Information Society Studies**. Oxfordshire: Routledge, 2000.

E JEROME McCARTHY. In: **Oxford Reference**. Oxford: Oxford University Press, s.d. Disponível em: <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100143321>. Acesso em 15 jun. 2021.

EDELMAN, D.; SINGER, M. **Competing on Customer Journey: You have to create new value at every step**. Harvard Business Review. November, 2015.

EGEA, M. L. F. V. A titularidade dos direitos autorais na obra publicitária. In: KAC, L. A. C. **Atividade publicitária no Brasil: aspectos jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2021. Cap. 2. p. 42-62.

EREVELLES, S.; FUKAWA, N.; SWAYNE, L. Big Data Consumer Analytics and the Transformation of Marketing. **Journal Of Business Research**. [S.I.], p. 897-904. fev. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. **Bringing Dark Patterns to Light: An FTC Workshop**. Washington DC, 29 abr. 2021a. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/events/2021/04/bringing-dark-patterns-light-ftc-workshop>>. Acesso em 02 abr. 2022.

_____. Federal Trade Commission. **FTC to Ramp up Enforcement against Illegal Dark Patterns that Trick or Trap Consumers into Subscriptions**. Washington DC, 28 out. 2021b. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2021/10/ftc-ramp-enforcement-against-illegal-dark-patterns-trick-or-trap-consumers-subscriptions>>. Acesso em 02 abr. 2022.

_____. Lei nº 15 U.S.C. §§ 1681-1681x, de 1970. **Fair Credit Reporting Act**. Washington DC, 1970. Disponível em: <https://www.ftc.gov/enforcement/statutes/fair-credit-reporting-act>. Acesso em: 24 out. 2021.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (org.). **Guideline 3/2022 P. 2. Dark Patterns in Social Media Platforms**: how to recognise and how to avoid them. Bruxelas: Edpb, 2022. Adotada em 14 de março de 2022.

EVANS, D. S.; SCHMALENSSEE, R. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses. (**Coase-Sandor Institute For Law & Economics Working Paper**. Chicago, p. 1-45. dez. 2012.

EYAL, N.; HOOVER, R. **Hooked**: how to build habit forming products. [S.I]: Portfolio, 2014.

FACCHINI NETO, E. Responsabilidade civil no novo código. **Revista do TST**, Brasília, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan. 2010.

FERGUSON, S. M.; OLEWNIK, A. T.; CORMIER, P. A review of mass customization across marketing, engineering and distribution domains toward development of a process framework. **Research In Engineering Design**, [S.L.], v. 25, n. 1, p. 11-30, 14 ago. 2013. Springer Science and Business Media LLC.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Parecer Jurídico. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio *et al.* **Garantias constitucionais à liberdade de expressão**. São Paulo: Conar, 2000.

FERREIRA, M.; BOCK, A. GONÇALVES, M. Graça Marchina. **Estamos sob ataque!**: tecnologias de comunicação na disputa das subjetividades. São Paulo: Instituto Silvia Lane, 2021.

FILOMENO, J. G. B. Atualidade do Direito do Consumidor no Brasil: 30 anos do código do consumidor no brasil, conquistas e novos desafios. In: MIRAGEM, B.; MARQUES, C. L.; DIAS, L. A. L. M. **Direito do consumidor**: 30 anos do cdc: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Cap. 2. p. 80-124.

FLORIDI, L. (org.). **The Onlife Manifesto**: being human in a hyperconnected era. Londres: Oxford Internet Institute, 2009.

_____. Group Privacy: a Defense and an Interpretation. In: FLORIDI, Luciano *et al.* **Group Privacy**: new challenges of data technology. [S.I]: Springer, 2017. p. 83-100.

_____. Marketing as Control of Human Interfaces and Its Political Exploitation. **Philosophy & Technology**, [S.L.], v. 32, n. 3, p. 379-388, 10 ago. 2019. Springer Science and Business Media LLC.

FORBRUKERRÅDET. **Deceived by design**: how tech companies use dark patterns to discourage us from exercising our rights to privacy.. [S.I], 2018

_____. **You can log out, but you can never leave**: How Amazon manipulates consumers to keep them subscribed to Amazon Prime. Oslo, 2021.

FOURBERG, N. et al. **On-line advertising**: the impact of target advertising on advertisers and consumers, markets access and consumer choice. Luxemburgo: Policy Department For Economic, Scientific, And Quality Of Life Policies, 2021.

FRAZÃO, A. Direito da complexidade: como superar a indevida compartimentalização das especialidades jurídicas? **Jota**, São Paulo, p. 1-2. 08 jun. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-da-complexidade-08062022>>. Acesso em: 10 jun. 2022>.

_____. Fundamentos da proteção dos dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da lei geral de proteção de dados. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: e suas repercussões no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020. Cap. 1. p. 23-52.

_____. Nova LGPD: principais repercussões para a atividade empresarial. **JOTA**, São Paulo, 29 ago. 2018. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-principais-repercussoes-para-a-atividade-empresarial-29082018> Acesso em 21 ago. 2021.

FTC Complaint: Ending an Amazon Prime Membership Is a Deceptive, Unlawful Ordeal. **Public Citizenship**, 14 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.citizen.org/news/ftc-complaint-ending-an-amazon-prime-membership-is-a-deceptive-unlawful-ordeal/>>. Acesso em 22 mar. 2022.

FUSTER, G. G. Transparency as translation in data protection. In: HILDEBRANDT, M. et al. **Being Profiled**: cogitas ergo sum. Amsterdam: Amsterdam University Press Bv, 2018. p. 54-57.

GALLO, A. A Refresher on A/B Testing. **Harvard Business Review**. Cambridge, 28 jun. 2017. Disponível em: <<https://hbr.org/2017/06/a-refresher-on-ab-testing>>. Acesso em 22 mar. 2022.

GAUDENCIO, A. C. F. (Hiper)proteção contratual do consumidor: consolidação da defesa dos consumidores hipervulneráveis no direito brasileiro. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 149-166, jun. 2016.

GEYSER, W. What is Influencer Marketing? – The Ultimate Guide for 2022. **Influencer Marketing Hub**, 02 mar. 2022. Disponível em: <<https://influencermarketinghub.com/influencer-marketing/#toc-0>>. Acesso em 30 abr. 2022.

GOLDFARB, A. et al. Digital Marketing. In: DUBÉ, J-P.; ROSSI, P. **Handbook of the economics of marketing**. Amsterdam: Elsevier, 2019. Cap. 5. p. 261-282.

GOMES, R. D. P. Encarregado pelo tratamento de dados pessoais na LGPD. **Jota**. São Paulo, 02 out. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/encarregado-pelo-tratamento-de-dados-pessoais-na-lgpd-02102019>. Acesso em: 22 ago. 2021.

GORDON, B. R. et al. Inefficiencies in Digital Advertising Markets. **Journal Of Marketing**, [S.L.], v. 85, n. 1, p. 7-25, 22 abr. 2020. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/0022242920913236>.

GOULART, G. D. Por uma visão renovada dos arquivos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor: RT**, São Paulo, v. 107, n. 1, p. 477-482, out. 2016.

_____. Tutela Individual e Coletiva na Proteção de Dados. In: MARTINS, G. M. et al. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 276-279

GRAY, C. M. et al. The Dark (Patterns) Side of UX Design. **Proceedings Of The 2018 Chi Conference On Human Factors In Computing Systems**, [S.L.], p. 1-14, 21 abr. 2018. ACM. <http://dx.doi.org/10.1145/3173574.3174108>.

GRINOVER, A. P. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

GRÖNROOS, C. From Marketing Mix to Relationship Marketing. **Management Decision**, [S.L.], v. 32, n. 2, p. 4-20, mar. 1994.

GUSTIN, M. B. S. et al. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HALPERN, S. Cambridge Analytica and the Perils of Psychographics. **The New Yorker**. Nova Iorque, 30 mar. 2018. Disponível em: <https://www.newyorker.com/news/news-desk/cambridge-analytica-and-the-perils-of-psychographics>. Acesso em 30 mai. 2022.

HARVEY, D. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 17. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HELBERGER, N. et al. **EU Consumer Protection 2.0: structural asymmetries in digital consumer markets**. Bruxelas: Beuc, 2021. 213 p. A joint report from research conducted under the EUCP 2.0 project.

HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE. **A definition of A.I: main capabilities and scientific disciplines**. Bélgica: European Commission, 2018.

HITCHEN, T. MagicBands Were Influencing, Tracking Your Day Long Before Disney Genie Ever Did. **Inside the Magic**. Florida, 12 jan. 2022. Disponível em: <https://insidethemagic.net/2022/01/magicbands-tracking-guests-th1>. Acesso em 16 fev. 2022.

HODGE, N. Employee monitoring proving hot target for GDPR enforcement. **Compliance Week**, Boston, 11 ago. 2021. Disponível em: <<https://www.complianceweek.com/data-privacy/employee-monitoring-proving-hot-target-for-gdpr-enforcement/30675.article>>. Acesso em 20 jan. 2022.

HOEPMAN, J-H. **Privacy Design Strategies: (the little blue book)**. [S.I.]. 2020.

HOLLANDER, S. C. et al. Periodization in Marketing History. **Journal Of Macromarketing**, [S.I.], v. 25, n. 1, p. 32-42, jul. 2005.

HOPKINS, C. **A ciência da propaganda**. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 1966.

HURWITZ, J. Designing a Pattern, Darkly. **North Carolina Journal Of Law & Technology**. [S.I.], p. 57-105. 10 jan. 2021.

IAB Brasil. **Scape Report Martech Adtech**. São Paulo: IAB Brasil, 2021.

IAB EUROPE. **A guide to the post third-party cookie era**. Bélgica: IAB Europe, 2021.

_____. **The IAB Europe guide to ad fraud**. Bélgica: IAB Europe, 2020.

ILEGÍTIMO. In: **Dicionário Michaelis**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2022. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ileg%C3%ADtimo/>>. Acesso em 03 abr. 2022.

IMPrensa NACIONAL. Resolução CD/ANPD nº 1, de 28 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-1-de-28-de-outubro-de-2021-355817513>>. Acesso em 28 out. 2021.

INFLUENCIAR. In: **Dicionário Michaelis**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2022. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=influenciar>>. Acesso em 03 abr. 2022.

INGRAM, D. 'Dark patterns': Regulators eye tech tricks that hurt consumers. **NBC News**. Nova Iorque, 6 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.nbcnews.com/news/dark-patterns-regulators-eye-tech-tricks-hurt-consumers-rcna4365>>. Acesso em 23 nov. 2021.

INTERACTION DESIGN FOUNDATION. **The Encyclopedia of Human-Computer Interaction**. Disponível em: <https://www.interaction-design.org/literature/book/the-encyclopedia-of-human-computer-interaction-2nd-ed>

JOHNSON, E. J. **The Elements of Choice: Why the way we decide matters**. Riverhead Books. New York. 2021.

JONES, D. G. B.; MONIESON, D. D. Early Development of the Philosophy of Marketing Thought. **Journal Of Marketing**. [S.I], p. 102-113. jan. 1990.

KAHNEMAN, D.; FREDERICK, S. Representativeness Revisited: attribute substitution in intuitive judgment. **Heuristics And Biases**, [S.L.], p. 49-81, 8 jul. 2002. Cambridge University Press. <http://dx.doi.org/10.1017/cbo9780511808098.004>.

KEMP, S. Digital 2022: Global Overview Report. **Data Reportal**. 26 jan. 2022. Disponível em: <<https://datareportal.com/reports/digital-2022-global-overview-report>>. Acesso em 29 mar. 2022.

KIM, E. Internal documents show Amazon has for years knowingly tricked people into signing up for Prime subscriptions. 'We have been deliberately confusing,' former employee says. **Business Insider**. Nova Iorque, 14 mar. 2022. Disponível em: < <https://www.businessinsider.com/amazon-prime-ftc-probe-customer-complaints-sign-ups-internal-documents-2022-3>>. Acesso em 22 mar. 2022.

KOH, Y. How Tech Giants Get You to Click This (and Not That). **The Wall Street Journal**. Nova Iorque, 31 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.wsj.com/articles/how-tech-giants-get-you-to-click-this-and-not-that-11559315900>>. Acesso em 23 mar. 2022.

KONDER, C. N. F. O Papel dos mecanismos de compliance e das políticas de proteção de dados para a proteção de dados sensíveis. In: FRAZÃO, A.; CUEVA, R. V. B. **Compliance e Políticas de Proteção de Dados**. 1a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. pp 341-367.

KOSINSKI, M.; STILLWELL, D.; GRAEPEL, T. **Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior**. Proceedings Of The National Academy Of Sciences, [S.L.], v. 110, n. 15, p. 5802-5805, 11 mar. 2013.

KOTLER, P.; ARMSTRONG, G. **Princípios de Marketing**. 15. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2014.

_____.; KARTAJAYA, H.; SETIAWAN, I. **Marketing 5.0: tecnologia para a humanidade**. Rio de Janeiro: Sextante, 2021.

_____.; KELLER, K. L. **Administração de marketing**. 15. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2018

KREMER, B. Os agentes de tratamento de dados pessoais. In: MULHOLLAND, C. **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 289-318.

KUANG, C. Disney's \$1 Billion Bet on a Magical Wristband. **Wired**. San Francisco, 10 mar. 2015. Disponível em: < <https://www.wired.com/2015/03/disney-magicband/>>. Acesso em 01 nov. 2019.

KWAI, I. Consumer Groups Target Amazon Prime's Cancellation Process. **The New York Times**. Nova Iorque, 14 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2021/01/14/world/europe/amazon-prime-cancellation-complaint.html>> Acesso em 22 mar. 2022.

LACE, S. **The Glass Consumer: life in a surveillance society**. Bristol: The Policy Press, 2005.

LACEY, C.; CAUDWELL, C. Cuteness as a 'Dark Pattern' in Home Robots. **2019 14Th Acm/Ieee International Conference On Human-Robot Interaction (Hri)**, [S.L.], p. 374-381, mar. 2019. IEEE. <http://dx.doi.org/10.1109/hri.2019.8673274>.

_____.; _____. Super cute home robots are coming, but think twice before you trust them. **The Conversation**. Melbourne, 6 out. 2017. Disponível em: <<https://theconversation.com/super-cute-home-robots-are-coming-but-think-twice-before-you-trust-them-84428>>. Acesso em 03 mai. 2022.

LAFRANCE, A. The First-Ever Banner Ad on the Web. **The Atlantic**. Washington, 21 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/04/the-first-ever-banner-ad-on-the-web/523728/>>. Acesso em 30 ago. 2021.

LARSON, J. A.; McCLELLAN, B. E: **Capturing Loyalty: How to Measure, Generate, and Profit from Highly Satisfied Customers**. ABC-CLIO, 2017.

LAWSON-BODY, A.; LIMAYEM, M. The Impact of Customer Relationship Management on Customer Loyalty: the moderating role of web site characteristics. **Journal Of Computer-Mediated Communication**, [S.L.], v. 9, n. 4, p. 00-00, 23 jun. 2006. Oxford University Press (OUP).

LEI Geral de Proteção de Dados foi citada em 139 ações trabalhistas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-20/lei-geral-protecao-dados-foi-citada-139-acoas-trabalhistas>>.

LEI Geral de Proteção de Dados já está em vigor. **Jornal Nacional**. Rio de Janeiro: Rede Globo, 21 set. 2020. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/8875127/>>.

LEITE, J. G. C. Estudo revela como inovar e conquistar consumidores exigentes. **Consumidor moderno**. São Paulo, 20 jun. 2019. Disponível em: <consumidormoderno.com.br/2019/06/20/estudo-inovar-conquistar-consumidores-exigentes/>. Acesso em 10 fev. 2022.

LEONARDI, M. **Fundamentos de Direito Digital**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 129.

_____. **Parecer sobre Publicidade e Propaganda Personalizada na LGPD**. São Paulo: IAB Brasil, 2021.

LEVY, C. A máquina oculta de propaganda do iFood. **Agência Pública**. São Paulo, 04 abr. 2022. Disponível em: <<https://apublica.org/2022/04/a-maquina-oculta-de-propaganda-do-ifood/>>. Acesso em 19 abr. 2022.

LEWIS, C. **Irresistible Apps**: motivational design patterns for apps, games, and web-based communities. California: Apress, 2014.

LIMBERGER, T.; HORN, L. F. R. Sociedade de consumo de plena conectividade: o novo padrão de vulnerabilidade complexa do consumidor a partir dos tecnodados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 135, n. 30, p. 151-178, jun. 2021.

LINDSTORM, M. **Small data**: como poucas pistas indicam grandes tendências. São Paulo: Harpercollins, 2016, n.p.

LUGURI, J.; STRAHILEVITZ, L. J. Shining a Light on Dark Patterns. **Journal Of Legal Analysis**, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 43-109, 1 jan. 2021. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/jla/laaa006>. P. 105 -106

LYON, D. **The Electronic eye**: the rise of the electronic society. Minnesota: Polity Press, 1994.

MACHLUP, F. **The production and distribution of knowledge in the United States**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1962.

MAIA, R. M. M. O legítimo interesse do controlador e o término do tratamento de dados pessoais. In: MULHOLLAND, C. **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 99-120.

MAIMONE, F. H. C. P. Responsabilidade Civil na LGPD. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. Edição do Kindle.

MALGARÉ, P. Notas sobre o direito à proteção de dados e a (in)constitucionalidade do capitalismo de vigilância. In: SARLET, G. B. S. et al. **Proteção de Dados**: temas controvertidos. Indaiatuba: Foco, 2021. Edição do Kindle.

MANIPULAÇÃO. In: **Dicionário Michaelis**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2022. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=manipula%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 03 abr. 2022.

MANIPULAR. In: **Dicionário Michaelis**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2022. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=Manipular>>. Acesso em 03 abr. 2022.

MANTELERO, A. Personal data for decisional purposes in the age of analytics: from an individual to a collective dimension of data protection. **Computer Law & Security Review**. [S.I.], p. 238-255. fev. 2016.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 369 ao 380. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016. v. VI.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, C. L. 30 anos de Código de Defesa do Consumidor: revisando a teoria geral dos serviços com base no cdc em tempos de bens digitais. In: MIRAGEM, B.; MARQUES, C. L.; MAGALHÃES, L. A. L. **Direito do Consumidor**: 30 anos do cdc. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Cap. 1. p. 17-79

_____. A Teoria do diálogo das fontes hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In: _____.; MIRAGEM, B. **Diálogo das fontes**: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. versão Kindle.

_____.; MIRAGEM, B. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____.; _____.; DIAS, L. A. L. **Direito do Consumidor**: 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade. Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 11. Edição Kindle.

_____.; MUCELIN, G. Novo mercado de consumo 'simbiótico' e a necessidade de proteção de dados dos consumidores. In: SARLET, G. B. S. et al. **Proteção de dados**: temas controvertidos. Indaiatuba: Foco, 2021

MARTINS, G. M. **Contratos Eletrônicos de Consumo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) e a proteção dos consumidores. In: MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B.; DIAS, L. A. L. M. **Direito do consumidor: 30 anos do CDC**: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade. Cap. 16. p. 424-461.

_____.; JUNIOR FALEIROS, J. L. M. A anonimização de dados pessoais: consequências jurídicas do processo de reversão, a importância da entropia e sua tutela à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: DE LUCCA, N. et al. (Coords.). **Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

_____.; _____. M. Compliance Digital e responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: MARTINS, G. M.; ROSENVALD, N. **Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias**. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 263-297.

_____.; _____. Portabilidade de dados pessoais e o recrudescimento do controle do titular de dados nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 135, n. 30, p. 203-227, jun. 2021.

MARTINS, P. H. M.; TOMÉ, B. B. LGPD e contencioso: sanções administrativas, duplicidade e dosimetria. **Conjur**, São Paulo, 10 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-10/opiniaio-lgpd-contencioso-sancoes-duplicidade-dosimetria>. Acesso em: 24 ago. 2021.

MARTINS-COSTA, J. A **Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MASUDA, Y. The information society as post-industrial society. Tóquio: Institute for the Information Society, 1980.

MATHUR, A.; KSHIRSAGAR, M.; MAYER, J. What Makes a Dark Pattern... Dark? **Proceedings Of The 2021 Chi Conference On Human Factors In Computing Systems**, [S.L.], p. 1-27, 6 maio 2021. ACM. <http://dx.doi.org/10.1145/3411764.3445610>.

MATSAKIS, L. The Subtle Tricks Shopping Sites Use to Make You Spend More. **Wired**. San Francisco, 6 ago. 2020. Disponível em: < <https://www.wired.com/story/amazon-online-retail-dark-patterns/>>. Acesso em 22 mar. 2022.

MAYER-SCHOENBERGER, V.; CUKIER, K. **Big Data**: the essential guide to work and learning in the age of insight. 2. ed. Londres: John Murray, 2013.

McKENNA, R, **Relationship Marketing**, Addison Wesley, Reading, MA, 1991.

McLAUGHLIN, J. 9 iconic growth hacks tech companies used to boost their user bases. **The Next Web**. Amsterdam, 28 mai. 2014. Disponível em: < <https://thenextweb.com/news/9-iconic-growth-hacks-tech-companies-used-pump-user-base>> Acesso em 18 abr. 2022.

MEAD, D. How Reddit Got Huge: Tons of Fake Accounts. **Vice**. Nova Iorque, 21 jun. 2012. Disponível em: < <https://www.vice.com/en/article/z4444w/how-reddit-got-huge-tons-of-fake-accounts--2>>. Acesso em 18 abr. 2022.

MENDES, G. F. et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, L. S. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, [S.L.], v. 25, n. 04, p. 1-18, 2020. Fundação Edson Queiroz. <http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>.

_____. A encruzilhada da proteção de dados no Brasil e o caso do IBGE: momento de crise epidêmica, social e econômica escancara a debilidade de nosso sistema institucional de proteção de dados. **Jota**. [S.I.], p. 1-2. 23 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniaio-e-analise/artigos/a-encruzilhada-da-protecao-de-dados-no-brasil-e-o-caso-do-ibge-23042020>. Acesso em: 23 out. 2020.

_____. *Habeas data* e autodeterminação informativa. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S.L.], v. 12, n. 39, p. 185-216, 26 mar. 2019. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*. <http://dx.doi.org/10.30899/dfj.v12i39.655>.

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

_____.; DONEDA, D. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Ed. RT, v. 120, ano. 27, p. 469-483, nov - dez 2018.

_____.; FONSECA, G. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In: BIONI, B. et al. **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Cap. 4. p. 90-112.

_____.; _____. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados. **Revista de Direito do Consumidor**, [S.I.], v. 130, p. 471-478, ago. 2020.

_____.; MATTIUZZO, M.; FUJIMOTO, M. T. Discriminação Algorítmica à luz da LGPD. In: BIONI, B. et al. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Cap. 21. p. 429-454.

_____. S.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L.; FONSECA, G. C. S. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DADOS PESSOAIS: rumo a um direito fundamental autônomo. In: BIONI, B. et al. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Cap. 3. p. 78-89.

MENKE, F.; GOULART, G. Segurança da Informação e vazamento de dados. In: BIONI, B. et al. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Cap.17. p. 350-370.

MICKLITZ, H-W. et al. EU consumer protection 2.0: Structural asymmetries in digital consumer markets. Bruxelas: BEUC, mar. 2021.

MIRAGEM, B. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016.

_____. A Lei Geral de Proteção de Dados e o Direito do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, [S.I.], v. 108, n. 1009, p. 173-222, nov. 2019.

_____. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. In: MARTINS, G. M.; ROSENVALD, N. **Responsabilidade Civil e novas tecnologias**. Indaiatuba: Foco, 2020. Cap. 4. p. 53-92.

_____. **PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo.** In: MARQUES, C. L.; MIRAGEM, B.; DIAS, L. A. L. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: 30 anos do cdc: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade.** Rio de Janeiro: Forense, 2020. Cap. 8. p. 243-271. Edição Kindle.

_____.; MARQUES, C. L. Serviços simbióticos ou inteligentes e proteção do consumidor no novo mercado digital: homenagem aos 30 anos do cdc. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 147, n. , p. 14-29, set. 2020.

MISHRANT, S.; MISHRA, M. Current Industry approaches towards Marketing ROI: an empirical study. **European Journal Of Business And Management.** [S.I], p. 86-101. jun. 2011. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/234624092.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

MONTEIRO FILHO, C. E. R.; ROSENVALD, N. Danos a dados pessoais: fundamentos e perspectivas. In: MELO, A. C. et al. **Proteção de dados pessoais de dados pessoais na sociedade da informação: entre dados e danos.** Indaiatuba: Foco, 2021. Cap. 1.

MORAIS, E. **A boa-fé objetiva pré-contratual: deveres anexos de conduta.** 2. ed. São Paulo: RT, 2021

MORIARTY, S. et al. **Advertising & IMC: principles & practice.** 11. ed. New York: Pearson, 2018.

MUCELIN, G. **Metaverso e vulnerabilidade digital.** 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-nov-24/garantias-consumo-consideracoes-metaverso-vulnerabilidade-digital#_edn9. Acesso em: 05 dez. 2021.

MULHOLLAND, C. **A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco?** 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-d>. Acesso em: 05 dez. 2021.

_____. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade.** Rio de Janeiro: GZ, 2010

_____. O tratamento de dados pessoais sensíveis. In: _____. **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil.** Porto Alegre: Arquipélago, 2020, p. 121-156.

_____.; GOMES, R. D. P. Inteligência Artificial e seus principais desafios para os programas de compliance e as políticas de proteção de dados. In: FRAZÃO, A.; CUEVA, R. V. B. **Compliance e políticas de proteção de dados.** São Paulo: Rt, 2021. p. 169-183.

MUNIZ, E. **Publicidade e propaganda origens históricas.** Caderno Universitário, Nº 148, Canoas, Ed. ULBRA, 2004.

NADLER, A.; MCGUIGAN, L. An impulse to exploit: the behavioral turn in data-driven marketing, **Critical Studies in Media Communication**, vol. 35. n. 2, p.151-165, 2018.

NARAYANAN, A. et al. Dark Patterns Past, Present, and Future: the evolution of tricky user interfaces. **Acm Queue**. [S.I], p. 67-91. mar. 2020.

NISSENBAUM, H. Privacy in Context: technology, police and integrity of social life. Stanford: Stanford Press. 2010

_____. **Respecting Context to Protect Privacy**: why meaning matters. Why Meaning Matters. 2015. Acesso em: 17 jan. 2022.

OECD. Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking. Paris: OECD, 2014.

OLIVA, M. D.; VIÉGAS, F. A. Tratamento de dados para a concessão de crédito. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: e suas repercussões no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Cap. 6. p. 555-594.

OLIVEIRA, C. C.; TAVARES FILHO, P. C. A LGPD e o início do fim da cultura do consentimento. **Jota**. São Paulo, 28 jun. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-e-o-inicio-do-fim-da-cultura-do-consentimento-28062021>. Acesso em: 22 ago. 2021.

OLIVEIRA, M. A. B.; LOPES, I. M. P. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: e suas repercussões no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 53-82.

O'MALLEY, J. Data Driven Disney Monitor your Every Move [Travel Privacy]. **Engineering & Technology**, [S.L.], v. 15, n. 9, p. 42-44, 1 out. 2020. Institution of Engineering and Technology (IET). <http://dx.doi.org/10.1049/et.2020.0905>.

O'NEIL, C. **Algoritmos de destruição em massa**: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Santo André: Rua do Sabão, 2020.

_____. Cookies: contornos atuais. In: _____. **Temas Atuais de Proteção de Dados**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. Cap. 1. p. 9-60.

PALHARES, F. As falácias do amanhã: a saga da entrada em vigor da lgpd. In: _____. **Temas atuais de proteção de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 529-549.

PALMEIRA, M. M. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e as sanções administrativas aplicáveis aos agentes de tratamento de dados. In: MULHOLLAND, C. **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 343-369.

PASQUALE, F. **The black box society**: the secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PASQUALOTTO, A. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____.; AZAMBUJA, M. M. B. A comédia da publicidade: entre a sátira e o politicamente correto. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 96, p. 89-104, nov.-dez. 2014.

PAYNE, A. **HANDBOOK OF CRM**: achieving excellence in customer management. Oxford: Elsevier, 2005.

_____.; FROW, P. Relationship marketing: looking backwards towards the future. **Journal Of Services Marketing**, [S.L.], v. 31, n. 1, p. 11-15, 13 fev. 2017.

PEPPET, S. Regulating the Internet of Things: first steps toward managing discrimination, privacy, security, and consent. **Texas Law Review**, [S.I.], v. 93, n. 85, p. 85-179, dez. 2014.

PEREZ, C. Disney uses apps, 'MagicBands' to track guests: report. **New York Post**. Nova Iorque, 16 jul. 2019. Disponível em: <<https://nypost.com/2019/07/16/disney-uses-apps-magicbands-to-spy-on-guests-report/>>. Acesso em 01 nov. 2019.

PERFECT STORM. In: **Cambridge Dictionary**. Cambridge: Cambridge University Press, s.d. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/perfect-storm>>. Acesso em 23 abr. 2022.

PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de Maria Cristina de Cicco.

PERLOFF, R. M. **The Dynamics of Persuasion**: communications and attitudes in the 21st century. 6. ed. New York: Routledge, 2017.

PERSUADIR. In: **Dicionário Michaelis**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2022. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=persuadir>>. Acesso em 03 abr. 2022.

PERTENCE, S. Dos instrumentos de garantia de direitos: habeas corpus, ação popular, direito de petição, mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção e *habeas data*. In: **SEMINÁRIO SOBRE DIREITO CONSTITUCIONAL**. Série Cadernos do CEJ. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1994.

PINE II, J. B.; GILMORE, J. H. **The experience economy**. revised ed. [S.I.], Harvard Business Review Press. 2019.

PISANI, J. Sale ending soon? How online stores trick you into buying. **AP News**. Nova Iorque, 22 jan. 2020. Disponível em: <<https://apnews.com/article/5ae387ca1b93c946317f4f7bcd35633b>>. Acesso em 23 mar. 2022.

PRESSEY, A. A quiet revolution. **Journal Of Historical Research In Marketing**, [S.L.], v. 9, n. 4, p. 511-534, 20 nov. 2017. Emerald.

QUEIROZ, R. M. R.; FEFERBAUM, M. **Metodologia da Pesquisa em Direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RABAÇA, C. A.; BARBOSA, G. **Dicionário de comunicação**. Ática, São Paulo, 1987.

RAMONET, I. O poder midiático. In: MORAES, D. **Por Uma Outra Comunicação: coleção pensando na crise**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 243-252.

REINO UNIDO. Competition and Markets Authority. **CMA secures changes to Xbox subscription practices**. Londres, 26 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/news/cma-secures-changes-to-xbox-subscription-practices>>. Acesso em 22 mar. 2022.

RIBEIRO, M.; DOMINGUES, V. Economia Comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. vol. 8. n. 2. 2018. p. 456-471.

RODGERS, M. M.; ALON, G.; PAI, V. M.; CONROY, R. Wearable technologies for active living and rehabilitation: current research challenges and future opportunities. **Journal Of Rehabilitation And Assistive Technologies Engineering**, [S.L.], v. 6, p. 2055668319, jan. 2019. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/2055668319839607>.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes.

ROPEK, L. The FTC Is Probing How Amazon Allegedly Tricks People Into Signing Up for Prime. **Gizmodo**. Nova Iorque, 15 mar. 2022. Disponível em: <<https://gizmodo.com/ftc-probing-deceptive-amazon-prime-signup-tricks-1848654619>>.

ROQUE, A. V. et al. A tutela processual dos dados pessoais na LGPD. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: e suas repercussões no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Rt, 2020. Cap. 12. p. 736-769.

ROSOFF, M. Airbnb Farmed Craigslist To Grow Its Listings, Says Competitor. **Business Insider**. Nova Iorque, 31 mai. 2011. Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/airbnb-harvested-craigslist-to-grow-its-listings-says-competitor-2011-5>>. Acesso em 18 abr. 2022.

SACCHITIELLO, B. Coelhinhos da Dolly X Conar: entenda a briga. **Meio&Mensagem**. São Paulo, 20 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/comunicacao/2018/03/20/coelhinhos-da-dolly-x-conar-entenda-a-briga.html>>. Acesso em 09 abr. 2022.

SAMARAJIVA, R. Interactivity As Though Privacy Mattered. In: AGRE, P.; ROTENBERG, M. **Technology and Privacy: the new landscape**. Cambridge: The Mit Press, 1997. p. 277-309.

SAMSON, A. Introdução à economia comportamental e experimental. In: ÁVILA, F. et al. **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. 2. ed. São Paulo: Economiacomportamental.Org, 2019. Cap. 1. p. 26-59.

SANCHEZ-ROLA, I. et al. Can I Opt Out Yet? GDPR and the Global Illusion of Cookie Control. In **ACM ASIA Conference on Computer and Communications Security (AsiaCCS '19)**. ACM, New York, 2019.

SANTANA, I. P. L. AdTechs e proteção de dados. In: PALHARES, F. **Temas Atuais de Proteção de Dados**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. Cap. 2. p. 61-98.

SANTOS, A. A. S.; VASCONCELOS, F. A. Novo paradigma da vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 116, n. 0, p. 19-49, abr. 2018.

SARKAR, D. **Consumer Control, Consent on Privacy Not Outdated**, Ramirez Tells TPI, COMM. DAILY 23 de agosto de 2016.

SARLET, I. W. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: BIONI, B. et al. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Cap. 2. p. 40-77.

_____. Proteção de dados pessoais: para além da privacidade e autodeterminação informacional. **Revista Consultor Jurídico**. 16/07/2021.

SCHREIBER, A. A Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: BIONI, B. et al. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Cap. 16. pp 330-349.

SCUSSEL, F. B. C. et al. O que é, afinal, marketing de relacionamento?: uma proposta de conceito unificador. **Revista de Ciências da Administração**, Santa Catarina, v. 19, n. 48, p. 9-23, ago. 2017.

SERASA EXPERIAN. Cadastro Positivo. **Serasa Experian**. São Paulo, [s.d.]a. Disponível em: <<https://www.serasa.com.br/cadastro-positivo/>>. Acesso em 01 nov. 2021.

_____. Score 2.0. **Serasa Experian**. São Paulo, [s.d.]b. Disponível em: <<https://www.serasa.com.br/score/score-2-0/>>. Acesso em 01 nov. 2021.

SHAW, E. H.; TAMILIA, R. D. Robert Bartels and the History of Marketing Thought. **Journal Of Macromarketing**, [S.I], v. 21, n. 2, p. 156-163, dez. 2001.

SHETH, J. N.; PARVATIYAR, A. The evolution of relationship marketing. *International Business Review*, [S.L.], v. 4, n. 4, p. 397-418, jan. 1995.

SIGGELKOW, N.; TERWIESCH, C. **Connected Strategy**: building continuous customer relationships for competitive advantage. 2. ed. Massachussets: Harvard Business Review Press, 2019. Kindle Edition.

SILVEIRA, P. F. A.; SANTOS, B. D. M. Os efeitos do preço zero sobre o consumidor de plataformas digitais. In: MAIOLINO, I.; TIMM, L. B. **O Direito do Consumidor**: novas tendências e perspectiva comparada. Brasília: Singular, 2019. p. 159-184.

SIMON, H. A. Designing Organizations for an Information-Rich World'. In: GREENBERGER, M. **Computers, Communications, and the Public Interest**. Baltimore: The John'S Hopikins Press, 1971. p. 37-72.

SIMONITE, T. Lawmakers Take Aim at Insidious Digital 'Dark Patterns'. **Wired**. San Francisco, 29 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.wired.com/story/lawmakers-take-aim-insidious-digital-dark-patterns/>>. Acesso em 19 abr. 2022.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO (Brasil). **Ações coletivas no Brasil**: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2018. 236 p. (Justiça Pesquisa). Relatório analítico propositivo.

SOUZA, C. A. P. Segurança e Sigilo dos dados pessoais: primeiras impressões à luz da lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: e suas repercussões no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2020. Cap. 15. p. 413-437.

_____. et al. Lei Geral de Proteção de Dados: uma transformação na tutela de dados pessoais. In: MULHOLLAND, C. **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 43-64.

SOUZA, E. N.; SILVA, R. G. Direitos do titular de dados pessoais na Lei 13.709/2018:: uma abordagem sistemática. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: e suas repercussões no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020. Cap. 9. p. 237-279.

SIPIOR, Janice C.; WARD, Burke T.; MENDOZA, Ruben A.. Online Privacy Concerns Associated with Cookies, Flash Cookies, and Web Beacons. **Journal Of Internet Commerce**, [S.L.], v. 10, n. 1, p. 1-16, 30 mar. 2011. Informa UK Limited. <http://dx.doi.org/10.1080/15332861.2011.558454>

SRNICEK, N. **Platform capitalism**. Cambridge: Polity Press. (2017).

STF - RE: 1101937 SP 0098806-07.2007.4.03.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 11/03/2021, Data de Publicação: 12/03/2021

_____: 673707 MG - MINAS GERAIS, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/06/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-195 30-09-2015. Acesso em 20/12/2021.

STIGLER CENTER. **Stigler Committee on Digital Platforms Final Report**. September, 2019.

STRANDBURG, K. J. Free Fall: the On-line Market's Consumer Preference Disconnect. LAW & ECONOMICS RESEARCH PAPER SERIES WORKING PAPER NO. 13-34. NEW YORK UNIVERSITY

STRANGE, A. LinkedIn pays big after class action lawsuit over user emails. **Mashable**. Nova Iorque, 03 out. 2015. Disponível em: <<https://mashable.com/archive/linkedin-class-action>>. Acesso em 18 abr. 2022.

STREETER, K. The Rising Human Cost of Sports Betting. The New York Times. Nova Iorque, 31 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2022/01/31/sports/football/super-bowl-sports-betting.html>>. Acesso em 22 mar. 2022.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TAUBE, J.; HIROTA, E. H. Customização em massa no processo de provisão de Habitações de Interesse Social: um estudo de caso. **Ambiente Construído**, [S.L.], v. 17, n. 4, p. 253-268, dez. 2017. FapUNIFESP (SciELO).

TEFFÉ, C. S. Compliance de dados em tecnologias de segurança e vigilância. In: FRAZÃO, A.; CUEVA, R. V. B. **Compliance e políticas de proteção de dados**. São Paulo: Rt, 2021. p. 1194-1230

TEPEDINO, G. et al. **Código Civil interpretado segundo a Constituição da República**. vol.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____.; TERRA, A. M. V.; GUEDES, G. S. C. **Fundamentos do Direito Civil - Responsabilidade Civil** - Vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

_____.; _____.; _____. Responsabilidade Civil dos Agentes de Tratamento de Dados. In: FRAZÃO, A.; CUEVA, R. V. B. **Compliance e políticas de proteção de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 741-770.

TERRA, A. M. V.; CASTRO, D. P.. A responsabilidade do Poder Público no tratamento de dados pessoais: análise dos artigos 31 e 32 da Lgpd. In: MULHOLLAND, Caitlin. **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 237-264.

_____.; MULHOLLAND, C. A utilização econômica de rastreadores on-line de dados pessoais. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M. D. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. Cap. 7. p. 595-613.

THALER, R. H. Nudge, not sludge. **Science**, [S.L.], v. 361, n. 6401, p. 431-431, 3 ago. 2018. American Association for the Advancement of Science (AAAS). <http://dx.doi.org/10.1126/science.aau9241>. Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/science.aau9241>.

THE PERSUADERS (temporada 22, ep. 15). Frontline (seriado). Direção: Rachel Dretzin e Barak Goodman. Estados Unidos: PBS, 2004. Disponível em: < <https://www.pbs.org/video/frontline-persuaders/>>. Acesso em 26 abr. 2022.

THE World's Most Valuable Resource. **The Economist**. Reino Unido, p. 1-1. 06 mai. 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/weeklyedition/2017-05-06>. Acesso em: 24 ago. 2021.

TUROW, J. **The daily you**: how the new advertising industry is defining your identity and your worth. Connecticut: Yale University Press, 2011.

UK. ICO. (org.). **Data protection and data privacy expectations for online advertising proposals**. 2021. Disponível em: <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/4019050/opinion-on-data-protection-and-privacy-expectations-for-online-advertising-proposals.pdf>.

USA. **Subcommittee in Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary. Investigation of Competition in Digital Markets**.

UTZ, C. et al. (Un)informed Consent. **Proceedings Of The 2019 Acm Sigsac Conference On Computer And Communications Security**, [S.L.], v. 1, n. 1, p. 1-27, 6 nov. 2019. ACM. <http://dx.doi.org/10.1145/3319535.3354212>.

VAN DIJK, J. **The network society**. 3. rd. Londres: Sage Publications, 2012.

VARIAN, H. R. **Beyond Big Data**. Palestra proferida na NABE Annual Meeting, September 10, 2013, San Francisco, CA. p. 8.

VEALE, Michael; NOUWENS, Midas; SANTOS, Cristiana. Impossible Asks: can the transparency and consent framework ever authorize real-time bidding after the belgian dpa decision?. **Technology And Regulation**, [S.L.], p. 12-22, 9 fev. 2022. Technology and Regulation. <http://dx.doi.org/10.26116/TECHREG.2022.002>.

_____; ZUIDERVEEN, Borgesius Frederik, **Adtech and Real-Time Bidding under European Data Protection Law**. [S.L.], v. 23, pp. 226 - 256, 31 Julho 2021. German Law Journal, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3896855>

VÉLIZ, C. **Privacy is power: why and how you should take back control of your data**. [S.I]: Bantam Press, 2020.

WACHTER, Sandra. Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioural Advertising. **Berkeley Technology Law Journal**, [S.L.], v. 35, n. 2, p. 367-430, 2019. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3388639>.

WAKEFIELD, J. Amazon faces legal challenge over Prime cancellation policy. **BBC News**. Londres, 14 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/technology-55637140>>. Acesso em 23 mar. 2022.

WALKER, K. L. Surrendering Information through the Looking Glass: transparency, trust, and protection. **Journal Of Public Policy & Marketing**, [S.L.], v. 35, n. 1, p. 144-158, abr. 2016.

WEST, S. M. Data Capitalism: Redefining the Logics of Surveillance and Privacy. **Business & Society**. (2017).

WILLIAMS, J. **Liberdade e resistência na economia da atenção: como evitar que as tecnologias digitais nos distraiam dos nossos verdadeiros propósitos**. Porto Alegre: Arquipélago, 2021.

WIMMER, M. O Regime Jurídico do Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público. In: BIONI, Bruno et al. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Cap. 13. p. 282-299.

_____.; PIERANTI, O. P. Programas de compliance e a LGPD: A interação entre autorregulação e a regulação estatal. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **Compliance e Políticas de Proteção de Dados**. 1a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 205-221.

WLADAWSKY-BERGER, I. Customer Experience Is the Key Competitive Differentiator in the Digital Age. **Wall Street Journal**. Nova Iorque, 20 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.wsj.com/articles/customer-experience-is-the-key-competitive-differentiator-in-the-digital-age-1524246745>>. Acesso em 20 mai. 2022.

WOOLLACOTT, E. Amazon Prime Too Hard To Cancel, Consumer Watchdog Complains. **Forbes**. Nova Jérsei, 21 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/emmawoollacott/2021/01/14/amazon-prime-too-hard-to-cancel-consumer-watchdog-complains/?sh=1c24fa6f82f8>>. Acesso em 22 mar. 2022.

WORCHEL, S.; LEE, J.; ADEWOLE, A. Effects of supply and demand on ratings of object value. **Journal Of Personality And Social Psychology**, [S.L.], v. 32, n. 5, p. 906-914, 1975. American Psychological Association (APA).

WU, T. Blind Spot: the attention economy and the law. **Antitrust Law Journal**. [S.I.], p. 771-811. jan. 2019.

_____. **The Attention Merchants**: the epic scramble to get inside our heads. Nova Iorque: Penguin Random House, 2016.

YANAZE, M. H. **Gestão de marketing e comunicação**: avanços e aplicações. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZAGAL, J. P. et al. DarkPatterns in the Design of Games. **Foundations Of Digital Games**, Santa Cruz, p. 1-8, 2013. Society for the Advancement of the Science of Digital Games. P. 1.

ZANATTA, R. A F. PERFILIZAÇÃO, DISCRIMINAÇÃO E DIREITOS: do código de defesa do consumidor à lei geral de proteção de dados pessoais. In: MIRAGEM, B. et al. **Direito do consumidor: 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 522-544.

_____. Tutela coletiva e coletivização da proteção de dados pessoais. In: PALHARES, F. **Temas atuais de proteção de dados**. São Paulo: Rt, 2020. Cap. 13. p. 345-373.

_____.; SECAF, H.; MENDONÇA, J. A aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados aos corretores de dados. In: FRAZÃO, A.; CUEVA, R. V. B. **Compliance e políticas de proteção de dados**. São Paulo: Rt, 2021. p. 958-986

_____.; SOUZA, M. A tutela coletiva na proteção de dados pessoais: tendências e desafios. In: ROSA, C.; LUCCA, N. **Direito & Internet IV: Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 381-413.

ZUBOFF, S. **A Era do capitalismo de vigilância**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.