

PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL E DIRECIONADA NA INTERNET: sob o viés da violação do direito à privacidade e da legitimidade do consentimento fornecido nas políticas de privacidade

Akemi Saeco Ikegami (IC) e Marco Antonio dos Anjos (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackpesquisa

RESUMO

A publicidade comercial, uma das manifestações da atividade econômica e uma necessidade capitalista, é de grande importância para os fornecedores de produtos e serviços, porém não pode ser exercida de maneira prejudicial. Há, nesse sentido, a publicidade comportamental e direcionada, aquela em que o envio de propagandas é orientado para alguém e com base em seu comportamento na internet, que é (ou deveria ser) limitada pelos direitos dos consumidores, como o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais. Assim, o impasse instaura-se quando é traçado um perfil *online* do consumidor a partir de seus dados fornecidos através de seu (pseudo)consentimento concedido nos termos de uso, possibilitando a referida modalidade de *marketing*. Deste modo, a presente pesquisa tem o propósito de identificar se haveria violação do direito à privacidade no recorrente envio de publicidade direcionada extraída a partir do comportamento online do consumidor e determinar se o consentimento fornecido legitimaria eventual violação. Para tanto, a pesquisa desenvolveu-se através da abordagem qualitativa e a coleta de dados por meio da pesquisa bibliográfica e documental, com consulta na legislação e doutrina nacional. Concluiu-se que quando há consentimento livre, informado e inequívoco acerca do tratamento dos dados pessoais por intermédio dos termos de uso não se pode falar em violação do direito à privacidade; mas, quando a concordância não é devidamente informada, seja pela extensão ou complexidade dos termos de uso, é possível que ocorra ofensa e, conseqüentemente, o (pseudo)consentimento fornecido legitimá-la-ia.

Palavras-chave: Publicidade comportamental e direcionada. Privacidade. Consentimento.

ABSTRACT

Commercial advertising, one of the manifestations of economic activity and a capitalist necessity, is of great importance to suppliers of products and services, but it cannot be exercised in a harmful way. There is, in this sense, behavioral and targeted advertising, where the sending of advertisements is oriented to someone and based on their behavior on the internet, which is (or should be) limited by consumer rights, such as the right to privacy and to the protection of personal data. Thus, the impasse is established when an online profile of the consumer is drawn from their data provided through their (pseudo)consent granted in the terms

of use, enabling the aforementioned marketing modality. In this way, the present research aims to identify whether there would be a violation of the right to privacy in the applicant sending targeted advertising extracted from the consumer's online behavior and to determine whether the consent provided would legitimize any violation. To this end, the research was developed through a qualitative approach and data collection through bibliographic and documental research, with consultation on national legislation and doctrine. It was concluded that when there is free, informed and unequivocal consent about the processing of personal data through the terms of use, one cannot speak of a violation of the right to privacy; but, when the agreement is not properly informed, either because of the extension or complexity of the terms of use, it is possible that offense may occur and, consequently, the (pseudo)consent provided would legitimize it.

Keywords: Behavioral and targeted advertising. Privacy. Consent.

1. INTRODUÇÃO

Com a Revolução Tecnológica e o advento da internet as relações humanas vêm sofrendo grandes alterações, positivas (como a facilidade de conexão com outras pessoas) e negativas (como a restrição a determinadas liberdades), fazendo com que os juristas reflitam sobre os novos direitos que surgem desse novo cenário, sejam eles releituras daqueles já existentes ou novas dimensões.

Destaca-se, nesse sentido, a questão da privacidade na nova realidade digital, que não mais se restringe ao *direito de estar só*, pois para sua efetivação é imprescindível a adequação ao novo ambiente digital, alçando setores que sequer eram pensados, como o tratamento de dados pessoais.

Assim, o manejo das informações pessoais e suas implicações no âmbito do direito à privacidade vêm sendo objeto de diversos estudos e questionamentos desde o advento da internet, em razão da possibilidade de controlar as diversas atividades de uma pessoa em sua vida pública e privada através de registros feitos a partir do comportamento *online*, como a utilização da barra de pesquisa do Google e as movimentações nas redes sociais.

Desse modo, mesmo antes da promulgação da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD), alguns estudiosos já preconizavam alguns conceitos e princípios básicos orientadores para tratamento das informações coletadas, bem como suas consequências no âmbito do direito, com a finalidade de efetivar a aplicabilidade da LGPD e, conseqüentemente, evitar que os dados pessoais fiquem à mercê daqueles que os coletam.

Portanto, se por um lado a tecnologia digital facilitou a conectividade, por outro lado, colocou em posição de vulnerabilidade determinados direitos, como o direito à privacidade, observando-se o anacronismo das normas em vigor com a evolução tecnológica.

Surge, nesse sentido, e em virtude justamente da internet, a ideia de publicidade comportamental e direcionada, ou seja, aquela em que o envio de propagandas é orientado especificamente para alguém e com base em seu comportamento na internet extraído a partir dos dados pessoais, cujo tratamento foi autorizado através do consentimento concedido nas *políticas de privacidade*, também denominadas de *termos de uso*.

Assim, a despeito de existir certa preocupação legal com o processamento de dados pessoais, é necessário questionar se com a concordância fornecida através dos termos de

uso permitir-se-ia eventual violação do direito à privacidade. E a possível justificativa para embasar essa indagação seria a seguinte: o consentimento foi dado, logo, o titular dos dados autorizou sua computação; assim, ele pode ter seu perfil *online* traçado a partir de informações suas e elas ditam quais anúncios lhe serão exibidos.

Portanto, é necessário perguntar se essa estratégia de direcionamento publicitário em virtude do comportamento da pessoa e de seus interesses já demonstrados violaria o direito à intimidade e se essa ofensa seria legitimada pela concordância com as políticas de privacidade. Consequentemente, importa considerar dois questionamentos em torno do assunto: a) haveria violação do direito à privacidade no recorrente envio de publicidade direcionada extraída a partir do comportamento virtual do consumidor? b) o consentimento fornecido pelo titular dos dados por meio das políticas de privacidade legitimaria essa possível violação?

Nesse diapasão, é evidente a necessidade de tratar mais a fundo o problema em tela tendo em vista que o direcionamento comportamental publicitário *online* acontece diariamente, a todo instante inclusive, e por essa razão tornou-se algo banal, em que não se pensa existir problema algum, em princípio.

Ademais, os parâmetros legais de disciplinarização da matéria ainda são incipientes e, talvez, insuficientes, além de existir certa dificuldade de fiscalização das práticas que utilizam o tratamento de dados pessoais. Portanto, é de suma relevância trazer para o centro das discussões esse assunto, haja vista que a publicidade comportamental é traçada a partir de informações individuais que, se utilizadas ou mesmo publicadas de forma errônea, podem ocasionar violação do direito à privacidade. Assim, com a profusão de estudos sobre o tema pode-se dar início a uma reflexão mais aprofundada, de modo que a forma de encarar os frequentes anúncios personalizados possa ser repensada e rediscutida.

Para tanto, a presente pesquisa tem como objetivo geral identificar se haveria violação do direito à privacidade no recorrente envio de publicidade direcionada extraída a partir do comportamento *online* do consumidor e, como objetivo específico, determinar se o consentimento fornecido pelo cidadão-consumidor legitimaria eventual violação do direito à privacidade.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1. Publicidade comportamental e direcionada na internet

A publicidade comercial, uma das manifestações da atividade econômica, é assegurada no art. 5º, inciso IX da Constituição Federal (CF)¹, ainda que essa extensão da liberdade de expressão, em razão de sua relevância para a ordem econômica, seja voltada para o interesse lucrativo². Já a propaganda, por outro lado, não almeja um benefício econômico, mas principalmente a difusão de ideias.

Assim, conforme Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2010) “a diferença entre propaganda e publicidade está, portanto, na finalidade de cada uma” (p. 23). Todavia, aludida autora ressalta que, embora sejam conceitos distintos, ambas as terminologias, na prática, são utilizadas para designar a publicidade comercial, motivo pela qual serão tidas como sinônimas na presente pesquisa.

Isso posto, a propaganda é uma ferramenta de comunicação (um meio de troca de informações) suscetível de ser analisada considerando alguns paradigmas historicamente desenvolvidos ao longo do tempo, atrelados, geralmente, aos meios de produção e ao consumo.

Nesse sentido, Marco Antonio Pereira Marcondes (2014) explica a publicidade em dois momentos distintos: na Revolução Industrial e na Revolução Tecnológica. Naquela, em virtude do estímulo ao comércio e do surgimento de excessos de bens, adquiriu o papel de informar sobre as novidades técnicas e científicas que estavam surgindo. Por outro lado, na Revolução Tecnológica, em que ocorre a transmissão instantânea das mensagens, a propaganda agigantou-se e ganhou espaço por meio da internet, principalmente, que é um meio de comunicação de massa³, atraindo o mercado publicitário em virtude do comércio eletrônico, conforme destaca o aludido autor.

E nesse contexto de introdução da internet

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

² A publicidade comercial está incluída no âmbito da liberdade de expressão porque “argumenta-se que, assim como o debate político é essencial para a ordem democrática, a publicidade comercial é relevante para a ordem econômica, não se justificando uma divisão estrita entre tais esferas” (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2020, p. 516)

³ A sociedade de massa é aquela em que todos são considerados iguais, sem diferenças entre si, logo, um meio de comunicação de massa permite a rápida divulgação de informações a um número indeterminado de pessoas (massa) por meio da internet e da televisão, por exemplo.

Foi se dando a proliferação abundante de imagens e mensagens visuais, em um mundo de produtos à venda, expostos ao desejo que nasce no olhar, mundo no qual tudo vira mercadoria (...) A vida cotidiana passou a ser um espectro visual, um desfile de aparências fugidias, um jogo de imagens que hipnotizam e seduzem. (SANTAELLA, 2004, p. 27-28)

Fica evidente, portanto, que a propaganda mudou de caráter, aquele que antes era meramente informativo passou a ser persuasivo. Essa nova feição é própria das ferramentas de comunicação, em especial dessa estratégia de *marketing*, que visa justamente incentivar as vendas e atrair o destinatário da mensagem para adquirir um determinado bem ou serviço.

Surge, nesse diapasão, a ideia de publicidade comportamental e dirigida, que só pôde ser pensada e efetivada devido aos avanços tecnológicos, possibilitando caracterizar as pessoas e não mais considerá-las como parte da massa (pessoas não identificáveis). Comportamental quer dizer que “a decisão sobre quais anúncios são exibidos a determinados indivíduos (...) é ditada por dados obtidos a respeito desses indivíduos, oriundos do seu comportamento na internet” (VIEIRA, 2014, p. 289). Já o direcionamento tem por finalidade “apresentar anúncios publicitários de produtos e serviços pelos quais os consumidores já demonstraram interesse ou que têm ligação com seu perfil de consumo, o que torna a publicidade muito mais assertiva e eficaz” (ARANTES, 2017, p. 61).

Porém, Marco Antonio dos Anjos (2013), apesar de ressaltar a importância da publicidade para os fornecedores de produtos e serviços não só como um direito, mas também como uma necessidade capitalista, enfatiza que ela não deve ser exercida de maneira prejudicial aos consumidores, devendo ser respeitados seus direitos, sobretudo o de receber informação correta e livre dos vícios de abusividade ou enganosidade.

Referido autor, ademais, acrescenta a exigência de se observar o princípio da identificação da publicidade, isto é, “toda atividade publicitária deve ser exercida de maneira que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal, não podendo ser camuflada.” (p. 106)

Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2010), além disso, resalta a exigência de observação do princípio da não captura (abusiva) do consumidor, entendida como aquela que é invasiva à sua intimidade e vida privada, em razão do desproporcional assédio que ocorre com o envio descontrolado, a qualquer momento do dia, de *e-mails* e *spam*, por exemplo, mas desde que sem sua devida autorização e atenção a sua pronta negativa.

Para referida autora a caça ao consumidor, que o coloca em constante situação de potencial consumo, mesmo que à sua revelia, é absolutamente reprovável, pois a conquista do usuário não deve ser feita a qualquer custo, considerando os

Princípios constitucionais que resguardam o direito à intimidade e à privacidade do consumidor (art. 5º, X, da CF), bem como a sua liberdade de escolha, decorre o seu direito a não se ver ininterruptamente acessado e acossado por mensagens e esforços publicitários empurrando novos produtos e serviços.” (p. 95)

Destarte, a captura abusiva do cliente, que molesta sua intimidade e sossego, turbando a mínima possibilidade de escolha refletida, caso seja efetuada sem prévio consentimento, pode qualificar-se como modalidade de publicidade abusiva, prevista no art. 37, §2º⁴, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), conforme enfatiza Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias (2010).

Em concordância com a autora acima, Arthur Pinheiro Basan e José Luiz de Moura Faleiros Júnior (2020) dizem que as publicidades de consumo são capazes de perturbar as pessoas por meio de ofertas de consumo direcionadas, não solicitadas e importunadoras, extraídas a partir dos dados pessoais. Assim, defendem que as publicidades importunadoras podem enquadrar-se como prática abusiva em razão do direito ao sossego do consumidor, logo, rogam pelo reconhecimento do direito ao sossego como faceta negativa do direito fundamental de proteção de dados.

Arthur Pinheiro Basan (2021), inclusive, destaca que as mensagens publicitárias, diante de dados sensíveis, ganham força e tornam-se ilícitas, considerando que na maioria das vezes não são solicitadas e muito menos autorizadas pelas pessoas. Ademais, salienta que o excesso de informação e as práticas intrusivas são capazes de interferir no livre desenvolvimento da pessoa e impossibilitar, em última análise, a liberdade daquele que acessa o mundo virtual.

2.2. Dados pessoais e o consentimento fornecido nas políticas de privacidade

⁴ 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, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Em primeiro lugar, é importante evidenciar que os dados pessoais correspondem ao direito à privacidade⁵, previsto constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, malgrado não exista consenso quanto a definição exata do que seria esse direito, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2020, p. 287, grifo nosso) “confunde-se com o direito de fruir o anonimato – respeitado quando o indivíduo estiver livre de identificação e de fiscalização (...) No âmago do direito à privacidade está o controle de informações sobre si mesmo.”

Nesse segmento, justamente a fim de reforçar a liberdade dos brasileiros e sua privacidade em razão do avanço e da digitalização em todos os setores, conforme divulgado no site de notícias do Senado em fevereiro de 2022, a proteção dos dados pessoais, até mesmo em meios digitais, foi incluída, no dia 10/02/2022, como um direito fundamental no art. 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal (CF), através da Emenda Constitucional (EC) nº 115/22.

Logo, o alçamento a um direito fundamental, consagrado constitucionalmente, traz consequências de evidente relevo, haja vista que se impõe a todos os poderes constituídos, inclusive ao poder de reforma da Constituição, consoante destacam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2021). Além disso, possui como suas características a universalidade, a inalienabilidade, a indisponibilidade, a irrenunciabilidade etc.

Contudo, segundo André Ramos Tavares (2022), muito embora a positivação como direito fundamental seja de grande relevo, seu mero reconhecimento ou declaração não é suficiente, não bastando para que seja eficaz, sendo necessário tutelá-lo nas situações em que seja violado.

Desse modo, considerando a recente inclusão da proteção dos dados pessoais como um direito autônomo, ou seja, que, embora possa ser relacionado ao direito à privacidade, possui previsão expressa e independente, alguns dos posicionamentos apontados adiante ainda o consideram como parte do direito à privacidade.

Isso posto, a LGPD, em seu art. 5º, inciso I, considera como dado pessoal a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”; logo, é evidente que

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - 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;

as informações coletadas a partir da conduta são dados pessoais, pois é possível associar os elementos colhidos com a identificação da pessoa.

Assim, a referida Lei, com o intuito de proteger os já mencionados dados, estabelece, em seu art. 7^o, uma série de situações em que o tratamento⁷ poderá ser realizado. Dentre essas hipóteses, a que mais interessa à presente pesquisa é aquela mediante o consentimento do titular (inciso I), que é uma “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;” (LGPD, art. 5^o, inciso XII).

Todavia, segundo Bruno Ricardo Bioni (2020), há certo *descaso normativo* com relação às maneiras pelas quais o consentimento deveria ser operacionalizado, pois não se tem informação a respeito de como dar concretude à prometida esfera de controle dos dados. Assim, diante da ausência de previsão legal, aparecem as chamadas *políticas de privacidade*:

Por meio de tal técnica contratual, colher-se-ia o prescrito e necessário consentimento para legitimar toda e qualquer operação de tratamento dos dados pessoais.

Ocorre que tal mecanismo tem se mostrado falho por inúmeras razões, seja porque ele reforça a aventada assimetria do mercado informacional, seja porque se trata de uma ferramenta que não capacita, efetivamente, o cidadão para exercer controle sobre as suas informações pessoais. (BIONI, 2020, p. 162)

Sucedem que as políticas de privacidade, conforme referido autor, são, na verdade, um contrato de adesão, em que o conteúdo é predisposto pelo fornecedor e ao cidadão cabe tão somente aderir (concordo/aceito) ou não (discordo/não aceito). Porém,

Essa ferramenta contratual tem sido utilizada para o esvaziamento de qualquer esfera de controle dos dados pessoais. Tais termos contratuais impõem, às vezes, um “cheque em branco”, cujo preenchimento – a utilização dos dados pessoais – fica a bel-prazer daquele que estipulou unilateralmente as suas cláusulas contratuais. (BIONI, 2020, p. 164)

Isso posto, no que toca à privacidade, Carla Cavalheiros Arantes (2017), a despeito de salientar a importância que é atribuída a esse direito constitucionalmente (como direito fundamental e da personalidade), defende que “não há direito absoluto, podendo o direito à

⁶ Art. 7^o O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

⁷ Art. 5^o Para os fins desta Lei, considera-se:

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

privacidade também sofrer restrições, inclusive por vontade manifestada pelo próprio indivíduo titular do direito” (p.163), inexistindo violação do direito à privacidade quando houver coleta de dados com o consentimento.

À vista disso, Alvaro de Carvalho Pinto Pupo (2017) enfatiza que “o consentimento será o meio pelo qual o titular poderá limitar como ocorrerá o tratamento de dados, conferindo limites para essa operação” (p. 110). Patrícia Peck Pinheiro (2016) acrescenta que é de tamanha relevância a detenção do controle sobre os próprios dados pessoais, ainda que eles tenham sido fornecidos mediante livre e espontânea vontade.

Entretanto, consoante Bruno Ricardo Bioni (2020), o mecanismo existente para manifestação do consentimento são as políticas de privacidade criadas pelo fornecedor, cabendo ao consumidor apenas aceitá-las ou não, ou seja, não há margem de escolha. Assim, por se tratar de um contrato de adesão, “tem sido uma ferramenta inapropriada para garantir ao consumidor o controle dos seus dados pessoais.” (p. 162)

Ademais, soma-se a essa espécie contratual o tamanho dos termos e a complexidade com que são estruturados, demandando grande dispêndio de tempo para fazer a leitura, conforme ressalta Carolina da Silva Leme (2019). Além disso, a autora diz que tal característica ocorre em virtude das lacunas e conceitos genéricos empregados pela legislação, impossibilitando a transparência e “mantendo o usuário no status quo de insegurança quanto às informações compartilhadas e a forma como tais informações influem no seu mapeamento de compras, em sua geolocalização e na sua privacidade de forma geral.” (p. 195)

Lia Carolina Vasconcelos Camurça (2020), nessa perspectiva, destaca que o alcance jurídico abusivo decorrente de um clique na cláusula “Li e Aceito” não deve prosperar, haja vista que pesquisas “atestaram que os usuários passam menos de um minuto para ler longos contratos ou sequer fazem contato visual com a integralidade do arquivo.” (p. 195).

Nesse segmento, aludida autora acrescenta que as cláusulas de Li e Aceito, caso não facilitem a compreensão do conteúdo e não possuam melhor estruturação, são revestidas de um pseudoconsentimento, verificado ante a impossibilidade fática de leitura de todos os Termos de Uso e Privacidade.

2.3. Privacidade, dados pessoais e consentimento em meio ao direcionamento comportamental publicitário *online*

Portanto, é evidente que a coleta de dados pessoais possibilitou a prática da publicidade comportamental e direcionada na internet. Nesse diapasão, Charles Duhigg (2012) conta, através da experiência de Andrew Pole, cuja função era analisar os elementos pessoais para a Target, decifrando os costumes dos consumidores e os induzindo a gastar mais, como as empresas aumentam seus lucros interpretando os hábitos de cada pessoa individualmente e usando *marketing* direcionado, com abordagens personalizadas a fim de obter apelo às preferências de compra. Para tanto, uma série de registros de gastos eram relacionados ao adquirente de determinado produto/serviço, além de “informações demográficas que a Target coletava ou comprava de outras empresas, incluindo a idade do comprador, se ele era casado e tinha filhos, em que região da cidade morava” (DUHIGG, 2012, p. 251).

Desse modo, era possível fazer a seguinte indução:

Alguém está comprando toalhas, lençóis, talheres, panelas e comida congelada? Essa pessoa provavelmente acaba de comprar uma casa nova – ou está se divorciando. (...) Se você usa seu cartão de crédito da Target para comprar uma caixa de picolés uma vez por semana, geralmente por volta das seis e meia da noite, e sacos de lixo gigantes nos meses de julho e outubro, os estatísticos da Target e programas de computador determinam que você tem crianças em casa e tende a parar para comprar comida no caminho de volta do trabalho e tem um gramado que precisa ser aparado no verão, além de árvores que soltam folhas no outono. (DUHIGG, 2012, p. 252)

Apesar disso, Fernando Inglez de Souza Machado e Regina Linden Ruaro (2017) ressaltam que a elaboração de um perfil do consumidor não é, de per si, necessariamente nociva. Porém, destacam que é imprescindível levar em consideração o potencial lesivo dessa prática de *marketing* para a privacidade e a autonomia do usuário, concluindo que “somente a partir de uma atuação específica sobre a proteção dos dados pessoais é possível tutelar a privacidade do consumidor diante dos incrementos tecnológicos que remodelam a nossa sociedade.” (p. 437)

Carla Cavalheiro Arantes (2017), por outro lado, tem uma perspectiva ainda mais positiva em relação a publicidade dirigida, pois

Mesmo em uma sociedade de consumo massificada, o consumidor pode ser identificado e, em alguns casos, profundamente conhecido pelo fornecedor, graças às tecnologias da Era da Informação. O consumidor, que antes se confundia com o mercado massificado de consumo e recebia publicidade igualmente massificada e padrão, agora, passou a ser cada vez mais

individualizado e alvo de publicidade dirigida ao seu perfil de consumo. (p.61)

Entretanto, apesar da própria autora enfatizar os benefícios dessa estratégia de *marketing*, ela também faz ressalvas no que concerne à quantidade e o uso das informações coletadas, que dizem respeito à privacidade do cidadão.

No que tange especificamente à publicidade direcionada, a escritora argumenta que é uma atividade econômica lícita e constitucionalmente prevista, que não pode ser eliminada ou impedida, somente pode ser disciplinada por lei, sob pena de violação do princípio da livre iniciativa e da liberdade de expressão.

Todavia, Gustavo Duarte Vieira (2019), em contraposição com o entendimento da referida autora, salienta que o tratamento de dados por meio do *profiling*, procedimento que envolve a construção de perfis pessoais a partir da análise automatizada de grandes quantidades de dados, do mesmo modo que a maioria das tecnologias, apresenta importantes ganhos, sobretudo com relação à eficiência e eficácia de análises preditivas para o mercado.

Porém, seu uso irrestrito pode significar importantes efeitos prejudiciais ao desenvolvimento da vida privada dos indivíduos, por possibilitar previsões de comportamento ou de características de um sujeito de maneira invasiva à sua privacidade e pela possibilidade de enquadramento do indivíduo em um perfil historicamente determinado, estereotipado e, potencialmente, discriminatório. (VIEIRA, 2019, p. 9)

Soma-se a isso o fato de que uma das maneiras pela qual os dados pessoais, tidos como matéria-prima, são monetizados é por meio da publicidade dirigida, conforme destaca Victor Miguel Barros de Carvalho (2018).

Assim, por um lado, os dados acabam servindo como moeda de troca para os internautas que usufruem gratuitamente de serviços; por outro, a entrega deliberada (e por vezes excessivamente ingênua e voluntária) dos dados pessoais suscita certa preocupação com a privacidade dos usuários destes serviços – preocupação que não é infundada, principalmente quando se considera os casos de espionagem e exploração dos dados pessoais tornados públicos pelo WikiLeaks e pelo whistleblower (denunciante) americano Edward Snowden, não olvidando-se também do escândalo envolvendo a Cambridge Analytica e o Facebook. (p. 16)

Nesse sentido, referido autor defende, a partir da constatação do valor atribuído aos dados pessoais, que estes “não são o novo petróleo mas, sim, o novo urânio, em razão dos perigos potenciais à privacidade e a seus valores conexos” (p. 124). Desse modo, o escritor indica a forte presença estatal na regulação do tratamento de dados pessoais, valorizando

princípios como o do livre consentimento e o da autodeterminação informativa⁸, com uma regulamentação cada vez mais fundamentada no postulado da *privacy by design*, que se refere a um conjunto de práticas que visam incutir medidas que protejam a privacidade dos usuários.

Acrescenta Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida (2017), nesse segmento, que a informação pode ser utilizada como um meio de exploração, sobretudo no capitalismo da vigilância, em que o valor de um negócio pode ser representado pelo potencial de coleta de dados pessoais. Desse modo, enfatiza a necessidade de se repensar a tutela da privacidade na internet, e não necessariamente por intermédio da criação de novas normas, pois aquelas que já existem são satisfatórias para proteção dos direitos da personalidade, como o direito de autodeterminação e o direito ao esquecimento, por exemplo.

Nessa perspectiva, Lucas Lopes Galvão (2019) recomenda repensar o entendimento acerca da infraestrutura dos dados, sua titularidade e seu caminho através do *blockchain*, uma tecnologia capaz de registrar uma transação realizada em moeda virtual, como o Bitcoin, a fim de regatar a dignidade e evitar o controle e a manipulação das ações por meio das informações que circulam na internet.

Clarissa Menezes Vaz Masili (2018), por seu turno, ao questionar a ciência por parte dos usuários sobre sua condição de fornecedores da matéria prima dados pessoais, sugere e confirma a hipossuficiência de forças destes em face de companhias privadas e governos acerca das práticas realizadas com tais informações, reduzindo sua capacidade de agir em igualdade de condições com o mercado.

Ocorre que empresas e Estados, com fundamento na escolha dos usuários (e não em estratégias comerciais), visam legitimar suas práticas com dados pessoais na utilidade coletiva, social, política e econômica, em detrimento do direito de autodeterminação sobre essas informações, tendo em vista que a opção de adesão foi formalizada por meio de um consentimento, conforme destaca a aludida autora. Porém, este último

Decorre não apenas da falta de conhecimento suficiente acerca das tecnologias que fazem parte do fluxo de informações na internet, mas também da ausência de alternativas a não ser a adesão aos modelos propostos pelas empresas, bem como da inexistência de uma autoridade com competência para fiscalizar as práticas com os dados e da falta de transparência sobre essas práticas. (p. 170)

⁸ Consoante Luís Roberto Barroso (2022) a autodeterminação informativa, associada à autonomia da vontade, revela-se como proteção da liberdade individual e dos dados pessoais, “que se tornaram extremamente vulneráveis na era da Revolução Digital e da internet.” (p. 224)

Isto posto, Raíssa Arantes Tobbin e Valéria Silva Galdino Cardin (2021), a fim de analisar o consentimento do usuário na LGPD diante da política virtual da utilização de *cookies*⁹, verificaram que ela está muito longe de proteger os dados pessoais do usuário,

Especialmente porque os termos de uso dos aplicativos e de páginas acessadas por meio da Internet dificultam ao cidadão comum a compreensão acerca de como estes poderão ser utilizados futuramente pelo Estado e por empresas privadas no âmbito da monetização de dados propiciada pelo capitalismo de vigilância, contexto que evidencia uma “crise do consentimento” e a necessidade de proteção da autodeterminação informativa, tendo em vista a relação assimétrica entre os usuários e os agentes de tratamento de dados. (p. 241)

Por conseguinte, as referidas autoras, objetivando analisar o direito à autodeterminação informativa e a proteção de dados pessoais do usuário no ambiente virtual, concluíram que é fundamental que este tenha ciência e consinta com a criação de perfis informacionais e a veiculação de publicidade comportamental mediante a coleta e tratamento de seus dados pessoais, a fim de ter sua privacidade, suas informações e seu direito à autodeterminação informativa respeitados, em especial em razão da possibilidade de compartilhamento de informações.

Lia Carolina Vasconcelos Camurça e João Luís Nogueira Matias (2021), nesse segmento, dizem que a autodeterminação se efetiva na figura do consentimento do usuário, devendo “haver uma compreensão inequívoca do que se está compartilhando e se haverá, ou como será, o tratamento de seus dados” (p. 21), não mais se tratando de um pseudoconsentimento do Li e concordo.

Entretanto, supracitados escritores destacam que quando a personalização da publicidade é realizada por práticas ocultas de rastreamento do usuário, como os *supercookies*¹⁰ e o *fingerprinting*¹¹, ela viola frontalmente os fundamentos da proteção dos dados pessoais no Brasil, como o respeito à privacidade, à inviolabilidade da intimidade e à autodeterminação informativa.

⁹ Para Claude Castelluccia (2012) os *cookies* são arquivos que são depositados no computador do indivíduo pelo site acessado e que possibilitam a identificação deste usuário com o intuito de facilitar a funcionalidade da página e o monitoramento da navegação, de forma que podem ser oriundos das páginas visitadas, de outras entidades (*cookies* de terceiros), apagáveis (*cookies* de sessão) ou persistentes (*cookies* permanentes).

¹⁰ Os *supercookies* permitem que o rastreamento continue mesmo que o usuário bloqueie ou delete todos os seus *cookies*, ou seja, todo o conteúdo consegue ser reativado.

¹¹ O *fingerprinting* é um mecanismo para rastrear pessoas que limitam os cookies, sendo de mais difícil detecção do que os *supercookies*, haja vista não deixar evidência de marcação no computador. Assim, “a técnica do fingerprinting é em grande parte maliciosa, posto que realizada para rastrear diretamente as pessoas que, no exercício do seu direito à privacidade, limitam a ação dos cookies.” (CAMURÇA; MATIAS, 2021, p. 14)

Por fim, Dennis Verbicaro, Lays Rodrigues e Camille Ataíde (2018), com a finalidade de combater práticas abusivas, como o assédio de consumo, apontam a vulnerabilidade comportamental do consumidor como característica latente do atual estágio da sociedade de consumo, sendo analisadas as fragilidades psicológicas do consumidor e como a abordagem publicitária, sobretudo a subliminar, compromete sua capacidade decisória autêntica, condicionando-o a comportamentos erráticos, impulsivos e que o colocam numa posição de desvantagem exagerada em relação ao fornecedor.

Desse modo, os autores frisam ser de imperativo ético que os elementos da campanha publicitária, seja em torno de produtos, serviços e marcas, estejam perceptíveis a todos os destinatários, possibilitando ao consumidor escolher o que consumir, como e quando, de modo autônomo, sem influências que escapam ao seu âmbito de percepção crítica, como “a publicidade que busca captar o consumidor através de técnicas que o leve a resgatar associações e lembranças acumuladas na mente inconsciente” (p. 14), por exemplo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, os resultados da pesquisa evidenciam que a publicidade comercial, *de per sí*, é essencial para o fomento da economia, sendo a comportamental e direcionada mais benéfica ainda para o aumento do consumo de produtos e serviços no capitalismo de vigilância, considerando a personalização dos anúncios a partir dos dados pessoais fornecidos.

Todavia, referida modalidade de *marketing* não pode ser exercida ilimitadamente, devendo ser respeitados os direitos dos consumidores e determinados princípios, como o da não captura abusiva e o da informação, que estabelecem a necessidade de se receber uma ideia correta e livre de vícios de abusividade ou enganosidade, sem camuflagem e mediante a prévia concordância do usuário.

Acontece, porém, que o meio pelo qual o consumidor pode exteriorizar seu consentimento para com as práticas publicitárias, sobretudo a comportamental e direcionada, são as políticas de privacidade, que estabelecem uma série de disposições comumente conhecidas por sua extensão e, em alguns casos, complexidade, dificultando ou impossibilitando que a pessoa tenha, de fato, ciência daquilo com que está concordando e, sobretudo, autorizando no âmbito do tratamento de seus dados pessoais.

Ressaltando-se, nesse sentido, que as informações pessoais possuem um potencial lesivo muito grande quando tratadas de forma inadequada, principalmente quando são “vazadas”, pois possibilitam identificar não só o indivíduo, mas também suas preferências e comportamento, possibilitando, inclusive, o enquadramento em perfis estereotipados, até discriminatórios.

Dessa forma, é indispensável uma atuação estatal mais ativa na fiscalização e na regulamentação do tratamento dos dados pessoais, no sentido de fortalecer a proteção da privacidade dos usuários por intermédio da valorização dos direitos e princípios já estabelecidos, como o da autodeterminação informativa, por exemplo, que permite afastar a ideia do pseudoconsentimento, em virtude do conhecimento inequívoco das informações que estão sendo compartilhadas e como elas serão tratadas.

Por fim, e consoante os questionamentos que incitaram a pesquisa, é possível fazer as seguintes conclusões acerca do consentimento fornecido para com o tratamento dos dados pessoais, que possibilita a publicidade comportamental e direcionada:

- A) *Se houve consentimento livre, inequívoco e informado*: não há que se falar em violação do direito à privacidade e nem do direito de proteção dos dados pessoais, quiçá em publicidade abusiva, sendo legítimo o consentimento fornecido nos termos de uso, considerando que o usuário efetivamente leu e compreendeu todas as suas disposições, concordando com o tratamento e compartilhamento de suas informações pessoais.
- B) *Se houve o consentimento livre e inequívoco, porém não é possível afirmar que tenha sido informado*: pode se falar em violação do direito à privacidade e, conseqüentemente, de proteção dos dados pessoais, tendo em vista a exigência de ser uma manifestação informada. Logo, a estratégia de *marketing* que se utilizar dos dados fornecidos por esse sujeito pode ser tida como abusiva e a concordância dada a legitimaria, embora esteja viciada.

Todavia, em contraposição à conclusão acima, é de se esperar que seja suscitado o seguinte argumento: o usuário consentiu com o tratamento de suas informações, aceitando os termos de uso, pressupondo-se, desse modo, que leu e concordou com suas diretrizes; logo, não há qualquer violação à privacidade ou eventual publicidade abusiva.

Tal alegação, contudo, não merece prosperar tendo em consideração a complexidade e extensão das políticas de privacidades, que dificultam ou mesmo impossibilitam que o

usuário faça a leitura completa e tenha conhecimento de todas as terminologias usadas. Ademais, caso o sujeito não concorde com algumas das disposições, não poderá sequer rejeitá-las, cabendo tão somente aceitar ou rejeitar todo o conjunto, sendo que neste último caso o conteúdo de determinado *síte* pode ficar, inclusive, inacessível.

Sem contar que o tratamento dos dados ou mesmo o seu compartilhamento com fundamento nas políticas de privacidade não indicam que seu titular está, de fato, ciente de seus termos e do constante monitoramento.

C) *Se não houve consentimento*: neste caso as informações referentes ao indivíduo são coletadas à sua revelia, rastreando-se o usuário de maneira oculta e violando diretamente os fundamentos da proteção dos dados pessoais preconizados pela LGPD, sobretudo o respeito à privacidade e à inviolabilidade da intimidade (LGPD, art. 5º, incisos I e IV).

Assim, a despeito de caber a cada um a escolha de compartilhar ou não seus dados pessoais, é imperioso destacar que a atual sociedade informacional exige, cada vez mais, que as pessoas estejam conectadas na internet, seja para efetuar tarefas simples, como um agendamento no Poupatempo, ou complexas, como abrir uma conta bancária, por exemplo.

Logo, restam duas escolhas nesse contexto, apesar de não serem ideais: i) pagar o “custo” para se viver na sociedade digital, renunciando (ainda que não explicitamente e diretamente) ao direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, por meio do (pseudo)consentimento fornecido nas políticas de privacidade ou ii) abdicar de todas as benesses que o ambiente virtual propicia, como a comunicação (*e-mail* e WhatsApp, por exemplo), e resguardar suas informações, ficando livre de qualquer interferência na vida privada e possível vazamento de informações.

Portanto, é evidente que a opção por quaisquer dos dois “caminhos” apontados possui graves consequências, cabendo a cada um escolher aquele que mais lhe beneficia ou menos lhe desfavorece, enquanto o pseudo(consentimento) fornecido nos termos de uso é suficiente para legitimar e autorizar a coleta, o uso, o armazenamento e até mesmo o compartilhamento de informações pessoais, que permitem não só identificar a pessoa, mas também estereotipá-la e rastreá-la.

4. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos. *Shadow profiles: a tutela dos direitos da personalidade do usuário e do não usuário das redes sociais*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

ANJOS, Marco Antonio dos. Seção III Da Publicidade. In: MACHADO, Costa (org.); FRONTINI, Paulo Salvador (coord.). *Código de Defesa do Consumidor interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Barueri: Manole, 2013, p. 104-113.

ARANTES, Carla Cavalheiro. *O direcionamento publicitário na Internet e suas principais implicações jurídicas*. Dissertação (Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BASAN, Arthur Pinheiro; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros. A proteção de dados pessoais e a concreção do direito ao sossego no mercado de consumo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-protecao-de-dados-pessoais-e-a-concrecao/>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

BASAN, Arthur Pinheiro. *Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego*. Indaiatuba: Foco, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Promulgada emenda constitucional de proteção de dados*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/02/10/promulgada-emenda-constitucional-de-protecao-de-dados>. Acesso em: 26 fev. 2022.

CAMURÇA, Lia Carolina Vasconcelos; MATIAS, João Luís Nogueira. Direito à privacidade e à proteção de dados pessoais: análise das práticas obscuras de direcionamento de publicidade consoante a lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 26, n. 2, p. 6-23, mai./ago., 2021.

CAMURÇA, Lia Carolina Vasconcelos. *Sociedade de vigilância, direito à privacidade e proteção de dados pessoais: uma análise sobre a influência de técnicas de publicidade comportamental na internet no consumidor-usuário*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020.

CARVALHO, Victor Miguel Barros de. *O direito fundamental à privacidade ante a monetização de dados pessoais na internet: apontamentos legais para uma perspectiva regulatória*.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

CASTELLUCCIA, Claude. Behavioural Tracking on the Internet: A Technical Perspective. In: GUTWIRTH, Serge et al. (eds). *European Data Protection: Good Health?* Dordrecht: Springer, 2012. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/287252970_Behavioural_Tracking_on_the_Internet_A_Technical_Perspective>. Acesso em: 29 jul. 2022.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DUHIGG, Charles. *O poder do hábito*: porque fazemos o que fazemos na vida e nos negócios. Tradução Rafael Mantovani. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

GALVÃO, Lucas Lopes. *Do direito fundamental à privacidade na blockchain*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

LEME, Carolina da Silva. Proteção e tratamento de dados sob o prisma da legislação vigente. *Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito*, [s.l.], v. 1, n. 1, p.178-197, maio 2019. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/fid/article/view/41960>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

LEMOS, Ronaldo; DI FELICE, Massimo. *A vida em rede*. Campinas: Papirus 7 Mares, 2015.

MASILI, Clarissa Menezes Vaz. *Regulação do uso de dados pessoais no Brasil*: papel do usuário na defesa de um direito à tutela de dados pessoais autônomo. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Publicidade comparativa*. São Paulo: Atlas, 2014.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito digital*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PUPO, Alvaro de Carvalho Pinto. *Privacidade, liberdade de expressão e proteção dos dados pessoais*: uma perspectiva brasileira com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

SANTAELLA, Lucia. *Navegar no ciberespaço*: o perfil cognitivo do leitor imersivo. São Paulo: Paulus, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

TOBBIN, Raissa Arantes; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Perfis informacionais e publicidade comportamental: direito à autodeterminação informativa e a proteção de dados pessoais no ambiente virtual. In: ANAIS DO CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, n. 8, out/2020. *Anais*. 2020. p. 1260-1276.

TOBBIN, Raissa Arantes; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Política de cookies e a “crise do consentimento”: Lei Geral de Proteção de Dados e a autodeterminação informativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 47, p. 241-262, dez. 2021.

VERBICARO, Dennis; RODRIGUES, Lays; ATAÍDE, Camille. Desvendando a vulnerabilidade comportamental do consumidor: uma análise jurídico-psicológica do assédio de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 119. ano 27. p. 349-384. São Paulo: Revista dos Tribunais, set-out. 2018.

VIEIRA, Gustavo Duarte. *Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.

VIEIRA, Miguel Said. *Os bens comuns intelectuais e a mercantilização*. Dissertação (Doutorado em Educação). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Contatos: akemikegami@hotmail.com e anhos.m@adv.oabsp.org.br