

Centro Universitário de Brasília - CEUB
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD
Doutorado em Direito

RAFAEL GONÇALVES FERNANDES

**OS DESAFIOS DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR NA ERA DA
PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL ONLINE**

Brasília

2022

RAFAEL GONÇALVES FERNANDES

**OS DESAFIOS DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR NA ERA DA
PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL ONLINE**

Tese apresentada à Banca do Programa de Doutorado em Direito do Centro de Ensino Universitário de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Brasília
2022

RAFAEL GONÇALVES FERNANDES

**OS DESAFIOS DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR NA ERA DA
PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL ONLINE**

Tese apresentada à Banca do Programa de Doutorado em Direito do Centro de Ensino Universitário de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

BRASÍLIA, 7 de julho de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Liziane Paixão Silva Oliveira (Presidente)

Professor Doutor Leonardo Roscoe Bessa (PPGD/CEUB)

Professor Doutor Marcelo Dias Varella (PPGD/CEUB)

Professora Doutora Regina Lúden Ruaro (PPGD/PUCRS)

Professor Doutor Wilson Engelmann (PPGD/UNISINOS)

Professor Doutor Héctor Valverde Santanna (Examinador Externo)

Agradecimentos

Gostaria de expressar gratidão à minha orientadora, a Prof. Dra. Liziane Paixão. Agradeço por sua orientação e inspiração para a escrita desta tese. Eu também me beneficieei das valiosas colaborações do corpo docente do PPGD do CEUB. Agradeço especialmente ao Prof. Dr. Francisco Rezek, ao Prof. Dr. Héctor Valverde Santanna, ao Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa e ao Prof. Dr. Marcelo Dias Varella. Agradeço por seu tempo e pelo seu feedback. Os agradecimentos de praxe se estendem aos meus amigos e familiares que, de alguma forma, demonstraram apoio durante a minha jornada acadêmica no doutorado. Muito obrigado.

Financiamento da pesquisa

A presente tese foi realizada com apoio financeiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Declaração de originalidade e isenção

Declaro que a presente tese é original, fruto de pesquisa científica realizada por mim. Declaro, também, que não tenho interesse, financeiro ou de outros fins, em qualquer tecnologia ou sociedade empresária mencionada neste texto.

Acknowledgements

I would like to express my deepest gratitude to my promoter Prof. Dr. Liziane Paixão. I am indebted to you for your guidance and inspiration in conducting the scientific research incorporated in this thesis. I have also benefited enormously from the valuable collaborations of CEUB's PPGD faculty. I thank Prof. Dr. Francisco Rezek, Dr. Héctor Valverde Santanna, Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa and Prof. Dr. Marcelo Dias Varella. I thank them for their time and feedback. The usual thanks are extended to my friends and family who, in some way, showed support during the Ph.D. academic journey. Thank you.

Funding

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001.

Disclosure statement

I declare that the attached thesis is my original work and that I have no interest, financial or otherwise, in any technology or company mentioned in the text.

RESUMO

O propósito desta tese consistiu em enfrentar o seguinte problema de pesquisa: Sob quais condições o controle jurídico da publicidade no Brasil assegura a liberdade de escolha do consumidor, frente ao avanço das tecnologias de análise comportamental online? Primeiramente, pontua-se que a atividade publicitária realizada no ambiente virtual já conta com mecanismos disruptivos aptos a realizar a predição comportamental dos usuários da internet. Trata-se da chamada publicidade comportamental online, técnica inovadora que viabiliza a oferta de bens de consumo de forma segmentada e/ou individualizada, a partir da coleta e processamento de uma miríade de dados pessoais organizados em perfis comportamentais. É nesse meandro que surgem questões jurídicas importantes sobre discriminação abusiva e de interferências tecnológicas na autodeterminação e liberdade de escolha dos consumidores, uma vez que as estratégias publicitárias disruptivas partem de uma “caixa preta” de algoritmos treinados para otimizar vendas, sem observar com afinco os direitos do público consumidor. Foi nessa perspectiva que o objetivo central desta tese consistiu em analisar as questões e os instrumentos jurídicos vinculados ao uso dos recursos tecnológicos aplicáveis à publicidade comportamental online, perquirindo os limites legais desejáveis para a sua utilização comercial equilibrada, diante dos desafios apresentados à proteção da liberdade de escolha do consumidor. Nesse ponto, adianta-se que a hipótese inicial indicou a inaptidão do controle jurídico publicitário em assegurar a liberdade de escolha desse público, sendo essencial a adoção de um marco regulatório que apontasse os limites específicos da utilização dessa técnica pioneira. Entretanto, como resultado da presente pesquisa, identificou-se que as normas gerais e, também, aquelas tradicionalmente aplicáveis ao setor publicitário, já preveem mecanismos jurídicos tradicionais de proteção aos consumidores, que apesar de serem direcionados às tecnologias analógicas, fornecem algumas respostas no que tange às inovações do ciberespaço. Concluiu-se, por outro lado, que a otimização dessa proteção pode advir da análise transversal dos atuais regimes jurídicos, bem como da adoção de medidas proibitivas pontuais, de ações educativas e do empoderamento técnico dos consumidores, por meio de políticas públicas guiadas e coordenadas pelas estruturas administrativas competentes para tanto (SENACON, ANPD e CADE). A opção metodológica adotada nesta tese situou-se nos limites da linha jurídico-dogmática e do raciocínio dedutivo. Em decorrência da baixa produção de pesquisas científicas no cenário nacional sobre a temática da publicidade comportamental online, o caráter exploratório foi empregado para expandir as buscas por estudos produzidos pela literatura especializada em outras línguas por meio de uma pesquisa documental que abordou documentos internacionais, tratados e normas domésticas e estrangeiras, além das decisões judiciais correlatas.

Palavras-chave: Comércio eletrônico. Proteção de dados pessoais. Tecnologias da Informação e da Comunicação. Autonomia da vontade. Ciberespaço. Práticas comerciais abusivas.

ABSTRACT

Title: The challenges of legal consumer protection in the age of online behavioral advertising

The purpose of this thesis was to address the following research problem: Under what conditions does Brazil's advertising legal control ensure consumer freedom of choice, given the advancement of online behavioral analysis technologies? First of all, it is pointed out that the advertising activity carried out in the virtual environment already has disruptive mechanisms capable of performing the behavioral prediction of internet users. It is called online behavioral advertising, an innovative technology that makes it possible to offer consumer goods in a segmented and/or individualized way, based on collecting and processing a myriad of personal data. It is in this meander that important legal questions arise about abusive discrimination and about technological interferences in the autonomy and freedom of choice of consumers since disruptive advertising strategies start from a "black box" of algorithms trained to optimize sales, without closely observing the consumer protection issue. It was in this perspective that the main objective was to analyze the issues and legal instruments linked to the use of technological resources applicable to behavioral advertising, inquiring into the desirable legal limits for its balanced commercial use, in the face of the challenges presented to the protection of the freedom of choice of the consumer. At this point, it is pointed out that the initial hypothesis indicated the total inability of advertising legal control to ensure the freedom of choice, being essential for the adoption of a regulatory framework that points out the specific limits of the use of online behavioral advertising in Brazil. However, as a result of the thesis, it was identified that the general rules and also those traditionally applicable to the advertising sector already provide for traditional legal mechanisms for consumer protection. The optimization of this protection could come through the transversal analysis of the current legal regimes, as well as the adoption of specific prohibitive measures, educational actions, and the technical empowerment of consumers, through public policies guided and coordinated by the administrative structures related to the theme (SENACON, ANPD, and CADE). The methodological option adopted in this thesis was situated within the limits of the legal-dogmatic line and deductive reasoning. Due to the low production of scientific research about online behavioral advertising in the national scenario, the exploratory character was used to expand the searches for studies produced by the specialized literature in other languages through documentary research that addresses international documents, treaties, and domestic norms and foreign, as well as related court decisions.

Keywords: E-commerce. Protection of personal data. Information and Communication Technologies. Autonomy. Cyberspace. Unfair commercial practices.

LISTA DE SIGLAS

ACNUDH	Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AECD	Análise Econômica Comportamental do Direito
AED	Análise Econômica do Direito
AEPD	Autoridade Europeia para a Proteção de Dados
ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
API	Application Programming Interface
B2C	Business-to-Consumer
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBARP	Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária
CC/02	Código Civil Brasileiro de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CENP	Fórum da Autorregulação do Mercado Publicitário
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CMP	Consent Management Platform
CONAR	Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
COPPA	Children's Online Privacy Protection Act
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DAA	Digital Advertising Alliance
DMA	Data and Marketing Association
DMPs	Plataformas de Gerenciamento de Dados (sigla em inglês)
DNT	Do Not Track
DOOH	Digital Out-of home
DPDC	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
DSPs	Demand-Side Platforms
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EASA	European Advertising Standards Alliance
EDPB	Comitê Europeu de Proteção de Dados (sigla em inglês)
EFF	Electronic Frontier Foundation
ENISA	Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação
EUA	Estados Unidos da América

FGV	Fundação Getúlio Vargas
FTC	Federal Trade Commission
GAD	Grupo Agenda Digital do Mercosul
GAID	Android Advertising Identifier
GDPR	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais (sigla em inglês)
GLBA	Gramm-Leach-Bliley Act
GNI	Global Network Initiative
HIPAA	Health Insurance Portability and Accountability Act
HTML	HyperText Markup Language
HTTP	Protocolo de Transferência de Hipertexto (sigla em inglês)
IAB	Interactive Advertising Bureau
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICAS	International Council for Ad Self-Regulation
ICC	Câmara de Comércio Internacional
IDFA	Identifier for Advertisers for Apple
IEA	Inteligência Emocional Artificial
IES	Instituição de Ensino Superior
IoT	Internet of Things
ISO	Organização Internacional de Normalização
IWGDPT	Grupo de Trabalho sobre Proteção de Dados em Telecomunicações
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
MCI	Marco Civil da Internet
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MIT	Instituto de Tecnologia de Massachusetts (sigla em inglês)
MP	Medida Provisória
MPDFT	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
MPF	Ministério Público Federal
MPRJ	Ministério Público do Rio de Janeiro
NAI	Network Advertising Initiative
NFC	Comunicadores por Campo de Proximidade (sigla em inglês)
NSFNET	National Science Foundation Network
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ODS	Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

ONU	Organização das Nações Unidas
P3P	Platform for Privacy Preferences
PA	Processo Administrativo
PbD	Privacy by Design
PETs	Privacy Enhancing Technologies
PIB	Produto Interno Bruto
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio
PPTA	Privacy Preserving Targeted Advertising
RDR	Ranking Digital Rights
RESP	Recurso Especial
RTB	Real Time Bidding
SENACON	Secretaria Nacional do Consumidor
SNDC	Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
SSP	Supply Side Platforms
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TICs	Tecnologias da Informação e da Comunicação
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
UCP	Diretiva de Práticas Comerciais Desleais
UIT	União Internacional de Telecomunicações
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento
GPS	Global Positioning System
W3C	World Wide Web Consortium
WET	World Economic Forum
WP29	Grupo de Trabalho do Artigo 29 (sigla em inglês)
WTP	Willingness-to-Pay
WWW	World Wide Web

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1: A PERSPECTIVA TRANSFRONTEIRIÇA DA DISRUPÇÃO TECNOLÓGICA BASEADA EM DADOS COMPORTAMENTAIS	29
1.1 A evolução e a práxis da publicidade comportamental online	29
1.1.1 Da noção tradicional de publicidade à ambiência da comunicação orientada por dados pessoais.....	30
1.1.2 As tecnologias capazes de transformar o big data em informações valiosas	44
1.1.3 O potencial disruptivo do mercado publicitário baseado em “computação afetiva”.....	64
1.1.4 As preocupações quanto à pervasividade da predição comportamental: os riscos da Quarta Revolução Industrial.....	74
1.1.5 Síntese da primeira categoria expositiva: a complexidade tecnológica requer o acompanhamento da interface jurídico-consumerista	88
1.2 Os avanços (auto)regulatórios das tecnologias publicitárias em diferentes níveis geográficos	91
1.2.1 O sentido e o alcance do termo regulação para as temáticas do ciberespaço.....	91
1.2.2 O plano internacional: as Organizações Internacionais e as iniciativas não governamentais	103
1.2.3 O plano regional: a União Europeia, o Mercosul e as alianças transnacionais do ramo publicitário.....	114
1.2.4 O plano nacional estrangeiro: o progresso norte-americano no controle da publicidade comportamental	127
1.2.5 Síntese da segunda categoria expositiva: a inexistência de regulação específica é respaldada pela aplicação de diplomas destinados à proteção de dados	135
CAPÍTULO 2: A ABRANGÊNCIA DOS REGIMES JURÍDICOS APLICÁVEIS À DINÂMICA PUBLICITÁRIA ONLINE NO BRASIL	138
2.1 A abrangência do regime jurídico da publicidade tradicional.....	138
2.1.1 Os aspectos gerais do sistema estatal de controle publicitário	139
2.1.2 A noção teórica de fornecedor e de consumidor nas atividades publicitárias	156
2.1.3 O controle consumerista baseado na abusividade publicitária	170
2.1.4 A coordenação internacional autorregulatória realizada pelo CENP e pelo CONAR	192
2.1.5 Síntese da primeira categoria protetiva: os regimes legais e estatutários limitam o conteúdo e os meios empregados na publicidade comportamental	200
2.2 A abrangência do regime jurídico especializado no manejo comercial do superávit comportamental.....	203
2.2.1 O tratamento jurídico dos dados empregados nas práticas publicitárias.....	204
2.2.2 As peculiaridades da perfilização automatizada (para fins publicitários) na LGPD.....	227
2.2.3 Os deveres gerais dos agentes de tratamento no ramo publicitário.....	247
2.2.4 A necessária coordenação entre SENACON, ANPD e CADE na fiscalização do mercado publicitário.....	265
2.2.5 Síntese da segunda categoria protetiva: os regimes legais limitam o tratamento de dados pessoais realizado na publicidade comportamental.....	273

CAPÍTULO 3: OS DESAFIOS IMPOSTOS PELA PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL À PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR.....	277
3.1 Os desafios ligados ao consentimento como pedra angular do controle jurídico da publicidade comportamental.....	278
3.1.1 As divergências na definição jurídica e na operacionalização do consentimento informado	279
3.1.2 O que o consentimento informado representa para um público não bem-informado?.....	294
3.1.3 As “patologias” comportamentais que minam o consentimento informado como principal base jurídica da publicidade comportamental online	309
3.1.4 Síntese da primeira categoria de “zonas cinzentas”: o paradigma jurídico padrão de consentimento não é adequado para limitar eventuais práticas comerciais abusivas.....	320
3.2 Os desafios ligados à proteção da autonomia da vontade diante da potencial manipulação (tecnológica) comportamental	324
3.2.1 A construção teórica da autonomia da vontade fundada na racionalidade humana	325
3.2.2 Os limites tênues e porosos entre persuasão lícita e manipulação publicitária abusiva: Um novo problema jurídico ou não há nada de novo?	336
3.2.3 O “direito de arrependimento” como saída paliativa para a sutil “erosão” da autonomia e para as “limitações” da responsabilidade civil	349
3.2.4 Síntese da segunda categoria de “zonas cinzentas”: a proteção jurídica da autonomia é insuficiente diante da potencial manipulação publicitária comportamental.....	363
CAPÍTULO 4: OS DELINEAMENTOS SOBRE O USO EQUILIBRADO DOS DADOS PESSOAIS PARA FINS PUBLICITÁRIOS.....	367
4.1 O uso equilibrado de dados mediante a interseção analítica (e atualizadora) dos regimes jurídicos aplicáveis à publicidade comportamental	368
4.1.1 O papel do diálogo transversal entre os regimes jurídicos publicitários no equilíbrio de interesses contrapostos dos agentes econômicos.....	368
4.1.2 Complementariedade normativa como via protetiva da autonomia dos consumidores no contexto publicitário: transparência ou opacidade?.....	379
4.1.3 A adoção de uma "lista negra" de práticas publicitárias comportamentais abusivas como subsídio na otimização da proteção do consumidor	392
4.1.4 Síntese da primeira categoria conclusiva: A limitação ou proibição taxativa das técnicas publicitárias comportamentais pode reduzir as zonas cinzentas	404
4.2 O uso equilibrado de dados mediante a adoção de mecanismos tecnológicos (complementares) à proteção e ao empoderamento do consumidor	408
4.2.1 As estratégias de intervenção baseadas em nudges otimizadores do consentimento informado: corrigindo as “opções padrão” tendenciosas presentes no ciberespaço	409
4.2.2 A aplicação das tecnologias facilitadoras da privacidade (Privacy Enhancing Technologies) na seara publicitária: DNT, P3P, CYT, YourAdChoices, CMP e as certificações de privacidade...	419
4.2.3 A privacidade desde a concepção fulcrada na minimização dos dados pessoais (Privacy by Design)	430
4.2.4 Síntese da segunda categoria conclusiva: A adoção de <i>nudges digitais</i> pode aperfeiçoar o bem-estar do consumidor frente às práticas publicitárias comportamentais	439
CONCLUSÃO.....	444
REFERÊNCIAS	449

INTRODUÇÃO

A publicidade comportamental online envolve o rastreamento das atividades realizadas pelo usuário em equipamentos eletrônicos conectados à internet.¹ Tal prática comercial visa oferecer anúncios comerciais personalizados para grupos segmentados de consumidores ou para usuários individuais, previamente submetidos à perfilização comportamental, tendo como base o tratamento de uma miríade de dados.² Esses dados são coletados e processados por meio da utilização de tecnologias disruptivas que geram informações valiosas acerca do cotidiano comportamental, dos interesses e das preferências dos

¹ Nesta tese o termo “online behavioural advertising” foi traduzido para a língua portuguesa como publicidade comportamental online. Trata-se de uma escolha baseada em escritos nacionais especializados na temática. Apesar dessa escolha, pontua-se que existem outras traduções menos frequentes utilizadas como sinônimo de publicidade comportamental online, tais como: “publicidade baseada em interesses” e “segmentação comportamental online”.

² Adverte-se, também, que existem diferentes definições para publicidade comportamental online, desenvolvidas pelas instituições que estudam e regulam a temática. Três dessas organizações já emitiram definições oficiais e que se tornaram comuns na delimitação conceitual realizada em trabalhos acadêmicos. Trata-se das definições da Federal Trade Commission (FTC) dos EUA, da Câmara de Comércio Internacional (ICC) e do Article 29 Data Protection Working Party (WP 29) da União Europeia. Elas foram colacionadas abaixo porque serviram de norte para a construção desta tese:

Definição da FTC: “Online behavioral advertising involves the tracking of consumers’ online activities in order to deliver tailored advertising. The practice, which is typically invisible to consumers, allows businesses to align their ads more closely to the inferred interests of their audience. In many cases, the information collected is not personally identifiable in the traditional sense – that is, the information does not include the consumer’s name, physical address, or similar identifier that could be used to identify the consumer in the offline world. Instead, businesses generally use ‘cookies’ to track consumers’ activities and associate those activities with a particular computer or device” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. *FTC Staff Report: Self-regulatory principles for online behavioral advertising (tracking, targeting and technology)*. Washington, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/km2z3uxy>. Acesso em: 11 set. 2021, p. 2.

Definição da ICC: “The term ‘interest-based advertising’ or ‘IBA’, and also referred to as ‘online behavioural advertising’ or ‘OBA’ refers to the practice of collecting information over time on users’ online actions on a particular device across different unaffiliated websites or applications in order to create interest segments or to allocate such viewing behaviour against interest segments for the purposes of delivering advertisements to and by that web user’s interests and preferences. It pertains to advertising operations on desktop, in mobile, video or TV, social, or IoT settings, and include tracking and targeting across devices. IBA does not include quantitative ad delivery or quantitative ad reporting, or contextual advertising (e.g. advertising based on the content of the web page being visited, a consumer’s current visit to a web page, or a search query).” INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *ICC Advertising and marketing: Communications Code*. Paris: ICC, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/3vjhncp6>. Acesso em: 11 set. 2021, p. 37.

Definição do WP 29: “Behavioural advertising is advertising that is based on the observation of the behaviour of individuals over time. Behavioural advertising seeks to study the characteristics of this behaviour through their actions (repeated site visits, interactions, keywords, online content production, etc.) in order to develop a specific profile and thus provide data subjects with advertisements tailored to match their inferred interests. (...) Whereas contextual advertising and segmented advertising use ‘snap shots’ of what data subjects view or do on a particular web site or known characteristics of the users, behavioural advertising potentially gives advertisers a very detailed picture of a data subject’s online life, with many of the websites and specific pages they have viewed, how long they viewed certain articles or items, in which order, etc.” UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*. Brussels, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/8r9f923t>. Acesso em: 11 set. 2021. Documento adotado em 22 jun. 2010, p. 3-4.

consumidores.³ Trata-se, portanto, de uma ferramenta tecnológica que otimiza a oferta e a comercialização de bens de consumo em geral.

Existem inúmeros benefícios na utilização comercial da publicidade comportamental online.⁴ Por um lado, o desenvolvimento acelerado de novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) auxiliam os agentes publicitários à direcionarem anúncios relevantes para o público desejado, o que tende a aumentar as taxas de cliques e visualizações do material divulgado.⁵ Essa modalidade publicitária permitiu, pela primeira vez, a personalização individual da oferta comercial em uma escala massificada e global. Essa nova era, iniciada em meados de 2009, foi desenvolvida para entregar o anúncio certo, na hora certa, com o preço certo e para consumidores certos (identificados ou identificáveis).⁶

A união do “big data” ao poder de mineração de dados por meio de algoritmos computacionais, é capaz de realizar a análise comportamental e predizer as necessidades (atuais e/ou futuras) dos consumidores. Tal prática ocorre em ambiente digital e se beneficia da expansão da cobertura e da qualidade da internet (veja, por exemplo, a implementação do 5G),⁷ combinada com a universalização dos equipamentos eletrônicos portáteis (*smartphones, smart-watches, tablets* etc.) e de casa inteligente (assistentes virtuais e controle de equipamentos

³ A literatura jurídica costuma tratar os termos “dado” e “informação” como sinônimos. Contudo, existem diferenças sutis entre eles. Conforme anota Danilo Doneda, o dado apresenta características mais primitivas, pois ele revela fragmentos de informações desorganizadas e em estado bruto. Trata-se de uma “pré-informação”. Quando o dado é processado por humanos ou por máquinas, ou seja, quando o agente “depura o seu conteúdo”, ele se transforma em uma informação propriamente dita. O termo “informação” não possui uma definição universal. Ele pode ser notado na literatura sobre dados pessoais, nas questões ligadas ao direito à informação e à liberdade de informação. As diferenças conceituais e peculiaridades de cada termo são abordadas ao longo desta tese. DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. V. 2. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor/Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/3f49d2u2>. Acesso em: 11 set. 2021, p. 23-25.

⁴ ALBERTS, Robert J.; NILL, Alexander; POON, Percy S. Online Behavioral Targeting: What Does the Law Say? *Journal of Current Issues and Research in Advertising*, [s. l.], v. 37, n. 2, p. 95–112, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/10641734.2016.1171177>>. Acesso em: 11 set. 2021.

⁵ As TICs oferecem diferentes maneiras de acesso, de armazenamento e de transmissão de dados. Trata-se de um conjunto de recursos tecnológicos empregados de maneira integrada e visando uma finalidade comercial específica. Elas podem ser utilizadas em uma infinidade de setores, tais como na indústria, no comércio, na educação. As TICs são substanciadas em diferentes infraestruturas de comunicação que incluem hardwares, softwares, redes e equipamentos eletrônicos móveis. Trata-se de uma malha que viabiliza a integração entre pessoas e máquinas, acesso instantâneo a informação e diversos serviços. Trata-se de um conglomerado de tecnologias que promovem uma grande disrupção na sociedade contemporânea. O conceito de disrupção é explorado na seção 1.1.3, desta tese. Para aprofundar a temática das TICs, veja: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *Information and communications technology development indices*. New York: UNCTAD, 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/y443yww>. Acesso em: 13 nov. 2021; DUTTON, W. H. Computers and society. In: SMELSER, Neil J.; BALTES, Paul B. *International encyclopedia of social & behavioral sciences*. San Francisco: Elsevier, 2001. P. 2480-2487. Disponível em: <https://tinyurl.com/6wewa3kh>. Acesso em: 13 set. 2021.

⁶ OPSAHL, Kur. Google begins behavioral targeting ad program. *Electronic Frontier Foundation (EFF)*, San Francisco, 11 mar. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/3tx2p6x6>. Acesso em: 13 set. 2021.

⁷ A implementação da estrutura tecnológica do 5G ocorreu em julho de 2022. Cf. <https://tinyurl.com/44pn82ju>.

domésticos). Por outro lado, os consumidores são beneficiados com um conteúdo publicitário relevante baseado na sua navegação na internet e nos demais dados comportamentais coletados através de sensores. Eles podem usufruir à preço zero de grande parte dos serviços digitais ofertados na internet (website, aplicativos, softwares, entre outros).⁸ A publicidade comportamental passou a ser central na manutenção e custeio financeiro de muitos nichos do mercado virtual.

Enquanto o jornal impresso, o rádio, o televisor e o telefone formaram os meios tradicionais da transmissão de mensagens publicitárias, a junção de equipamentos conectados à internet favoreceu o surgimento da publicidade digital. Nesse ponto, o ecossistema publicitário virtual auxiliou o rápido crescimento de serviços oferecidos via *web*, por meio de diferentes tecnologias captadoras de dados pessoais. Esse ecossistema foi potencializado com a massificação dos dispositivos móveis que passaram, então, a funcionar como uma espécie de “suporte inovador” da atividade publicitária. Eles carregam inúmeros componentes tecnológicos que desfazem a dicotomia “físico vs. virtual” e adentram nos meandros mais íntimos da pessoa humana. Tal inovação é possível com a crescente capacidade cognitiva dos softwares e dos hardwares na mineração de dados virtuais e físicos, que até então eram incomensuráveis pelas máquinas.

A análise comportamental dos consumidores para fins publicitários, incluindo nesse rol a análise das emoções experimentadas em seus cotidianos, é um dos campos mais promissores da publicidade e do marketing, pois converge diferentes campos do conhecimento científico rumo à “desmassificação” do consumo. A perspectiva do consumidor padronizado parece estar sendo substituída pela ideia do consumidor individualizado e tangível, com uma identidade e localização certas. Esse engenho tecnológico se tornou viável com a adoção da matemática dos algoritmos.⁹ Trata-se da nova era computação, que é caracterizada pela ubiquidade e pelos desafios que impõe aos limites jurídicos da persuasão publicitária.

Nessa linha, a publicidade comportamental online levanta questões jurídicas

⁸ O manual norte-americano “Self-Regulatory Principles for Online Behavioral Advertising”, elaborado pela FTC, expõe, em suas primeiras linhas, que a publicidade comportamental online financia grande parte do conteúdo, dos aplicativos e dos serviços disponibilizados na internet. Trata-se de uma lógica econômica baseada no “preço zero”, conforme explorado com mais detalhes na seção 1.1.3, desta tese. FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). *FTC Staff Report: Self-regulatory principles for online behavioral advertising (tracking, targeting and technology)*. Washington, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/km2z3uxy>. Acesso em: 11 set. 2021. p. i-ii; em sentido semelhante, veja o comentário da IAB Brasil, sobre a relevância econômica da publicidade comportamental: ALBUQUERQUE, Juliana Nata. Dados pessoais, publicidade e autorregulamentação. IAB Brasil, São Paulo, 28 out. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/3pmeaccy>. Acesso em: 13 set. 2021.

⁹ O’NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução de Rafael Abraham. São Paulo: Rua do Sabão, 2020, p. 8.

importantes sobre o monitoramento contínuo das ações tomadas pelos consumidores. A coleta de dados não ocorre apenas por meio de *cookies* ou tecnologias de rastreamento instaladas em um *desktop*. Já existem sensores de temperatura, de frequência cardíaca e de reconhecimento biométrico pela íris, face ou impressão digital, além de uma série de hardwares capazes de extrair grande volume de dados através de microfones, câmeras, acelerômetros, giroscópios, *Global Positioning System* (GPS), *wireless*, *bluetooth*, identificadores por radiofrequência (RFID), comunicadores por campo de proximidade (NFC), entre outros.¹⁰

Esse cenário disruptivo apresenta peculiaridades distintas da publicidade *off-line*, tradicionalmente adotada no mercado de consumo. É importante pontuar que o consumidor sempre esteve sujeito a inúmeras modalidades de influências promovidas pelas técnicas de persuasão publicitária ou, em um sentido mais geral, as ações do consumidor são frequentemente afetadas (licitamente) pelas estratégias de *marketing*.¹¹ O ambiente consumerista de tomada de decisão não é - e nunca foi - incólume, pois está sujeito a diferentes influências advindas não apenas do agente persuasor, mas de todos os fatores ambientais que podem interagir com o consumidor, sejam eles de origem social e cultural, sejam eles de fontes econômicas ou políticas.

A questão central aqui não parece estar na existência da persuasão publicitária. A função central da publicidade é persuadir o seu público. Trata-se, na verdade, de compreender se essa modalidade de “influência externa” é conhecida e gerenciável pelo público alvo, pois nesse caso, em tese, há possibilidade de o consumidor neutralizá-la.^{12 13} Quando as técnicas de persuasão passam a utilizar dados pessoais para identificar as vulnerabilidades dos consumidores e, a partir daí, criar estratégias automatizadas e personalizadas para estimular o consumo, surgem questões jurídicas preocupantes que ultrapassam os eventuais abusos de um anúncio tradicional veiculado nas plataformas tradicionais.

¹⁰ TENE, Omer; POLONETSKY, Jule. To Track or 'Do Not Track': Advancing Transparency and Individual Control in Online Behavioral Advertising. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Minneapolis, v. 13, n. 1, p. 1-55, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1920505>. Acesso em: 13 set. 2021. p. 6-18; CHESTER, Jeff. Cookies Wars: How new data profiling and targeting techniques threaten citizens and consumers in the “big data” Era. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul; POULLET, Yves. (eds.). *European Data Protection: in good health?* Londres: Springer, 2012. p. 65-68.

¹¹ SANTANA, Héctor Valverde; CHERMAN, Yuri César. Publicidade invasiva: ofensa a direitos da personalidade. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 112, ano 26, p. 177-199. São Paulo: RT jul./ago. 2017.

¹² BALDWIN, Robert. From Regulation to Behavior Change: Giving Nudge the Third Degree. *The Modern Law Review*, London, v. 77, n. 6, p. 831-857, 2014.

¹³ É nessa linha que o CDC trouxe o princípio da identificação do anúncio publicitário. Quando o consumidor sabe que está diante de um anúncio publicitário, ele pode optar por desconsiderá-lo ou, ainda, analisar com “outros olhos” a influência gerada pelo anunciante na sua decisão final. É nesse meandro que se encontra uma problemática ligada à publicidade subliminar, que se incorpora aos conteúdos midiáticos para estimular comportamento do consumidor de maneira sub-reptícia. Temática desenvolvida na seção 2.1.1, desta tese.

Portanto, a premissa adotada nesta tese para diferenciar a “publicidade tradicional” da “publicidade comportamental”, está no potencial elevado dessa última de influenciar os consumidores em um nível individualizado e personalizado, partindo de suas vulnerabilidades sociais, econômicas, políticas, culturais, religiosas, entre outras. A capacidade tecnológica de desencadear a irracionalidade e as vulnerabilidades individuais é potencialmente maior que a tentativa massiva de influenciar uma coletividade de consumidores. Conforme aponta Ryan Cali, “métodos emergentes de *big data* apresentam uma maneira nova e muito mais eficiente de identificar o viés cognitivo, tentando localizar anomalias lucrativas”. (tradução nossa).¹⁴ Segundo o autor, “ao invés de criar hipóteses e testar um desvio promissor, como faria um experimentador de laboratório, as empresas podem *trabalhar ocultamente* a partir dos dados brutos”. (tradução nossa / destaque nosso).¹⁵

Isoladamente, os dados extraídos dos equipamentos eletrônicos poderiam ser considerados “irrelevantes” para as atividades publicitárias.¹⁶ A inovação pontuada nesta tese está no processamento transversal desse conglomerado de dados pelas sociedades empresárias do ramo publicitário, que compilam perfis detalhados dos usuários da internet, mediante o tratamento de dados que ocorre em segundo plano, longe dos olhos e do controle desses indivíduos.¹⁷ Além da perfilização comportamental, os dados são monetizados por meio do compartilhamento em tempo real com uma rede publicitária complexa e que atua para otimizar

¹⁴ “Emerging methods of big data present a new and vastly more efficient way to identify cognitive bias by attempting to pinpoint profitable anomalies.” CALO, Ryan. Digital market manipulation. *George Washington Law Review*, Washington, D.C., v. 82, n. 4, p. 995–1051, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/nhj6pcpx>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 1010.

¹⁵ “Rather than hypothesize and then test a promising deviation, as a lab experimenter would, firms can work backward from raw data”. Ibid.

¹⁶ Conforme aponta Laura “Dados considerados ‘irrelevantes’ ou ‘públicos’ como idade, altura, nacionalidade, os locais de moradia e de trabalho podem servir de insumo para correlações, predições e ranqueamentos acerca da personalidade do titular dos dados pessoais ou de determinados grupos sociais. Essas decisões têm a capacidade prática de determinar ‘a vida das pessoas: desde a seleção de currículos para uma vaga de emprego, chegando até os seguros, acesso ao crédito e serviços do governo’”. MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz(coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. E-book (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mp27s26>. Acesso em: 15 set. 2021.

¹⁷ Esse cenário é descrito pela literatura especializada como o “espelho unidirecional” (*the one-way mirror*). Frank Pasquale foi o idealizador deste termo que se refere a construção unilateral de perfis de consumo pelas sociedades empresárias que tratam dados pessoais. Enquanto tais agentes sabem muito sobre os consumidores, esses últimos pouco ou nada sabem sobre a coleta, perfilização ou compartilhamento dos seus dados com terceiros. Pouco sabem, também, sobre o funcionamento complexo desse ambiente publicitário disruptivo e potencialmente persuasivo das intenções de compra e consumo de conteúdo digital. O ambiente digital apresentado ao consumidor, com uma interface agradável, pode omitir uma série de ações de rastreamento comportamental realizadas em segundo plano. As primeiras linhas do Capítulo 3 apresenta ao leitor as considerações sobre “the one-way mirror”. Por enquanto, cabe referenciar a origem literária do termo: PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 9.

as estratégias de marketing. O poder preditivo dos algoritmos já consegue interpretar o estado psicológico dos consumidores por meio dos avanços da “computação afetiva”.¹⁸

A personalização minuciosa realizada pelos agentes de tratamento pode gerar dilemas acerca da discriminação abusiva de pessoas e de preços, impactar a autonomia privada e ferir a liberdade de escolha dos consumidores, na medida que as estratégias de marketing podem criar enviesamentos discriminatórios embutidos em entretenimento e notícias, que apresentam um cenário persuasivo para a pessoa ou público-alvo. Essas técnicas são conhecidas como *boxing*.¹⁹

Feita essa breve contextualização, a tese tem como *escopo principal* estudar a publicidade comportamental online enquanto prática comercial dirigida aos consumidores, seus efeitos e consequências jurídicas para o mercado de consumo. Portanto, o *recorte temático* aborda apenas os anúncios²⁰ que promovem a atividade econômica dos fornecedores e que visam estimular a circulação de produtos e serviços no ambiente digital, a partir da utilização de dados pessoais. Portanto, os anúncios tradicionais ou segmentados (publicidade contextual) estão fora do escopo desta tese porque não utilizam dados pessoais.²¹ Da mesma forma, a tese não tangencia a microsegmentação realizada em propagandas políticas, *fake news* ou a publicidade de produtos específicos, tais como aqueles nocivos à saúde humana (tabaco, bebidas alcoólicas etc.). Isso, contudo, não quer dizer que tais aplicações são irrelevantes para esta pesquisa. Ao revés, essas temáticas estão presentes em exemplificações e contextualizações realizadas ao longo do texto.

A publicidade comportamental online foi construída às margens de uma discussão

¹⁸ PICARD, Rosalind W. *Affective computing*. Cambridge: The MIT Press, 1997; PICARD, Rosalind. Toward machines with emotional intelligence. In: MATTHEWS, Gerald; ZEIDNER, Moshe; ROBERTS, Richard D. *The science of Emotional Intelligence: knows and unknowns*. New York: Oxford University Press, 2007. Cap. 16.

¹⁹ No contexto publicitário, Eli Pariser, pesquisador que idealizou o termo “boxing”, afirma que: “The basic code at the heart of the new Internet is pretty simple. The new generation of Internet filters looks at the things you seem to like - the actual things you’ve done, or the things people like you like - and tries to extrapolate. They are prediction engines, constantly creating and refining a theory of who you are and what you’ll do and want next. Together, these engines create a unique universe of information for each of us—what I’ve come to call a filter bubble—which fundamentally alters the way we encounter ideas and information.” PARISER, Eli. *The filter bubble: what the internet is hiding from you*. Londres: Penguin Books, 2011, p. 10.

²⁰ Nesta tese, empregou-se o termo “anúncio” no mesmo sentido previsto no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP), ao preceituar no seu artigo 18, que: “a palavra anúncio é aplicada em seu sentido lato, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esses efeitos, formas de publicidade. A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante.” CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. São Paulo: CONAR, 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 15 set. 2021.

²¹ Conforme delineado na seção 1.1.1, a publicidade contextual é realizada por meio do direcionamento publicitário de grandes segmentos do mercado de consumo, como, por exemplo, anúncios de automóveis em *websites* dedicados ao tema.

regulatória emergente acerca das bases legais domésticas, regionais e internacionais de fluxos de dados pessoais no ciberespaço. É nesse ponto que a *temática* da tese se concentra nos limites jurídicos da prática comercial publicitária sob o escopo das relações Business-to-Consumer (B2C).²² Essa técnica inovadora parece desafiar o paradigma da autonomia decisória dos consumidores que tomam decisões em uma arquitetura digital construída para persuadir ou manipular comportamentos. Esse fato representa um desafio à regulação jurídica, que não aborda especificamente tal prática comercial disruptiva.

A tese foi construída a partir de duas linhas cardiais, baseadas na relação de consumo e na proteção de dados pessoais, duas áreas que desempenham um papel significativo no controle jurídico das tecnologias empregadas na publicidade comportamental online. Pontua-se que esses dois regimes jurídicos têm escopos distintos.²³ Enquanto o direito do consumidor preserva a relação de consumo de possíveis irregularidades e abusividades, o regramento relativo à proteção de dados pessoais aborda os pressupostos para regular o tratamento e o fluxo dessas informações entre pessoas e máquinas.²⁴

O *recorte geográfico* abrange apenas o cenário nacional, o que significa dizer que a temática é avaliada dentro do escopo normativo nacional correlato às relações de consumo, à proteção de dados pessoais e ao comércio eletrônico, especialmente no que tange ao regramento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), do Marco Civil da Internet (MCI) e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Essa perspectiva não afasta a relevância da regulação estrangeira acerca do tema, principalmente da regulação europeia de dados pessoais, dos avanços alcançados pelas organizações internacionais e dos avanços norte-americanos no controle jurídico da publicidade comportamental.

Tanto é que uma parte das normas brasileiras abordadas nesta tese foram inspiradas e construídas a partir dos avanços estrangeiros. Nesse meandro, é patente a influência do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) na legislação nacional. A LGPD segue a tendência ocidental de harmonização com o regramento europeu. Para além disso, a temática transfronteiriça da publicidade comportamental online requer uma ampla abordagem jurídica

²² Ainda na década de 1990, Herman Benjamin indicou a importância do estudo jurídico da publicidade: “Que o jurista se interesse pela publicidade deixou de ser novidade ou de causar espanto. Em poucos anos, a atividade publicitária saiu do domínio exclusivo de economistas, sociólogos e psicólogos, convertendo-se em fenômeno com nome e espaço próprios no Direito.” BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 1-48, jan./mar. 1994, p. 18.

²³ RHOEN, Michiel. Beyond consent: improving data protection through consumer protection law. *Internet Policy Review*, Leiden, v. 5, n. 1, p. 1-15, 2015.

²⁴ BORGESIU, Frederik Zuiderveen; HELBERGER, Natali; REYNA, Agustin. The perfect match? A closer look at the relationship between EU consumer law and data protection law. *Common Market Law Rev*, v. 54, n. 5, p. 1427-1465, 2017, p. 1428.

que observe os avanços regulatórios estrangeiros, uma vez que o tema é transfronteiriço.²⁵ Nesse ponto, alerta-se que esta pesquisa não adota uma metodologia de direito comparado, mas propõe um estudo que destaca a importância das principais fontes estrangeiras responsáveis pela regulação jurídica do tema.^{26 27}

Apesar da existência de uma vasta literatura especializada em proteção de dados pessoais, que indica riscos na utilização comercial descomedida dos dados, a interligação temática com o mercado publicitário digital ainda carece de aprofundamento científico. Mesmo naquelas pesquisas que correlacionam dados pessoais com a atividade publicitária, o enfoque central está no direito à privacidade do titular de dados. Para exemplificar, pode-se citar a dissertação de Bruno Bioni²⁸ e as teses de Arthur Pinheiro Bassan²⁹ e Thiago Luís Santos Sombra, que tangenciam a interface “publicidade digital e privacidade”.³⁰ Já no contexto

²⁵ THE economic benefits of cross-border data flows. Communications from the United States. In: Annual Report of the Council (S/C/W/382). Genève, World Trade Organisation, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/3wbmc346>. Acesso em: 16 dez. 2021.

²⁶ Em determinados pontos desta pesquisa, a legislação estrangeira foi abordada para demonstrar o estado atual da regulação da publicidade comportamental online. Nesse sentido, (...) quando se deseja fazer um estudo comparado tem-se que ir muito além das normas postas, entendendo sua existência no contexto jurídico-normativo e aceitando analisar os ensinamentos doutrinários sobre o assunto, para que a desenvoltura do cunho científico da pesquisa não seja prejudicada pela limitação ditada no próprio texto da norma.” OLIVEIRA, Liliana Saraiva de. O Mercosul e a União Europeia: Uma breve comparação. *Publicações da Escola da AGU*, v. 2, n.21, p. 203-224, 2012, p. 208-209.

²⁷ Um exemplo de estudo de direito comparado na seara da proteção de dados pessoais está na obra: WACHOWICZ, Marcos. *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do Direito Comparado*. Curitiba: Gedai, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ca427>. Acesso em: 16 dez. 2021.

²⁸ A pesquisa de Bruno Bioni tem a publicidade comportamental online como fenômeno secundário de análise, pois o autor utiliza como foco principal “a função e os limites do consentimento”, dentro da temática geral da proteção de dados pessoais. A publicidade entra como exemplificação. BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021. Subtópico 1.2.2 (“A publicidade direcionada como a tônica dos modelos de negócios na internet.”) e subtópico 5.4.2.4.1.3 (“Uma lógica de risco: pontos de atenção em torno do uso da base legal do legítimo interesse a partir do exemplo do campo da publicidade direcionada.”).

²⁹ A pesquisa de Arthur Bassan está intrinsecamente ligada à temática dos direitos da personalidade e da responsabilidade civil pelo chamado “assédio de consumo”. O autor não trabalha a publicidade comportamental online como uma categoria central de análise. BASAN, Arthur Pinheiro. *O direito de proteção de dados pessoais e a busca pelo sossego na sociedade da informação: publicidades virtuais e o assédio de consumo como dano*. Tese (doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2020.

³⁰ A pesquisa de Thiago Sombra densifica a regulação do chamado “ciberespaço”, por meio da abordagem teórica sobre regulação estatal, autorregulação e coregulação. Na tese do autor, a publicidade é tida como um dos fenômenos presentes no ciberespaço e que está sujeita à regulação (chamada de “lex privacy”) e ao chamado accountability, que pode aperfeiçoar a tutela da privacidade e proteção dos dados pessoais no ambiente virtual. SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Direito à privacidade e proteção de dados no ciberespaço: a accountability como fundamento da lex privacy*. Tese (doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

estrangeiro, pode-se apontar as teses de Damian Clifford³¹ e Frederik Zuiderveen Borgesius³², que abordaram com mais fôlego os aspectos regulatórios das tecnologias publicitárias e sua interface com a proteção de dados pessoais.

Essas pesquisas apontaram que existem diferentes preocupações que permeiam o processo comercial de segmentação comportamental e que merecem atenção do jurista. Essas preocupações ainda não foram amplamente estudadas no contexto brasileiro, principalmente no que tange aos problemas jurídicos decorrentes das práticas comerciais que impactam o denominado “ciberconsumidor.”³³ Por este motivo, o enfoque central da tese está na relação de consumo desenvolvida a partir da atividade publicitária comportamental online e que pode afetar a autonomia decisória dos consumidores.

Essa pesquisa, portanto, parte da premissa de que a privacidade, assim como o direito à informação, perfaz um instrumento de garantia da autonomia privada, para que a liberdade de escolha seja - ao fim e ao cabo - preservada no contexto do comércio eletrônico. Apesar disso, as diferentes perspectivas teóricas do direito à privacidade não passaram despercebidas ao longo da tese, elas apenas não perfazem o objeto central de análise.

O afunilamento realizado nesta tese conduziu o seu autor ao seguinte problema de pesquisa: *Sob quais condições o controle jurídico da publicidade no Brasil assegura a liberdade de escolha do consumidor, frente ao avanço das tecnologias de análise comportamental online?*

A hipótese central indica que existem normas brasileiras que visam tutelar a liberdade de escolha do consumidor, mediante regimes jurídicos protetivos da autonomia da vontade no contexto da atividade comercial publicitária, seja através da existência de um arranjo normativo e institucional dedicado à proteção do consumidor, seja na recente adoção de um amplo arranjo

³¹ CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022.

³² BORGESIU, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014.

³³ A expressão “ciberconsumidor” é tradicionalmente aplicada pela literatura jurídica para identificar a categoria de consumidores que depende de plataformas tecnológicas (hardwares e softwares). Tais plataformas realizam a intermediação entre os agentes econômicos. O termo “ciber” revela, portanto, uma nova categoria de experiência de consumo. Uma espécie de ambiência relacional marcada pela transmissão de informações via equipamentos eletrônicos interconectados em uma rede mundial de computadores. Trata-se de uma ambiência que vai além da simples transação econômica e envolve uma conjuntura comunitária virtual, que conta com consumidores proativos capazes de comentar, avaliar, comparar e possuir o acesso à informação ampliado. Nessa linha, veja: SQUIRRA, Sebastião. *Cibercoms: tecnologias ubíquas, mídias pervasivas*. Porto Alegre: Buqui, 2012; SOUZA, Marcos G. *Neoconsumidor: Digital Multicanal e Global*. São Paulo: GS & MD, 2009; WIND, Yoram. *Marketing de convergência*. São Paulo: Prentice Hall, 2003.

dedicado à proteção de dados pessoais. Os objetivos fundamentais presentes, principalmente, no CDC e na LGPD, asseguram a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa humana nas relações de consumo e no tratamento de dados. Contudo, este estudo parte da premissa de que tais diplomas não conseguem cumprir seus objetivos. Isso ocorre em razão do rápido desenvolvimento de novas tecnologias disruptivas empregadas no setor publicitário comportamental, que desafia os pressupostos normativos vigentes baseados em tecnologias analógicas.

A *resposta prévia*, portanto, é condicionada à necessidade de uma intervenção normativa advinda do Estado que estabeleça, por meio de um marco regulatório, disposições limitantes do uso de dados pessoais nas práticas publicitárias postas em destaque nesta tese.

O *objetivo geral*, desse modo, consiste em analisar as questões e os instrumentos jurídicos vinculados ao uso dos recursos tecnológicos aplicáveis à publicidade comportamental, perquirindo os limites legais desejáveis para a sua utilização comercial equilibrada, diante dos desafios apresentados à proteção da liberdade de escolha do consumidor. Portanto, a tese visa mapear os problemas jurídicos do avanço tecnológico implementado no setor publicitário, para aprofundar um desses problemas, que está ligado aos desafios de assegurar a autonomia decisória do consumidor no contexto do comércio eletrônico. Para melhor responder às sutilezas contidas nesse problema de pesquisa, elencou-se 4 (quatro) objetivos específicos, diluídos nos respectivos capítulos desta tese.

O *primeiro objetivo específico* da tese visa delimitar o terreno a ser explorado. Essa tarefa foi diluída em duas seções. A primeira seção fornece o perfil histórico e técnico da seara publicitária e, por este motivo, revela uma vertente pluridisciplinar.³⁴ Objetiva-se explorar o cenário evolutivo dos novos formatos publicitários que utilizam tecnologias disruptivas baseadas no tratamento de dados pessoais, com o fim de mapear os seus efeitos nas relações de consumo formadas no ambiente digital. São esclarecidos os conceitos técnicos, os dados de investimentos do setor, os benefícios e os potenciais riscos da prática publicitária comportamental online. Adverte-se que o marketing, a publicidade e considerações sobre o comportamento do consumidor são abordados como parte do objeto de análise e não como um

³⁴ Nesse sentido, Basarab Nisolescu afirma que há diferenças entre interdisciplinariedade e pluridisciplinariedade: “A pluridisciplinaridade diz respeito ao estudo de um objeto de uma mesma e única disciplina por várias disciplinas ao mesmo tempo. (...) A interdisciplinaridade tem uma ambição diferente daquela da pluridisciplinaridade. Ela diz respeito à transferência de métodos de uma disciplina para outra.” Acerca do tema, ver: NICOLESCU, Basarab. *Um novo tipo de conhecimento: Transdisciplinariedade*. 1º Encontro Catalisador do CETRANS – Escola do Futuro USP. São Paulo: USP, 1999. Disponível em: <http://www.ufrj.br/leptrans/arquivos/conhecimento.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2019, p. 2.

campo próprio de pesquisa. Por outro lado, a segunda seção traz o perfil normativo da temática. Nessa oportunidade são mapeadas as iniciativas regulatórias e autorregulatórias, nos níveis internacional, regional e nacional estrangeiro, que indicam o status quo regulatório da temática. Todos esses pontos são os temas abordados no *capítulo 1*.

O *segundo objetivo específico* vem exposto no *capítulo 2*. Nesse ponto, avalia-se a abrangência do regime jurídico da publicidade atualmente aplicável ao contexto da publicidade comportamental, para identificar os limites das estruturas normativas correlatas à proteção do consumidor. Para tanto, a primeira seção estuda a adequação da regulação da publicidade tradicional à temática desta tese, identificando a incidência do CDC, a possível abusividade das práticas publicitárias comportamentais e a estrutura não governamental dedicada ao controle publicitário brasileiro (Cenp e Conar). Em seguida, a seção 2 investiga os impactos do novel regime jurídico protetivo dos dados pessoais na regulação da atividade publicitária, com o fim de analisar os pressupostos de aplicação e o alcance desse arcabouço jurídico na proteção do consumidor, principalmente no que tange à sua autonomia e liberdade de escolha no ciberespaço. Em se tratando de um regime jurídico distinto, fulcrado na ideia do tratamento de dados pessoais, são analisados os pressupostos para a aplicação da LGPD nas práticas publicitárias comportamentais, além da investigação acerca da estrutura institucional fragmentada responsável pelo controle e fiscalização desse setor (SENACon, ANPD e CADE).

O *terceiro objetivo específico* permanece engajado em uma análise normativa. Contudo, diferencia-se do objetivo anterior porque explora os desafios concretos impostos pela publicidade comportamental ao atual arcabouço jurídico protetivo do consumidor. A primeira seção estuda o novel regime do consentimento previsto na LGPD. As constatações são obtidas com o auxílio da literatura especializada e dos insights angariados pelo campo da economia comportamental. A abordagem também abrange os desafios à concepção normativa de autonomia, para então levantar as lacunas existentes na contenção das violações a direitos fundamentais dos consumidores. Nesse ponto, busca-se delinear os limites tênues e nebulosos entre a persuasão publicitária lícita e a potencial manipulação abusiva que pode ser promovida pelas TICs no setor publicitário. O ecossistema da publicidade fica cada dia mais próximo do domínio das tecnologias de persuasão, o que força os limites tênues da manipulação de mercado. Aponta-se que essa indefinição impacta na aplicação das estruturas normativas tradicionais na publicidade comportamental online. Portanto, o *capítulo 3* estuda as possíveis “zonas cinzentas” presentes no ordenamento jurídico, que podem acarretar uma proteção

ineficiente aos consumidores brasileiros.

Diante dos desafios identificados, o *quarto objetivo específico* visa defender uma abordagem holística (*ex ante*) entre medidas de proteção jurídica do consumidor e medidas de capacitação e empoderamento desses agentes (equilíbrio epistemológico). A primeira seção mapeia e avalia as possíveis medidas jurídicas de correção das zonas cinzentas identificadas no terceiro capítulo, para fundamentar a adoção de regras limitadoras ou proibitivas do uso comercial de determinadas tecnologias publicitárias que geram riscos à autonomia dos consumidores. A segunda seção levanta e debate as medidas tecnológicas que podem ser adotadas como suplemento protetivo dos consumidores, para reforçar o paradigma da educação para o consumo e do empoderamento desse público. A abordagem do *capítulo 4*, portanto, parte das diferentes “estratégias paternalistas” (*hard e soft*), que são analisadas de acordo com os seus pontos fortes e fracos no setor publicitário comportamental online. Nesse sentido, os três capítulos anteriores servem de aporte para: (i) compreender o *status quo* da publicidade comportamental online; (ii) identificar o alcance dos limites legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro; e, em seguida, (iii) investigar o porquê da existência de lacunas no regramento atual.

A *opção metodológica* adotada nesta tese situa-se nos limites da linha jurídico-dogmática. Isso porque se busca compreender as “(...) relações normativas nos vários campos do Direito e com a avaliação das estruturas interiores ao ordenamento jurídico.”³⁵ Nesse ponto, o “diálogo das fontes” auxilia na interpretação sistemática das normas correlatas ao tema.³⁶ Contudo, essas constatações não afastam a necessidade de pensar as relações normativas no seu aspecto externo. É justamente a opção realizada no primeiro capítulo que aborda uma vertente externa ao Direito, sobre os aspectos técnicos da publicidade e das novas tecnologias aplicáveis, tendo como aporte a literatura especializada.

O tipo de investigação mais adequado à procura por respostas ao problema de pesquisa eleito, parece ser o jurídico-prospectivo.³⁷ A justificativa está no ponto de partida da

³⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *[Re]pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 21.

³⁶ MARQUES, Claudia Lima. 25 Years to Celebrate: Horizons Reached by the 1990 Brazilian Consumer Protection Code and Horizons to Come, especially on the International Protection of Consumers. In: MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan. (orgs.) *Consumer Law and socioeconomic development: National and International dimensions*. Cham: Springer, 2017, p. 104. O “diálogo das fontes” foi aprofundado na seção 4.1.1, desta tese.

³⁷ GUSTIN, op. cit., p. 29.

investigação que consiste na análise do “estado da arte”³⁸ da publicidade comportamental no Brasil, com o objetivo de identificar “tendências futuras” na aplicação do arcabouço jurídico existente a uma nova realidade tecnológica. A prospecção é seguida da proposição, pois se questiona a adequação e a necessidade de modificação do atual quadro normativo brasileiro frente aos avanços e aos desafios impostos pelas novas práticas comerciais publicitárias. Embora as TICs façam parte da análise jurídica realizada nesta tese, foge do seu escopo o aprofundamento dos detalhes técnicos presentes em cada uma delas.

Cabe mencionar, também, que a tese contém uma pesquisa científica que parte de duas abordagens distintas, uma abordagem descritiva e outra normativa. A investigação do problema de pesquisa, inicia-se com uma abordagem descritiva baseada na construção jurídico-normativa vigente (análise predominante nos dois primeiros capítulos desta tese), conjugada com a abordagem normativa que, constatando a existência de lacunas legais, realiza uma avaliação crítica e propõe interpretações jurídicas que dizem respeito ao que a lei deveria ser, ao invés do que a lei efetivamente é (análise predominante nos dois últimos capítulos desta tese). Essa divisão didática parte da ideia da “Guilhotina de Hume”, que busca separar o exercício de prognose (descrição), do exercício mais amplo de diagnose (proscrição) ao identificar, entre alternativas previamente definidas, qual é a solução mais adequada ao caso concreto.³⁹ ⁴⁰ Para a abordagem normativa, considerações extrajurídicas se somam aos argumentos jurídicos para constatar as possíveis falhas regulatórias e, assim, aperfeiçoar as respostas que decorrerão dessa

³⁸ Para Hironaka não existe um conceito preciso de “estado da arte”. A nomenclatura decorre de uma tradução direta do denominado “state of the art.” A noção aqui empregada serve para representar “(...) uma condição de máximo desenvolvimento de uma técnica em determinado momento, e que por isso mesmo está fadado a ser superado por estágios mais avançados com o correr do tempo.” HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 116.

³⁹ Essa regra tem origem na obra “Tratado sobre a Natureza Humana”, escrita por David Hume em 1739. Trata-se de uma construção metodológica que distingue o “ser” do “dever ser”. Foi posteriormente difundida entre os economistas clássicos para fundamentar as teorias econômicas positiva e normativa que, na visão deles, possuem finalidades distintas. Tal linha de análise preceitua que “(...) proposições puramente factuais só podem levar a ou implicar em outras proposições puramente factuais e jamais em julgamentos de valor.” Para aprofundar o tema, veja: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun, 2010, p. 19.

⁴⁰ Essa também parece ser a orientação metodológica proposta por Mangabeira Unger que separa a atividade de pesquisa em um momento de “mapeamento” e outro momento de “crítica”. Nesse sentido, o autor afirma que: “O termo mapeamento pode ser entendido como uma versão devidamente revista de uma análise analógica sem maiores questionamentos, efetuada rente à realidade, ou em outras palavras, a forma de análise jurídica não implica qualquer proposição transformadora para o direito. Mapeamento é a tentativa de descrever em detalhes a microestrutura juridicamente definida da sociedade com relação a seus ideais também articulados juridicamente. O segundo momento desta prática de análise deve ser chamado de crítica, isto é, uma versão revisada do que os juristas racionalistas desprezam como sendo a transformação da análise jurídica em conflito ideológico. Sua tarefa é explorar em detalhe as relações entre os arranjos institucionais da sociedade tais como representadas pelo direito, e os ideais ou programas professados por esses arranjos institucionais, na medida em que são frustrados ou cumpridos.” UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* Verso: Londres, 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p94cdyt>. Acesso em: 16 dez. 2021, p. 130.

análise holística.⁴¹ De maneira específica, *insights* da análise econômica do direito e da economia comportamental, se encaixam à problemática jurídica para complementar a pesquisa desenvolvida nesta tese.^{42 43}

Em decorrência da baixa produção de pesquisas científicas sobre a temática no cenário nacional, o caráter exploratório foi empregado para expandir as buscas por materiais produzidos pela literatura especializada em outras três línguas (inglês, espanhol e francês). Trata-se de uma pesquisa documental e de levantamento. Cabe mencionar que o *Portal de Periódicos da CAPES*, as principais bases de dados mundiais e os bancos de teses e dissertações do CEUB e das demais Instituições de Ensino Superior (IES) no nível nacional foram consultados. O raciocínio dedutivo marca o desenvolvimento dessa pesquisa. Isso pode ser demonstrado a partir do ponto de arranque que está no campo geral (a premissa da proteção do consumidor frente às novas tecnologias), para o ponto específico delimitado nesta dissertação (a adequação das normas já existentes ao cenário fático da publicidade comportamental online).

No que tange à *contribuição desta tese* ao Programa de Doutorado do CEUB e à comunidade científica em geral, é possível afirmar que ela pode elevar a compreensão dos juristas sobre as práticas publicitárias disruptivas, servindo também de fonte de pesquisa à comunidade em geral, tendo em vista que a publicitária afeta toda a coletividade. Nesse sentido, o acréscimo de pesquisas científicas é importante para desmitificar a evolução “invisível e silenciosa” dessa prática comercial e impulsionar o engajamento científico fulcrado na

⁴¹ Contudo, Ivo Teixeira Gico Junior adverte que “(...) a distinção entre ser e dever ser não é tão pacífica quanto a Guilhotina de Hume nos faz crer, pois o contexto cultural, a ideologia, a visão política, a história do pesquisador influenciam de várias formas o objeto de estudo e a metodologia aplicada, o que pode alterar substancialmente os resultados da pesquisa.” GICO JUNIOR, op. cit., p. 19.

⁴² A tese não se propõe a adotar as metodologias econômicas empregadas nos campos da Análise Econômica do Direito (AED) e da Análise Econômica Comportamental do Direito (AECD). Entretanto, alguns estudos estrangeiros já exploraram tal plataforma de análise na temática da publicidade comportamental. Nesse sentido, veja:

BORGESIU, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014;

GOLDBERG, Samuel G; JOHNSON, Garrett A; SHRIVER, Scott K. *Regulating privacy online: an economic evaluation of the GDPR*. Working Paper 21-110. Marketing Science Institute MSI: New York, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckpy968>. Acesso em: 16 dez. 2021;

ARIDOR, Guy; CHE, Yeon-Koo; SALZ, Tobias. *The economic consequences of data privacy regulation: empirical evidence from GDPR*. Working Paper 26900. National Bureau of Economic Research: Cambridge, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w6jaj>. Acesso em: 16 dez. 2021;

LUTH, Hanneke A. *Behavioural Economics in Consumer Policy: the economic analysis of standard terms in consumer contracts revisited*. (Ph.D. in Law), Law Program, Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam, 2010.

⁴³ O candidato ao título de doutor cursou disciplinas específicas que envolvem a interface Direito e Economia (com os docentes Ivo Gico - Brasília, e Randy Picker - Chicago), além de frequentar cursos específicos que densificaram a plataforma proteção de dados e consumo na sociedade contemporânea (com os docentes Leonardo Bessa e Héctor Valverde, ambos em Brasília).

construção de políticas públicas protetivas da pessoa humana.⁴⁴ Conforme pontua Herman Benjamin, a atividade publicitária “(...) estando em toda a parte, não respeitando barreiras geográficas, políticas, culturais, étnicas e religiosas, é, indubitavelmente, um fenômeno universal.”⁴⁵ Dessa forma, “onde houver mercado massificado, afirmamos, aí também estará a publicidade. Logo, seu estudo interessa a todos os cidadãos, sem qualquer distinção.”⁴⁶

Portanto, há *relevância social e científica da pesquisa*, que destrincha os desafios postos pelo desenvolvimento tecnológico publicitário à ciência jurídica, dando especial atenção aos impactos da análise comportamental online na autonomia individual dos consumidores, tema que passou por uma revisão científica menos detalhada. Nessa linha, consultores da OCDE já afirmaram que:

Os consumidores podem estar mais sujeitos à manipulação e enfrentar ameaças à privacidade e à segurança. Questões mais recentes emergem da *publicidade comportamental online*, que usa dados pessoais para personalizar e direcionar a publicidade. Em particular, se for usado para direcionar preconceitos ou vulnerabilidades do consumidor, pode potencialmente ser usado para manipular a tomada de decisão do consumidor. Também poderia ser usado para implementar preços personalizados e outras formas de discriminação entre consumidores. No entanto, pode ser difícil identificar se e como a publicidade online está sendo usada dessa forma. Por esse motivo, *essa é uma área que pode se beneficiar potencialmente de novas pesquisas*. A ampla coleta de dados pessoais que são usados para informar a publicidade comportamental online também tem implicações para a privacidade e segurança do consumidor. Na maioria dos países da OCDE, as agências de defesa do consumidor não são as principais responsáveis por essas questões, mas podem ter um papel em garantir que tais práticas (e a divulgação de tais práticas) não sejam enganosas ou injustas.” (tradução não oficial, destaques nossos).^{47 48}

⁴⁴ Conforme mencionado na folha de rosto, a tese se propõe a trabalhar um tema que se encaixa na linha de pesquisa n. 3 do PPGD do CEUB, que “explora políticas públicas, contextos, espaços e fundamentos éticos, pessoais e patrimoniais das relações entre a sociedade e o indivíduo. A linha de pesquisa se concentra na construção de políticas públicas, por meio do direito privado ou de impactos da atuação Estatal na vida privada.” LINHAS de pesquisa. Centro Universitário de Brasília. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD). Brasília, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p89a293>. Acesso em: 17 dez. 2021.

⁴⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 1-48, jan./mar. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7cmwwd>. Acesso em: 17 dez. 2021, p. 6-7.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ No original: “Consumers may also be more prone to manipulation and face privacy and security Threats. Newer issues emerge from online behavioural advertising, which uses personal data to personalise and target advertising. In particular, if this is used to target behavioural biases or consumer vulnerabilities, it could potentially be used to manipulate consumer decision making. It could also potentially be used to implement personalised pricing and other forms of discrimination between consumers. However, it may be difficult to identify whether and how online advertising is being used in this way. For this reason, this is an area that could potentially benefit from further research. The widespread collection of personal data that is used to inform online behavioural advertising also has implications for consumer privacy and security. In most OECD countries, consumer agencies do not bear primary responsibility for these issues, but they may have a role in ensuring that such practices (and the disclosure of such practices) are not deceptive or unfair.” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Directorate for science, technology and innovation committee on consumer policy. *Summary of Roundtable on Online Advertising*. DSTI/PI(2018)12/Final. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w5den>. Acesso em: 17 dez. 2021, p. 4.

⁴⁸ A publicidade comportamental online é alvo do Projeto Going Digital da OCDE. Para acessar os dados do projeto, veja o website: <https://www.oecd.org/digital/going-digital-project/>.

O ponto central desta investigação também está correlacionado aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), da ONU. Por um lado, o potencial crescente de armazenamento e de análise de dados ajudou a aperfeiçoar a medição do progresso dos ODS e da implementação de políticas públicas nos países, para além de criar mercados baseados em dados. Por outro lado, esse mesmo potencial tecnológico fez surgir preocupações legítimas acerca dos riscos no manuseio e no processamento desse grande conglomerado de dados. Além disso, o atual quadro regulatório das atividades comerciais publicitárias parece estar fragmentado e desatualizado.

Em um Guia sobre a utilização sustentável do *big data* para a realização da Agenda 2030, a ONU entendeu que “o acesso, a análise ou outras formas de uso de dados devem ser consistentes com o Carta das Nações Unidas e com a promoção da Sustentabilidade Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).” (tradução nossa).⁴⁹ Para a ONU, o uso comercial dos dados pessoais deve visar fins legais, legítimos e justos, que ajudem na concretização desses objetivos.^{50 51} Na mesma linha, o *The Global Risks Report 2021*, elaborado no World Economic Forum (WET), destacou que as decisões automatizadas e a manipulação comportamental no cenário das tecnologias desenvolvidas na Quarta Revolução Industrial,⁵² são temas que merecem atenção acadêmica, pois geram riscos à autonomia da pessoa humana.⁵³

Portanto, a *inovação promovida nesta tese* consiste na análise transversal dos regimes jurídicos aplicáveis ao novo contexto fático apresentado pela publicidade comportamental online, o que oferece um novo ângulo de visão para a discussão dos limites legais da atividade publicitária, ponto que ainda não foi analisado de forma semelhante no contexto acadêmico

⁴⁹ “Data access, analysis or other use must be consistent with the United Nations Charter and in furtherance of the Sustainable Development Goals.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Development Group. Data privacy, ethics and protection: Guidance note on big data for achievement of the 2030 Agenda. New York: UN, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8znpjn>. Acesso em: 17 dez. 2021, p. 4.

⁵⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Development Group. Data privacy, ethics and protection: Guidance note on big data for achievement of the 2030 Agenda. New York: UN, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8znpjn>. Acesso em: 17 dez. 2021, p. 2.

⁵¹ A temática da publicidade comportamental online já foi abordada em relatórios oficiais abrangidos na Comissão Especial “Privacidade na Era Digital” das Nações Unidas. Os relatórios publicados são abordados nesta tese. Para consultá-los, veja o website: <https://tinyurl.com/9t82sybk>

⁵² Schwab menciona que: “A palavra ‘revolução’ denota uma mudança abrupta e radical. Em nossa história, as revoluções têm ocorrido quando novas tecnologias e novas formas de perceber o mundo desencadeiam uma alteração profunda nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos. Já que a história é usada como referência, as alterações podem levar anos para se desdobrarem.” Para o autor a chamada “Quarta Revolução Industrial” faz parte de uma série de inovações da automação baseada em tecnologias digitais, ciência de dados, robótica avançada e inteligência artificial. Tal Revolução já ocorre em larga escala e une tecnologias que prometem transformar diferentes áreas da sociedade. SCHWAB, Klaus. *A quarta Revolução Industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 14, 18.

⁵³ WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Risks Report 2021*. Davos: World Economic Forum, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrc3ap4n>. Acesso em: 17 dez. 2021, p. 30.

brasileiro, principalmente após a adoção da LGPD.⁵⁴

⁵⁴ Essa constatação inicial parte do levantamento bibliográfico preparado pelo candidato durante o lapso temporal de 15 de dezembro de 2020 a 15 de maio de 2022.

CAPÍTULO 1

A PERSPECTIVA TRANSFRONTEIRIÇA DA DISRUPÇÃO TECNOLÓGICA BASEADA EM DADOS COMPORTAMENTAIS

O presente capítulo tem como objetivo construir uma imagem acerca do estado atual da publicidade comportamental online. Para tanto, a problemática foi desmembrada em dois questionamentos que guiaram as primeiras linhas desta tese. A seção 1.1, refere-se ao *perfil histórico e técnico* da atividade publicitária e carrega consigo a seguinte inquietação jurídica: em que medida o desenvolvimento comercial da publicidade comportamental online demonstra a necessidade de intervenção jurídica para a proteção do consumidor?⁵⁵ A seção 1.2, por outro lado, tem como enfoque o mapeamento do *perfil jurídico* da publicidade nos cenários internacional, regional e nacional, sendo guiado por outra pergunta: quais são as medidas regulatórias (e autorregulatórias) tomadas no contexto estrangeiro, que exemplificam a necessidade de intervenção?

1.1 A evolução e a práxis da publicidade comportamental online

O objetivo da atividade publicitária é incentivar o consumo. Trata-se de uma modalidade de comunicação comercial direcionada à formação e modificação de atitudes favoráveis ao consumo. É, por natureza, massiva e persuasiva. A sua evolução está, *pari passu*, conectada ao desenvolvimento de novas Tecnologias da Comunicação e da Informação (TICs). Nos últimos anos, o setor publicitário tem alcançado âmbitos inovadores ligados à análise comportamental massificada, por meio de softwares e hardwares que empregam inteligência artificial. É nessa linha que a publicidade comportamental online, fruto da convergência de TICs, tem sido lembrada por alguns estudiosos como uma reprodução avessa da distopia *Minority Report*, escrita em 1956. A ficção científica descreve um cenário futurista, onde alguns indivíduos possuem o dom de prever o futuro e combater a criminalidade na cidade fictícia criada por Philip K. Dick.^{56 57}

⁵⁵ Diante da pluralidade de conceitos de consumidor no Código de Defesa do Consumidor (CDC), adverte-se que a presente tese emprega o conceito previsto no seu “art. 29: Para os fins deste Capítulo [práticas comerciais] e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.” A justificativa científica da escolha foi realizada na seção 2.1.2.

⁵⁶ No escrito original: DICK, Philip K. *The Minority Report*. Londres: Sfgateway, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/yh5zsrr6>. Acesso em: 20 dez. 2021;

Na versão cinematográfica: *Minority Report: a nova lei*. Direção de Steven Spielberg. Produção de Gerald R. Molen, Bonnie Curtis, Walter F. Parkes e Jan de Bont. Roteiro: Scott Frank e Jon Cohen. Universal City: Amblin Entertainment, Cruise/Wagner Productions e Blue Tulip Productions, 2002. 1 DVD (145 min.).

⁵⁷ Releituras e comentários, vinculando o contexto literário à publicidade comportamental:

SOLOVE, Daniel J. *Nothing to hide: the false tradeoff between privacy and security*. Londres, Yale University

A concretização dessa distopia no campo publicitário não guarda correlação com a seara penal. A semelhança, de fato, está no potencial disruptivo das sociedades empresárias de utilizarem novas técnicas de rastreamento virtual capazes de direcionar anúncios publicitários personalizados baseados nas atitudes diárias dos usuários da internet. A evolução desses formatos publicitários é abordada abaixo, com o objetivo de compreender o status *quo* da tecnologia e os efeitos jurídicos sobre as relações de consumo.

1.1.1 Da noção tradicional de publicidade à ambiência da comunicação orientada por dados pessoais

Existem diferentes acepções para o termo “publicidade”.⁵⁸ As variantes conceituais dependem da lente do intérprete e do campo de observação. Significados distintos podem ser encontrados inclusive dentro da mesma área do conhecimento. Na Ciência Jurídica, por exemplo, tal expressão pode ser observada sob duas perspectivas.⁵⁹ Quando utilizada para justificar a necessidade constitucional de divulgação de atos administrativos ou processuais, a publicidade recebe uma conotação normativa, principiológica.⁶⁰ Por outro lado, quando empregada para identificar a prática comercial de oferta de bens de consumo, o termo deixa de possuir conteúdo normativo e recebe um status de objeto jurídico, tutelado e limitado pelo Direito.⁶¹ A delimitação temática adotada nesta tese abrange apenas essa segunda dimensão jurídica, a publicidade como objeto jurídico.

Press, 2011, p. 202;

SMIT, Edith G.; NOORT, Guda Van; VOORELD, Hilde A.M. Understanding online behavioural advertising: user knowledge, privacy concerns and online coping behaviour in Europe. *Computers in Human Behavior*, v. 34, Amsterdam, p. 15-22, 2014, p. 15;

DOMINGUES, Izabela. *Publicidade de controle: consumo, cibernética, vigilância e poder*. Porto Alegre: Sulina, 2016, p. 239;

SANTOS, Luiza Andrade Luz Nogueira dos; SILVA, Haniel Duarte. Entre a ordem e a desordem no conto Minority Report de Philip K. Dick. *Anais do III Seminário Internacional Imagens da justiça, currículo e educação jurídica*. Pelotas, UFPEL, 2018, p. 1-10.

⁵⁸ ALPA, Guido Alpa; BESSONE Mario; ROPO, Enzo. Una política del diritto per la pubblicità commerciale. *Rivista del Diritto Commerciale*, Pádua, v. 303, n. 1, 1974. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckudt7e>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁵⁹ Conforme adverte Teresa Ancona: “Em Direito, a publicidade integra uma série de institutos como, por exemplo, toda a teoria dos registros públicos, toda a doutrina sobre marcas e os atos judiciais obrigatoriamente públicos; isso sem falar da lei, que só obriga depois de publicada.” LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 188.

⁶⁰ No nível constitucional, o princípio da publicidade aparece em alguns dispositivos da Carta Maior, aplicáveis tanto às instituições públicas quanto aos processos e procedimentos conduzidos pelas três esferas de Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário). Pontua-se, por exemplo, que o art. 5º, inciso LX, o art. 37, caput e o art. 93, inciso IX, da CRFB/88, trazem uma principiologia expressa acerca da publicidade. É importante ressaltar que mesmo dentro dessa vertente principiológica, existem diferentes níveis e aplicações de publicidade, cada qual com suas especificidades e restrições. Vide as diferentes regras relativas aos campos civil, penal e administrativo.

⁶¹ CABRAL, Luiz Cavalcanti. Aspectos jurídicos da publicidade. *Prima Facie - Direito, História e Política*, João Pessoa, v. 2, n. 2, p. 123–138, 2003, p. 129.

De acordo com a Lei brasileira n. 4.680/65, que dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário, a **publicidade ou propaganda** consiste em “qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias, produtos ou serviços por parte de um anunciante identificado”.⁶² Tal definição legal une duas formas de comunicação difusa (social) sob a mesma rubrica: publicidade e propaganda. Isso ocorre porque o setor da Comunicação Social as considera como expressões sinônimas.⁶³ Inclusive, as “Normas-padrão da atividade publicitária”, reforçam esse entendimento da paridade conceitual.⁶⁴ Para a ciência jurídica, contudo, a diferenciação entre os dois termos é essencial, uma vez que desboca na aplicação de regimes jurídicos distintos.

Apesar de algumas divergências etimológicas, a visão jurídica de **propaganda** consiste na propagação de ideias de cunho ideológico, filosófico, político, religioso ou ético.⁶⁵ A mensagem contida na propaganda não traz um contexto comercial explícito, ou seja, não visa divulgar um produto ou serviço específico. Pelo contrário, visa explorar um propósito que pode assumir diversas frentes. Exemplos podem ser observados na propaganda com fito institucional (ex. campanhas de vacinação) ou com objetivo eleitoral (ex. campanhas eleitorais). Essa última conta com um complexo arcabouço jurídico.^{66 67}

Por outro lado, a definição jurídica de **publicidade** está atrelada ao seu propósito comercial e remete o intérprete à sociedade de consumo. Ela está intimidante ligada à atividade econômica do fornecedor e visa estimular a circulação de produtos e de serviços. Meios técnicos midiáticos, tais como o jornal impresso, o rádio, o televisor, o outdoor, computadores e celulares são utilizados como veículos de divulgação da mensagem publicitária.⁶⁸ Para além da

⁶² BRASIL. *Lei n° 4.680, de 18 de junho de 1965*. Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdesmhjm>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶³ A língua inglesa comporta três termos distintos para publicidade, que são expostos no *Dictionary of Marketing terms*. São eles: *advertising, propaganda e publicity*. Contudo, os países de língua latina utilizam apenas duas palavras para dar significado aos três termos. Ocorre que em algumas áreas do conhecimento, publicidade e propaganda são considerados sinônimos. Para uma maior digressão sobre esses termos, veja: SIMÕES, Cassiano Ferreira. A publicity e a publicidade (para além da propaganda). *Comunicação, Mídia e Consumo*, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 179-200, mar., 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8bfwsx>. Acesso em: 24 dez. 2021.

⁶⁴ Conforme previsto no documento oficial: “Publicidade ou Propaganda: é, nos termos do art. 2º do Dec. n° 57.690/66, qualquer forma remunerada de difusão de ideias, mercadorias, produtos ou serviços por parte de um anunciante identificado.” Conselho Executivo das Normas-Padrão. *Normas-Padrão da atividade publicitária*. São Paulo, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p94jnk6>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁶⁵ DENARI, Zelmo. A comunicação social perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 4, p. 132-139, 1992.

⁶⁶ O regime jurídico eleitoral envolve diferentes regras, expostas na Lei n. 4.737/65 (Código Eleitoral); na Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições); na Lei n. 9.096/96 (Lei dos Partidos Políticos), entre outros documentos esparsos.

⁶⁷ Acerca da propaganda eleitoral na internet, consulte: BRITO, Auriney. *Propaganda eleitoral na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2014. Ebook. Disponível em: <https://tinyurl.com/yd8xfh8u>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁶⁸ MARTINO, Luiz C. Contribuições para o estudo dos meios de comunicação. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 13, p. 103-114, dez. 2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/bt362mmu>. Acesso em: 24 dez. 2021.

importante função informativa e de formação do consentimento do consumidor, a publicidade traz uma mensagem que identifica o seu fornecedor e visa, ao final, persuadir o consumidor. Trata-se de uma função de diferenciação do bem a partir da sua marca.

O consumo em massa gera a produção de bens iguais ou semelhantes, que apesar de serem objetivamente parecidos, são permeados por uma carga valorativa e subjetiva criada pelos fornecedores, que os diferencia.⁶⁹ O principal desafio dos publicitários está na captura da atenção do público, para que a mensagem emitida seja absorvida pelos consumidores. Esse ofício depende de diferentes técnicas científicas utilizadas para estimular o agir passional e despertar as emoções favoráveis à uma atitude de consumo.

Portanto, a única previsão legal de publicidade remete o intérprete às categorias da publicidade e propaganda como sinônimas e pertencentes ao mesmo campo de tratamento no que tange à atividade laboral do publicitário. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), apesar de regular expressamente a temática, não a conceitua. Limita-se a apontar os deveres dos fornecedores no exercício da atividade publicitária, explicitando, também, as vedações da publicidade enganosa ou abusiva.⁷⁰ Assim, é importante pontuar que a delimitação conceitual utilizada nesta tese explora apenas o campo da publicidade, excluindo, por consequência, a perspectiva jurídica da propaganda, seja ela eleitoral ou não.⁷¹

A publicidade, como campo destinado a aproximar os fornecedores e consumidores, visa reduzir as assimetrias informacionais e, com uma base científica, induz o ato de experimentar, comprar ou aderir a determinado produto ou serviço. Como carro chefe, a atividade publicitária acaba criando a própria necessidade de aquisição de novos bens de consumo através do seu potencial licitamente persuasivo. Nesse ponto, cabe alerta que a publicidade perfaz apenas uma das estratégias do **marketing**, mas não se confunde com ele.⁷²

O objetivo principal do marketing é planejar estratégias que envolvam todo o ciclo produtivo do bem de consumo, abrangendo a concepção, a oferta, a venda e o relacionamento com o cliente e com a sociedade em geral.⁷³ Trata-se do planejamento completo do “antes,

⁶⁹ BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 1-48, jan./mar. 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7cmwwd>. Acesso em: 17 dez. 2021.

⁷⁰ Temas que são destrinchados ao longo da seção 2.1, desta tese.

⁷¹ Pontua-se que os anúncios publicitários também podem ter um viés institucional ou de divulgação da atividade empresária. Nesse caso, eles continuam exercendo seu objeto comercial e não se confundem com a propaganda institucional.

⁷² SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *O marketing digital e a proteção do consumidor*. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

⁷³ A *American Marketing Association* entende que: “Marketing is the activity, set of institutions, and processes for

durante e depois” do processo de venda. A literatura menciona corriqueiramente os 4P’s do marketing, concepção desenvolvida por Jerome McCarthy e difundida por Philip Kotler.⁷⁴ O “Produto, o Preço, a Praça e a Promoção” seriam responsáveis por guiar a estratégia de manter e renovar os interesses das sociedades empresárias, preservando, ao final, a sustentabilidade e lucratividade do negócio.⁷⁵ ⁷⁶ Da mesma forma que a propaganda, considerações específicas sobre o marketing fogem do escopo desta tese.⁷⁷

Feita tal delimitação conceitual, cabe mencionar que a capacidade catalizadora do ambiente publicitário de movimentar-se conforme as tendências sociais e tecnológicas, tem sua explicação na centralidade dessa atividade no ato difuso de comunicar intenções de venda.⁷⁸

A dinamicidade do mercado exige a constante atualização das técnicas e dos meios publicitários. A compreensão da evolução desse fenômeno pode ser explicada a partir de duas perspectivas históricas: a) da transformação dos modos de produção (a industrialização); e, b) da mutação dos modos de comunicação em massa, através da evolução dos meios técnicos (as mídias).⁷⁹ ⁸⁰ Partindo dessa ideia, o surgimento da publicidade é tradicionalmente atrelado ao

creating, communicating, delivering, and exchanging offerings that have value for customers, clients, partners, and society at large.” DEFINITIONS of Marketing. American Marketing Association, Chicago, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ru3cd>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁷⁴ KOTLER, Philip. *Marketing 4.0: do tradicional ao digital*. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

⁷⁵ BRASIL, Rita Maria Carneiro. *Publicidade: entre a prática e as Teorias da Comunicação*. Tese (doutorado em Comunicação). Programa de Pós-Graduação em Comunicação. Universidade de Brasília. Brasília, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/29mc5kd3>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁷⁶ Diante da chamada “Era da Informação”, tratada ainda nesse tópico, outras teorias foram difundidas para explicar as funções do Marketing. Por exemplo, a “teoria dos 4 C’s de Robert Lauterborn”, que reúne os consumidores, o custo, a conveniência e a comunicação, revelando uma atenção maior para com o consumidor, agente que se tornou mais ativo no mercado de consumo. Nessa linha, veja o artigo pioneiro no qual o autor propôs a substituição dos 4 P’s pelos 4 C’s: LAUTERBORN, Robert. It’s time to retire McCarthy’s famous Four P’s, the Rosetta Stone of marketing education for 20 years. *Advertising age*. Chicago, 1990. Disponível em: <https://tinyurl.com/23fsrhh7>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁷⁷ Em que pese a delimitação temática, a publicidade atualmente tem uma fronteira nebulosa com as estratégias de marketing propriamente ditas, uma vez que ambas evoluíram conjuntamente com as mídias digitais e tornaram os limites conceituais mais fluidos, se comparados com a versão tradicional das mídias. A internet abriu inúmeras oportunidades para a integração entre ferramentas de marketing e de publicidade. Nesse sentido, veja: SINCLAIR, John. Advertising and media in the age of the algorithm. *International Journal of Communication*, Los Angeles, v. 10, p. 3522–3535, 2016, p. 3523; KOTLER, op. cit., p. 12.

⁷⁸ GALINDO, Daniel dos Santos. Teorias e estratégias de publicidade e propaganda. In: KUNSCH, Margarida Maria Krohling (org.). *Gestão estratégica em comunicação organizacional e relações públicas*. 2. ed., São Caetano do Sul: Difusão, 2009, p. 211-222.

⁷⁹ De acordo com Rita Carneiro: “O poder dos meios de comunicação, os seus efeitos como instrumento de ação social constituem o mote para o movimento das primeiras investigações teóricas. A centralidade dos meios, a sua ‘onipotência’ e os avanços tecnológicos associados a eles tornaram-se objetos das investigações que procuravam dar conta da influência dos meios técnicos de comunicação sobre o social. São esses trabalhos que inauguraram um conjunto de interpretações que a posteriori se reuniram no acervo que conhecemos como teorias clássicas da comunicação. Advindas de diversas áreas do conhecimento, essas pesquisas tinham em comum a preocupação com a crescente influência dos meios.” BRASIL, Rita Maria Carneiro. Op. cit., p. 35.

⁸⁰ O termo mídia (ou *media*, expressão inglesa que foi empregada durante décadas no Brasil até que recebesse

fenômeno da Revolução Industrial.⁸¹

A visão tradicional de publicidade mediante a insígnia da revolução industrial visa compreendê-la como uma expressão central do consumo em massa.⁸² Trata-se de identificar a transição de uma Revolução Agrícola que tentava superar problemas de escassez de alimentos para uma lógica mercantil da formação de mercados baseados na geração do excedente. Foi a partir da abundância de bens e serviços e da urbanização que a publicidade começou a ganhar tratamento científico e impulsionar, de maneira cíclica, a própria industrialização.⁸³ Parte da literatura especializada no tema trata o fenômeno como uma expressão intrínseca do capitalismo e, conseqüentemente da sociedade de consumo.⁸⁴ Isso, contudo, não quer dizer que as formas rudimentares de publicidade passaram despercebidas por diferentes comunidades em tempos longínquos.

A literatura especializada costuma apontar uma tabuleta de bronze que anunciava produtos de uma loja chinesa de agulhas, como o primeiro achado de divulgação comercial da história humana, ocorrida a 3.000 a.C.⁸⁵ Índícios históricos também apontam que os egípcios com os papiros e os gregos e romanos com os panfletos/pergaminhos, já exploravam a propagação da informação através de suportes físicos. Pode-se, ainda, citar um anúncio comercial costumeiramente lembrado pelos pesquisadores da área que ofertava livros religiosos na Inglaterra em tempos mais recentes (1477 d.C.).⁸⁶ Esse último, teria sido um dos

uma adaptação à língua portuguesa) pode ser utilizado como sinônimo de meios de comunicação quando esses se referirem aos meios massificados (jornal, rádio, televisão). Não se utiliza o termo mídia para os meios interpessoais de comunicação, tais como o telefone e cartas escritas.

⁸¹ DÍAZ, Julio Montero Díaz; LAFFOND, José Carlos Rueda. *Introducción a la Historia de la Comunicación Social*. Barcelona: Ariel Comunicación, 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckzedwy>. Acesso em: 20 dez. 2021, p. 19.

⁸² De acordo com Izabela Domingues em tese sobre a temática da publicidade: “(...) é possível entendermos que a publicidade tradicional largamente difundida ao longo do século XX se utiliza dos meios massivos, como a televisão, o rádio, o jornal, a revista e o cinema, entre outros, para difundir esses códigos acima mencionados e contribuir para a autorregulação dos indivíduos. (...) A publicidade dissemina estímulos consumistas, cotidianamente, sobre a vida do homem urbano e parte desses estímulos estão nas mensagens publicitárias as mais diversas e na multiplicidade dos tipos de anúncio.” DOMINGUES, Izabela. *Publicidade de controle: consumo, cibernética, vigilância e poder*. Porto Alegre: Sulina, 2016, p. 164.

⁸³ BRASIL, Rita Maria Carneiro. *Publicidade: entre a prática e as Teorias da Comunicação*. Tese (doutorado em Comunicação). Programa de Pós-Graduação em Comunicação. Universidade de Brasília. Brasília, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/29mc5kd3>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁸⁴ FONTENELLE, Isleide Arruda. *Cultura do consumo: fundamentos e formas contemporâneas*. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 55 e ss; DOMINGUES, Izabela. *Publicidade de controle: consumo, cibernética, vigilância e poder*. Porto Alegre: Sulina, 2016, 82 e ss; ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 96-97.

⁸⁵ GOODRUM, Charles A.; DALRYMPLE, Helen. *Advertising in America: the first Two Hundred Years*. New York: Harry N Amrams Inc, 1990.

⁸⁶ COLLINS, Ronald K. L.; SKOVER, David M. *Commerce & Communication*. *Texas Law Review*, Austin, v. 1, n. 4, 1993, p. 700.

primeiros anúncios publicitários beneficiados com o apoio de uma importante inovação tecnológica da época, a prensa de Johannes Gutemberg, invento que deu início a fase da reprodução mecânica do conteúdo escrito.⁸⁷

Essa nova forma tipográfica de reproduzir escritos, que anteriormente era realizada manualmente, desencadeou a comercialização de jornais e de livros. Dessa maneira, a prensa foi considerada a mola propulsora da “Revolução da Impressão”.⁸⁸ Ela funcionou como importante mecanismo de ampliação do acesso à informação e à educação, sendo considerada um divisor de águas entre Idade Média e Idade Moderna. Contudo, o surgimento tímido das linhas de produção jornalística não levaria a adoção imediata de anúncios comerciais nos jornais da época, o que ocorreria com maior vigor apenas no começo do Século XVIII.⁸⁹

Importante ressaltar que as pinturas em rochas, em muros ou em outros suportes rudimentares já davam forma à divulgação de informações mesmo em fases anteriores citadas acima.⁹⁰ O recorte histórico revela apenas um retrato desfocado das práticas publicitárias existentes em algumas comunidades arcaicas, que se utilizavam de diferentes meios e tecnologias para propagar informações e mudar coisas.⁹¹

A visão ampla de publicidade que abarca qualquer processo de comunicação direta entre pessoas ou por meio de suportes rudimentares, não faz parte da definição científica fruto da revolução industrial e com raízes eminentemente capitalistas.⁹² Nessa linha, o objetivo deste tópico parte da importância da tecnologia no desenvolvimento dos meios técnicos de comunicação, que darão vida à uma miscelânea de formatos publicitários vigentes na atualidade.

Entretanto, qualquer tentativa de categorização ou sistematização da temática aqui

⁸⁷ A prensa de Gutemberg foi desenvolvida em 1450 e consistia na utilização de placas de metal duro (matrizes), onde eram manualmente encaixadas centenas de caracteres que formariam as frases e os parágrafos dos textos a serem impressos. Sobre o tema, veja: COLPANI, Janaína. O seu trabalho só existe por causa dele: Johannes Gutemberg. Printwayy. Coluna Variedades. Lages, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdhtbdju>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁸⁸ A “reprodutibilidade” alcançada pela prensa é considerada o marco zero da comunicação social. Nesse sentido ver: BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc5u53n9>. Acesso em: 20 dez. 2021, p. 196.

⁸⁹ BRASIL, Rita Maria Carneiro. *Publicidade: entre a prática e as Teorias da Comunicação*. Tese (doutorado em Comunicação). Programa de Pós-Graduação em Comunicação. Universidade de Brasília. Brasília, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/29mc5kd3>. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 41 e ss.

⁹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 1-48, jan./mar. 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7cmwwd>. Acesso em: 17 dez. 2021, p.3.

⁹¹ Sobre a passagem de uma “sociedade tradicional” para uma “sociedade tecnológica” veja a obra: ROCHER, Guy. *Sociologia Geral 3*. Tradução de Ana Ravara. Lisboa: Presença, 1971. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ezrcs>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁹² Sobre as origens da comunicação de massa, veja: DE-FLEUR, Melvin L.; BALL-Rokeach, Sandra. *Teorias da Comunicação de massa*. Tradução de Octavio Alves Velgo. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

exposta pode incorrer no risco de pecar pela omissão ou generalização. Por este motivo, adverte-se que apenas alguns eventos históricos foram delineados abaixo como representativos das fases evolutivas da publicidade. Tais fases foram organizadas a partir das perspectivas da industrialização e da evolução das mídias. A opção realizada pelo autor desta tese dilui os eventos históricos em quatro etapas do desenvolvimento industrial e busca identificar a função preponderante da publicidade em cada um desses períodos.⁹³ Para tanto, utilizou-se a base teórica presente em Klaus Schwab para explicar a evolução do fenômeno publicitário.⁹⁴

A **primeira revolução industrial** fortaleceu a produção mecânica que já despontava em períodos anteriores ao Século XVIII, mas que ainda não representavam uma força produtiva massificada. A máquina à vapor fez um dos inventos marcantes da época no fortalecimento da produção industrial e fomentou a criação ou expansão de diferentes setores econômicos. Nesse período, houve uma expansão da atividade publicitária, realizada mediante panfletagem e anúncios comerciais em jornais e revistas, que mesclavam informações de cunho social, cultural e econômico com a presença publicitária dos anunciantes, patrocinadores desse formato físico de mídia.⁹⁵

Para além das ilustrações, os anúncios passaram a contar com fotografias. Trata-se de uma importante invenção para o aprimoramento visual do material publicitário. Pode-se compreender que os anúncios publicitários até esse momento histórico se destinavam, em sua grande parte, a informar o público. Trata-se da **função informativa** da publicidade.⁹⁶ A redução

⁹³ É preciso frisar a não-linearidade do desenvolvimento tecnológico, que é absorvido em velocidades distintas pelos agentes econômicos ao redor do Globo. Tal descompasso pode ser observado quando 10% da população mundial ainda não é abastecida com eletricidade (dado de 2019, coletado pelo Banco Mundial) e 37% não possui acesso à internet (dado de 2021, coletado pela ONU/UIT). WORLD BANK. *Energy Sector Management Assistance Program (ESMAP)*. The energy Progress Report. World Bank, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/amm7m9rr>. Acesso em: 20 dez. 2021; DESPITE Covid-19 connectivity boost, world's poorest left far behind. UN News: Global perspective Human stories. New York: United Nations, dez. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/3tf3heaa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁹⁴ Para Klaus Schwab, as novas tecnologias da informação fazem parte da “Indústria 4.0”, pois revelam a quarta fase da Revolução Industrial, marcada pelas três fases anteriores do advento da máquina de vapor, da energia elétrica e da produção automatizada baseada na inovação eletrônica. Essa nova fase faz parte de uma série de inovações da automação baseada em tecnologias digitais, ciência de dados, robótica avançada e inteligência artificial. Trata-se de uma confluência entre diversos campos científicos. SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016, p. 14.

⁹⁵ Costuma-se apontar Volney Palmer como o primeiro publicitário a criar uma agência de publicidade e propaganda em 1841, na cidade de Boston. Também foi o pioneiro a instituir a taxa de 25% de comissão dos jornais na venda de espaços publicitários, atividade que era feita apenas por corretores de propaganda. CARVALHO, Cristiane Mafacioli; CHRISTOFOLI, Márcia Pillon. Da força das mídias ao poder do conteúdo: revisão de modelos de negócios na publicidade. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação*. Brasília, v. 18, n. 3, set/dez., 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc5dtap5>. Acesso em: 20 dez. 2021, p. 4.

⁹⁶ Tendo em vista que a publicidade não é um fenômeno linear, não é possível delimitar a sua função como exclusivamente informativa. Contudo, a literatura especializada compreende a função informativa como

de assimetrias informacionais era o objetivo central, ou seja, levar ao conhecimento do receptor (o potencial consumidor) os detalhes sobre o produto, sua destinação e utilidade.

A **segunda revolução industrial** iniciada no final do Século XIX e aperfeiçoada no Século XX, produz duas grandes invenções estratégicas para uma miríade de setores. Trata-se da energia elétrica e da tecnologia de transmissão de som por ondas eletromagnéticas, que fez surgir o rádio. Tal aparelho ganhou relevância no período entre Guerras Mundiais e apenas foi empregado para a comunicação em massa na década de 1920. A partir desse momento, surge um importante meio de comunicação alternativo ao suporte físico (papel, jornal, revista). Trata-se de um meio apto a entreter um público anteriormente não abrangido pela comunicação escrita, a população não letrada.

Novas oportunidades surgiram para que a criatividade se desenvolvesse e gerasse anúncios publicitários que ultrapassassem o caráter meramente informativo, para tornar o bem de consumo atraente e diferenciado frente aos concorrentes.⁹⁷ Uma das explicações centrais para esse fenômeno está na ascendência da oferta e da produção massificada de produtos e serviços. Nesse ponto, a marca começa a ter uma importância central nas estratégias de marketing.⁹⁸ Assim, a publicidade passa a exercer cumulativamente uma **função distintiva**.

A **terceira revolução industrial** concentra a maior parte das inovações dos meios técnicos de comunicação. Nesse período há a invenção do aparelho televisor, o desenvolvimento da computação pessoal e o advento da internet. Tal período, iniciado no final do Século XX e a partir da década de 1950, gera um grande impacto disruptivo na sociedade e uma intensificação da produção industrial em massa. Nessa perspectiva, o televisor conseguiu reunir em um só formato midiático todas as inovações anteriores (a escrita jornalística, a fotografia, o rádio), o que possibilitou a criação de uma experiência imersiva inédita do telespectador.⁹⁹ Não tardaria para que a publicidade também migrasse para esse meio,

preponderante até meados de 1950. BRASIL, Rita Maria Carneiro. *Publicidade: entre a prática e as Teorias da Comunicação*. Tese (doutorado em Comunicação). Programa de Pós-Graduação em Comunicação. Universidade de Brasília. Brasília, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/29mc5kd3>. Acesso em: 20 dez. 2021, p. 58.

⁹⁷ Aqui também se destaca o uso comercial do telefone para fins publicitários. A literatura registra que a publicidade por meio de aparelho telefônico teve início na década de 1880, quando um comerciante alemão resolveu oferecer os pastéis que produzia por telefone para uma lista de clientes frequentes. Um século após, tal prática ganhou o nome de “telemarketing” porque passou a englobar não apenas a divulgação de um produto, mas o relacionamento com os clientes.

⁹⁸ Sobre a importância das marcas nessa fase, veja: CEPEDA-PALACIO, Samuel David. Alcances actuales del concepto de marca: un estudio comparativo, em la historia. *Entremado*, Cali, v. 10, n. 2, p. 128-142, 2014. Disponível em: Acesso em: 21 dez. 2021, p. 130-131.

⁹⁹ BRASIL, Rita Maria Carneiro. *Publicidade: entre a prática e as Teorias da Comunicação*. Tese (doutorado em Comunicação). Programa de Pós-Graduação em Comunicação. Universidade de Brasília. Brasília, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/29mc5kd3>. Acesso em: 20 dez. 2021, p. 62.

acarretando um entrelaçamento vitalício entre o entretenimento e a publicidade.¹⁰⁰ Além disso, a publicidade lastreada pelo comportamento, que antes era timidamente aplicada, começa agora a empregar técnicas científicas destinadas a persuadir o seu público, expondo estilos de vida, mesclando técnicas de *merchandising* e influenciando vigorosamente nas decisões de aquisição.¹⁰¹ Trata-se da **função persuasiva** da publicidade.¹⁰²

Ainda no âmbito da terceira revolução industrial e a partir da década de 1980, as inovações das TICs alcançaram um patamar tão elevado a ponto da literatura identificar tal período como a “Era da Informação”.¹⁰³ Da descoberta dos semicondutores até a computação pessoal, foram apenas algumas décadas. Em poucos anos o computador havia se tornado um item essencial na residência dos consumidores. Baseado em um conjunto de hardwares e softwares integrados sob um sistema operacional (Windows, MacOS, Linux), o PC que inicialmente era centrado na ideia do desktop e das ferramentas de produtividade (por exemplo, Excel, Word, PowerPoint e Outlook), ganha inúmeras utilidades com o desenvolvimento comercial da internet.¹⁰⁴

A nova perspectiva digital proporciona a criação de um universo paralelo que transforma a comunicação unidirecional (do emissor para o receptor) em uma plataforma interativa e plural.¹⁰⁵ Conseqüentemente, há uma mescla entre emissores e receptores da

¹⁰⁰ FONTENELLE, Isleide Arruda. *Cultura do consumo: fundamentos e formas contemporâneas*. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 75.

¹⁰¹ Nessa linha, “(...) a tecnologia e as técnicas de produção em massa já tinham atingido um nível de desenvolvimento em que um maior número de empresas produzia mercadorias de qualidade mais ou menos igual a preços mais ou menos iguais. Com isso, veio a superprodução e a subdemanda (...), tornando-se necessário estimular o mercado – de modo que a técnica publicitária mudou da proclamação para a persuasão.” VESTERGAAD, T.; SCHRODER, K. *A linguagem da propaganda*. Tradução de João Alves dos Santos. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 4.

¹⁰² A função persuasiva da publicidade é aprofundada no tópico 3.2.2, desta tese. Oportunidade que se delinea os limites lícitos da persuasão publicitária.

¹⁰³ Manuel Castells entende que o termo “informação” não é determinante para tal época, uma vez que a informação sempre foi elemento essencial para o desenvolvimento de todas as sociedades, em qualquer época, inclusive na Europa Medieval. Entretanto, o autor busca delinear a importância da informação para o desenvolvimento econômico. Conforme anotou: “(...) o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico.” CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/4ksj66re>. Acesso em: 21 dez. 2021, p.65.

¹⁰⁴ As atividades com fins lucrativos na internet eram proibidas até o início dos anos 1990, sendo autorizadas em meados de 1992, pela National Science Foundation Network (NSFNET), sediada nos EUA. Veja o relatório original da discussão em: NATIONAL SCIENCE FOUNDATION. Office of Inspector General. *OIG Review of NSFNET (Report)*. [S.l.. 1993]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8jd237>. Acesso em: 21 dez. 2021.

¹⁰⁵ Para Pierry Levy, “As realidades virtuais compartilhadas, que podem fazer comunicar milhares ou mesmo milhões de pessoas, devem ser consideradas como dispositivos de comunicação ‘todos-todos’, típicos da cibercultura” LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckzyysm>. Acesso em: 21 dez. 2021, p. 105. A abordagem dos temas “ciberespaço” e “cibercultura” foram realizadas no tópico 1.2.1, desta tese.

informação. Diversos atores, inclusive os usuários finais, transformaram-se em produtores de conteúdo e geradores de dados.¹⁰⁶

Dessa forma, da antiga hegemonia comunicacional presentes nas mídias tradicionais, surge a possibilidade de monetização dessa nova mídia colaborativa através da **publicidade cibernética**.¹⁰⁷ Foi a partir das costumeiras técnicas de envio de *e-mail marketing* (publicidade por correio eletrônico), que o universo da “web 2.0”¹⁰⁸ abriu as portas para novas formas de rentabilização do conteúdo oferecido à “preço zero”¹⁰⁹ aos consumidores. Essa rentabilidade partiu da exibição de anúncios publicitários em espaços predefinidos dos portais virtuais.¹¹⁰

A fase inicial dessa nova forma de anunciar na Web¹¹¹ também pode ser denominada de **publicidade contextual**.¹¹² O formato publicitário online se assemelhava às suas formas tradicionais, pois correlacionava o anúncio comercial ao contexto de um determinado conteúdo a ser consumido, tal como a categorização dos classificados em jornais impressos.¹¹³ No ambiente virtual, a escolha do publicitário partia do contexto temático dos portais virtuais, que já atraíam a atenção de públicos segmentados. A notícia do primeiro anúncio publicitário online é datada de outubro de 1994, em uma divulgação feita na revista online especializada em notícias sobre tecnologia, a HotWired. Na ocasião, a sociedade empresária proprietária da revista vendeu alguns “espaços em branco” do seu portal para a exibição de banners da

¹⁰⁶ DOMINGUES, Izabela. *Publicidade de controle: consumo, cibernética, vigilância e poder*. Porto Alegre: Sulina, 2016, p. 207.

¹⁰⁷ Para compreender a perspectiva conceitual da época, colaciona-se a definição de publicidade cibernética cunhada pela American Academy of Advertising em 1996: “cyberadvertising as paid advertising on the Web only including linked sites for the paid banners.” KAYE, Barbara K. *Just a click away: advertising on the internet*. Boston: Allyn and Bacon, 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/y9jh9bk9>. Acesso em: 21 dez. 2021, p. 17.

¹⁰⁸ O termo “web 2.0” foi cunhado por Tim O’Reilly em 2003, e se refere ao aperfeiçoamento da experiência de navegação na web, que viabilizou a produção de conteúdo pelos próprios usuários (internautas). A visão anterior estática, não participativa e centralizada da produção de conteúdo (Web 1.0) foi substituída pela visão da cocriação e da interatividade online por meio de blogs e redes sociais virtuais. O’REILLY, Tim. What is Web 2.0: Design patterns and business models for the next generation of software. *Blog O’REILLY*. Sebastopol. 30 set. 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s432xza>. Acesso em: 21 dez. 2021.

¹⁰⁹ A ideia de “preço zero” só é possível com a adoção da lógica econômica do mercado de dois lados, tema que foi objeto de análise na seção 1.1.3, desta tese.

¹¹⁰ EVANS, David S. The online advertising industry: Economics, evolution, and privacy. *Journal of Economic Perspectives*, Nashville, v. 23, n. 3, p. 37–60, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8h7uv9>. Acesso em: 24 dez. 2021, p. 16.

¹¹¹ A web é apenas um dos sistemas de gestão de informação que utiliza a internet (ou a rede) para transmitir dados, mediante a utilização do protocolo HTTP (Hipertext Transfer Protocol). Trata-se do espaço que viabiliza a publicação, disponibilização e acesso aos arquivos por meio de um navegador web (Chrome, Safari, Internet Explorer). A web é uma abreviatura de World Wide Web (WWW) e constitui-se como uma aplicação que funciona na internet. O tema foi aprofundado no tópico 1.1.2.

¹¹² EVANS, op. cit., p. 4.

¹¹³ Por exemplo, quando se divulga automóveis, seguros automotivos ou acessórios correlatos em uma revista ou programa de TV sobre automóveis.

AT&T.¹¹⁴

Em poucos anos, a negociação publicitária “B2B” seria aprimorada. As inúmeras possibilidades do mundo virtual fizeram surgir uma miríade de agentes intermediários, que passaram a realizar leilões automatizados dos espaços publicitários com base nas palavras-chaves mais pesquisadas pelos usuários em motores de busca. Cruzando tais dados com o número de acessos às páginas da Web.¹¹⁵ Formou-se, assim, a rede de publicidade baseada em **publicidade programática**.^{116 117} Nesse estágio, não havia a correlação direta entre segmentação da publicidade e dados pessoais, uma vez que não havia tecnologia apta para realizar esse trabalho em larga escala.¹¹⁸ A disrupção tecnológica baseada em dados pessoais viria apenas com a quarta revolução industrial.¹¹⁹ Por este motivo, o foco da publicidade na Terceira Revolução estava em criar indicadores mercadológicos com base no fluxo majoritariamente anônimo dos dados.¹²⁰

A atual e **quarta revolução industrial** está em fase de experimentação.¹²¹ Iniciada nos primeiros anos do Século XXI, ela aperfeiçoou a seara computacional, a automação de máquinas e o desenvolvimento de softwares, além de promover a integração inédita entre os sistemas físicos, digitais e biológicos. Isso revela, portanto, que após as três ondas revolucionárias anteriores,¹²² abriu-se espaço para um *tsunami* de tecnologias pervasivas

¹¹⁴ KAYE, Barbara K. *Just a click away: advertising on the internet*. Boston: Allyn and Bacon, 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/y9jh9bk9>. Acesso em: 21 dez. 2021.

¹¹⁵ BORGESIUS, Frederik Zuidereen; KRUIKEMEIR, Sanne; BORMAN, Sophie; HELBERGER, Natali. Tracking walls, Take-It-Or-Leave-It Choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation. *European Data Protection Law Review*, Berlim, v. 3, n. 3, p. 353–368, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/5ef982xt>. Acesso em: 21 dez. 2021, p. 233.

¹¹⁶ Sobre o funcionamento da rede de publicidade online veja a seção 1.1.2, desta tese.

¹¹⁷ Publicidade programática é definida pela Interactive Advertising Bureau (IAB), como “the process of executing media buys in an automated fashion through digital platforms such as exchanges, trading desks and demand-side platforms.” See IAB (2014) Programmatic 101 for Direct Sellers. INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU. *Programmatic and automation: the publishers’ perspective*. [S.l./s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrynf8w5>. Acesso em: 21 dez. 2021.

¹¹⁸ O modelo inicial de monetização dos anúncios era baseado em número de visualizações (impressões). Contudo, o modelo do custo por milhar e, posteriormente, o modelo do custo do clique também passaram a ser utilizados.

¹¹⁹ É importante frisar que nas décadas de 1980 e 1990, já havia a utilização de banco de dados físicos para a aferição de dados estatísticos utilizados pelo marketing. Para aprofundar a temática da evolução do marketing por meio da utilização dos dados pessoais dos consumidores, veja a obra: BLATTBERG, Robert C.; KIM, Byung-Do; NESLIN, Scott A. *Database Marketing: Analyzing and Managing Customers*. International Series in Quantitative Marketing. Philadelphia: Springer, 2009, p. 13 e ss.

¹²⁰ Sobre a distinção entre dados pessoais, dados anônimos e dados pseudoanônimos. veja o tópico 2.2.1, desta tese.

¹²¹ SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016, p. 19.

¹²² A expressão “terceira onda” foi cunhada por Alvin Toffler para delinear - didaticamente - a evolução dos meios de produção. A primeira onda concentra-se na geração de riqueza por meio do cultivo da terra. A segunda onda foi desenvolvida a partir da manufatura industrial e o comércio de bens. A terceira onda inova não apenas nos

capazes de beneficiar diferentes setores da sociedade em tempo recorde.¹²³ O conhecimento antes compartimentado em áreas estanques passa a convergir múltiplos campos científicos em busca da máxima inovação.¹²⁴ A publicidade também acompanhou o ritmo da inovação à medida que se utilizou das novas possibilidades oferecidas pela inovação digital. A principal vantagem observada estava na coleta de dados pessoais dos usuários que formou um grande conglomerado que aguardava ferramentas capazes de manejá-lo e transformá-lo em informações úteis e rentáveis. De maneira sub-reptícia, em meados de março de 2009,¹²⁵ a publicidade baseada em dados pessoais já estava em operação e em poucos anos transformaria diversos mercados. Tal publicidade feita sob medida, provocou um movimento de personalização do consumo e “desmassificação” do mercado.¹²⁶

Trata-se da denominada **publicidade comportamental**,¹²⁷ construída às margens de uma discussão regulatória emergente (e morosa) acerca das bases legais domésticas, regionais e internacionais de fluxos de dados. Apesar da literatura jurídica e comunicacional compreender que a publicidade online manteve o seu acentuado caráter persuasivo, é possível ir além.¹²⁸

meios de produção, mas na utilização do conhecimento e da informação como meios dominantes de geração de riquezas. Para aprofundar a teoria do autor, veja: TOFFLER, Alvin. *Terceira Onda: a morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização*. Tradução de João Tavora. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

¹²³ Tais tecnologias são trabalhadas especificamente na seção 1.1.2.

¹²⁴ A sigla corresponde às nomenclaturas das Ciências em língua inglesa: “*Nanotechnology, Information technology and Cognitive Science*.” SIMS BAINBRIDGE, William; C. ROCO, Mihail. *Managing Nano-Bio-Info-Cogno Innovations: Converging Technologies in Society*. Dordrecht: Springer, 2005.

¹²⁵ Ao implementar tal tecnologia a Google a denominou de publicidade “baseada em interesses”, não utilizando expressamente o termo publicidade comportamental online. Foi em 2009 que a Google passou da pesquisa personalizada em seus motores de busca para anúncios personalizados. Nesse sentido veja a primeira publicação da sociedade empresária sobre o tema: WOJCICKI, Susan. Making ads more interesting. *Google Official Blog*. [S.l.], 11 mar. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/4dk65mrd>. Acesso em: 21 dez. 2021.

Atualmente, a Google chama a publicidade comportamental de “publicidade personalizada”, conforme se extrai da página oficial: ID de publicidade. Google. [S.l.: 2021]. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc5fm687>. Acesso em: 21 dez. 2021.

¹²⁶ Conforme aponta Daniel Galindo, “(...) é necessário compreendermos o quanto as novas tecnologias poderão contribuir para facilitar a segmentação e a direcionalidade das mensagens, ou seja, a desmassificação dos meios e a possibilidade de uma intermediação semelhante ao processo interpessoal.” GALINDO, Daniel dos Santos. A publicidade em busca de novas configurações. *Revista Comunicação e Sociedade*, [s.l.], n. 43, p. 48-63, mar/maio, 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/3phxpvs>. Acesso em: 21 dez. 2021, p. 50.

¹²⁷ Existem diferentes classificações doutrinárias para a publicidade comportamental. Por exemplo, Linda Arcelin-Lécuyer, ao estudar o direito de publicidade no ambiente francês, compreende a publicidade contextual e a publicidade comportamental como espécies de uma categoria publicitária baseada na personalização. ARCEKIN-LÉCUYER, Linda. *Droit de la publicite*. Rennes: Presses universitaires de Rennes, 2011, p. 112.

¹²⁸ A literatura da Comunicação Social não avança para uma quarta função que vá além da função persuasiva mencionada acima. A perspectiva da vigilância é trabalhada de outras formas, como, por exemplo, na chamada “publicidade de controle” exposta na tese de Izabela Domingues, que entende a vigilância excessiva nos meios digitais como uma forma de violação da privacidade através de um “panóptico digital” perpetrados pelos “mecanismos de vigilância”. DOMINGUES, Izabela. *Publicidade de controle: consumo, cibernética, vigilância e poder*. Porto Alegre: Sulina, 2016, p. 254.

Sobre as três funções clássicas da publicidade, veja: MATTELART, Armand; MATTELART, Michèle. *Historia*

Conforme delineado no decorrer desta tese, quando se observa o potencial invasivo das técnicas publicitárias online, a problemática dos limites legais da vigilância deve ser tratada a nível de políticas públicas. Por ora, cabe mencionar que a publicidade online parece ganhar uma **função de vigilância**, que ultrapassa a antiga barreira unidirecional da comunicação para exercer o acompanhamento individualizado, personalizado e automatizado dos usuários, por meio da captura dos seus dados pessoais. Os algoritmos dão uma função social à coleta de dados, transformando-os em informações úteis e precisas. Logo, rentáveis.¹²⁹

O movimento contínuo de **monitoramento** foi intensificado com a nova onda de dispositivos portáteis conectados à internet e entre si. Eles transportam um volume expressivo de dados coletados do mundo físico para as redes virtuais. Por exemplo, os *smartphones*, os *smartwatches* e outros equipamentos *inteligentes*, possuem uma série de *softwares* e *hardwares* capazes de captar dados ambientais (sensoriais e biométricos).¹³⁰ Isso possibilita a inferência de uma série informações sobre os seus usuários. A interatividade virtual entre pessoas e entre máquinas (*internet of things*) passou a ser catalogada em grandes bancos de dados (*big data*). A partir da análise exponencial desses dados (*big data analytics*) e de sua mineração (*data mining*), cria-se um portfólio da vida de cada usuário (*profiling*). A perfilização pode ter, a critério do agente de tratamento, diferentes finalidades legítimas ou ilegítimas, publicitárias ou não.^{131 132}

Tal perspectiva fortaleceu a denominada **publicidade virtual onipresente**. Em um primeiro momento, a mídia tradicional foi responsável por propagar os anúncios por toda parte. Desde os *outdoors* que passaram a dominar espaços públicos, até os anúncios comerciais exibidos na televisão, nas revistas ou transmitidos pelas estações de rádio, o objetivo central sempre esteve na captura da atenção dos receptores da informação.¹³³ Todavia, a publicidade

de las teorías de la comunicación. Paris: La Découverte, 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p895z4>. Acesso em: 24 dez. 2021;

EVANS, David S. The online advertising industry: Economics, evolution, and privacy. *Journal of Economic Perspectives*, Nashville, v. 23, n. 3, p. 37-60, 2009.

¹²⁹ A seção 1.1.2, aborda algumas peculiaridades presentes na temática dos algoritmos.

¹³⁰ Nesse sentido, ver: YANNOPOULOS, Angelos; ANDRONIKOU, Vassiliki; VARGARIGOU, Theodora. Behavioural biometric profiling and ambient intelligence. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008.

¹³¹ Veja por exemplo a seção 1.1.4, que trabalha o caso da Cambridge Analytica, em que o conglomerado de dados pessoais foi utilizado para criar tendências e vieses empregados em campanhas eleitorais por meio de redes sociais virtuais.

¹³² Sobre a definição de dados sensíveis e de agentes de tratamento consulte a seção 2.2.

¹³³ Conforme aponta Herman Benjamin: “A publicidade é onipresente; está em todos os lugares: nos veículos de comunicação social – rádio, televisão, imprensa e cinema – nas vias públicas (através de outdoors), nos esportes, no teatro etc. Modernamente, aonde for o homem, encontrará ele a publicidade, dela não podendo fugir ou

virtual onipresente conseguiu alçar novos voos e alcançar novos espaços dinâmicos e íntimos da vida dos consumidores. Primeiramente, espalhou-se pela Web em PCs, dividindo espaço com o conteúdo transmitido pela rede mundial de computadores.¹³⁴ Agora, já está na palma das mãos dos usuários, através da mescla entre telefonia e computação portátil (telemática). A publicidade móvel passou a ser o novo ferramental tecnológico dos publicitários. Em constante crescimento, tal seara se aproveita das inovações científicas e tecnológicas identificadas sob a rubrica de **computação ubíqua**.¹³⁵

O próximo tópico explora especificamente as tecnologias pertencentes a essa categoria publicitária, que além de programática, comportamental e onipresente, também pode ser identificada como uma “publicidade de vigilância”.¹³⁶ Nessa toada, as antigas mídias tradicionais, antes vangloriadas pelo público, passaram a dividir seu estrelato com as novas e promissoras mídias digitais,¹³⁷ também denominadas de “mídias algorítmicas” por Pierre

esconder-se.” BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 1-48, jan./mar. 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7cmwwd>. Acesso em: 17 dez. 2021, p. 5.

¹³⁴ O marketing registrou uma evolução semelhante à publicidade. Quatro fases foram identificadas no desenvolvimento científico nos dois campos. Alguns autores fazem uma divisão que consiste em quatro “eras” do marketing, perspectiva que coincide com a visão proposta acima para a publicidade. Sobre a temática, ver: PINHEIRO, Duda; GULLO, José. *Comunicação integrada de Marketing*. São Paulo: Atlas, 2008; BRASIL, Rita Maria Carneiro. *Publicidade: entre a prática e as Teorias da Comunicação*. Tese (doutorado em Comunicação). Programa de Pós-Graduação em Comunicação. Universidade de Brasília. Brasília, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/29mc5kd3>. Acesso em: 20 dez. 2021, p. 106.

¹³⁵ KRUMM, John. Ubiquitous advertising: The killer application for the 21st century. *IEEE Pervasive Computing*, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 66–73, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc78e97y>. Acesso em: 24 dez. 2021, p. 66-67. Nas palavras do pesquisador: “Advertising will be the next major application for ubiquitous computing. Ads will support ubiquitous computing, and ubiquitous computing will support advertisers with ad targeting, ad feedback, customer awareness, and privacy.”

¹³⁶ Apesar da existência de obras anteriores sobre o “capitalismo de vigilância”, foi com Zuboff que houve uma densificação do fenômeno. Segundo a autora, o “capitalismo de vigilância” iniciou-se quando a sociedade empresária Google aperfeiçoou a sua rede publicitária, denominada de AdWords, e, posteriormente, com a sociedade empresária AdSense, que se propôs a explorar o “superávit comportamental” disponível gratuitamente na web. ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020, p. 20, 34, 103 e 112. Considerações mais específicas foram realizadas na seção 1.1.4, desta tese.

Sobre as construções prévias sobre o “capitalismo de vigilância”, veja: FOSTER, John Bellamy; MCCHESENEY, Robert W. Surveillance capitalism: Monopoly-Finance Capital, the Military-Industrial Complex, and the Digital Age. *Electronic Communications Surveillance*. [S.l.], v. 66, n. 3, jul./ago., 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/4p5krxhw>. Acesso em: 24 dez. 2021.

¹³⁷ MARTINO, Luís Mauro Sá. *Teoria das mídias digitais: linguagens, ambientes, redes*. Petrópolis: Vozes, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/3d97sbfk>. Acesso em: 24 dez. 2021.

Levy.^{138 139}

1.1.2 As tecnologias capazes de transformar o big data em informações valiosas

As **mídias algorítmicas** visam automatizar o fluxo de dados. Para além da difusão, reprodução e conservação unidirecional das mensagens transmitidas por meio das mídias tradicionais, o formato digital lida com o aumento exponencial da produção colaborativa e descentralizada de dados. Ela necessita, portanto, de soluções tecnológicas na gestão desse grande conglomerado denominado *big data*.¹⁴⁰ Tal desafio foi aceito pela comunidade científica, que desenvolveu ferramentas aptas a minerá-lo.

Dentre os pioneiros do *big data analytics*, destacam-se dois pesquisadores que revolucionaram a experiência de navegação online. Larry Page e Sergey Brin, escreveram um artigo científico em 1998,¹⁴¹ trazendo um protótipo de mecanismo de busca online desenvolvido com o apoio institucional da Universidade de Stanford, que prometia ultrapassar a era dos indexadores antecessores.¹⁴² Os algoritmos criados seriam aptos a indexar e rastrear todo o conteúdo existente na web.¹⁴³ A ideia inovadora estava em reunir, organizar e armazenar os dados, devolvendo-os de forma inteligente aos usuários. Tratava-se de resolver uma questão aparentemente simples aos olhos leigos, mas que ocultava um grande desafio para o Século

¹³⁸ Para Pierry Levy o termo “mídias digitais” não é a melhor nomenclatura apta a expressar as características desse meio de comunicação. Ele afirma que: “Por eu ter em mente essa transformação automática dos símbolos, eu a chamo de mídia algorítmica”. LÉVY, Pierre. Dores e delícias do universo cibercultural. Revista Sociologia. [S.l.], v. 52, 2014 apud DOMINGUES, Izabela. Mídias Algorítmicas e Internet das Coisas: impactos no Campo da Comunicação na Era da Informação Global. *Anais do XIX Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste*. Fortaleza: Intercom, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/mua8dce2>. Acesso em: 24 dez. 2021, p. 2.

¹³⁹ Existe uma outra leitura realizada a partir do paralelo entre mídias tradicionais e mídias digitais, que explica a transição do conteúdo comercializado em mídias físicas para o mundo virtual, que acaba por facilitar a cópia dos conteúdos e necessita de uma nova lógica econômica para financiar a produção do entretenimento. Considerações sobre essa vertente alternativa foram realizadas no tópico 1.1.3.

¹⁴⁰ BOYD, Danah. Big Data: Opportunities for Computational and Social Sciences. *Zephoría*. [S.l.], 17 abr. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/4s8b3ern>. Acesso em: 24 dez. 2021.

¹⁴¹ BRIN, Sergey; PAGE, Lawrence. The anatomy of a large-scale. *Computer Networks and ISDN Systems*, [s.l.], v. 30, p. 107-117, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/29fx7dun>. Acesso em: 24 dez. 2021.

¹⁴² O artigo científico traz um apêndice intitulado “Advertising and mixed motives” alertando sobre os riscos de misturar motores de busca com um modelo de negócio lucrativo baseado em publicidade, uma vez que os interesses dos usuários poderiam não coincidir com o interesse dos agentes publicitários. A mistura de pesquisa orgânica com pesquisa segmentada, trouxeram discussões judiciais sobre questões concorrenciais e de proteção do consumidor.

¹⁴³ Trata-se do chamado “PageRank”, algoritmo criado e patentado por Brin e Page em 1995. O algoritmo analisa a estrutura dos links da web e faz uma medição de importância e relevância de cada um deles, com o objetivo de aprimorar os resultados das buscas, tendo em vista o volume crescente de informações presentes na web.

XXI: “organizar as informações do mundo e torná-las universalmente acessíveis e úteis”.¹⁴⁴ Mais tarde, a solução proposta ficaria mundialmente conhecida como Google.¹⁴⁵

Tal inovação só foi possível com o desenvolvimento do aplicativo World Wide Web que roda na internet, pelo desenvolvedor Berners-Lee na década de 1990.¹⁴⁶ O aplicativo foi desenvolvido para conectar todos os sites (ou sítios) por meio de hipertexto. Para tanto, utilizou-se o protocolo de transferência de hipertexto (HTTP), que viabiliza a comunicação entre navegadores da web e servidores da web. Navegadores (browsers) são os softwares utilizados pelos usuários finais para acessar o conteúdo armazenado com os servidores da web. Esses últimos gerenciam o sistema de arquivos.¹⁴⁷ Dessa forma, os algoritmos desenvolvidos por Page e Brin conseguiram organizar o conteúdo dessa nova ferramenta comunicacional e proporcionar novas utilidades a ela.

Para além da problemática da organização dos dados na web, até pouco tempo havia uma limitação logística no seu armazenamento. A partir dos anos 2000, com a propagação do uso comercial da internet, ocorreu um aumento exponencial no volume de dados criados, a ponto de a Tecnologia da Informação enfrentar uma crise de escalabilidade dos dados. A solução para a manutenção desse grande volume de dados viria com o aumento na capacidade de armazenamento e na otimização da computação. Além disso, o barateamento dessas tecnologias provocou a terceirização do armazenamento de arquivos de pessoas físicas e jurídicas.¹⁴⁸ São as denominadas *clouds computing*.¹⁴⁹ Essa evolução ajudou na expansão do

¹⁴⁴ DA GARAGEM para o Googleplex. *Google*, [s.l., s.d.]. Disponível em: <https://about.google/our-story/>. Acesso em: 26 dez. 2021.

¹⁴⁵ Conforme apontaram os autores do artigo: “We chose our system name, Google, because it is a common spelling of googol, or 10₁₀₀ and fits well with our goal of building very large-scale search engines.” BRIN, Sergey; PAGE, Lawrence. The anatomy of a large-scale. *Computer Networks and ISDN Systems*, [s.l.], v. 30, p. 107-117, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/29fx7dun>. Acesso em: 24 dez. 2021.

¹⁴⁶ Em outubro de 1990, Berners-Lee já havia criado as três principais tecnologias da web, fundamentais até hoje na internet. São elas: “HTML: linguagem de marcação de hipertexto. A linguagem de marcação (formatação) da web; URI: Identificador Uniforme de Recursos. Uma espécie de “endereço” único e utilizado para identificar cada recurso na web. Também é comumente chamado de URL; HTTP: Protocolo de transferência de hipertexto. Permite a recuperação de recursos vinculados de toda a web.” HISTORY of the Web. World Wide Web Foundation. Washington DC, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/mv8f8ya2>. Acesso em: 3 jan. 2022.

¹⁴⁷ BERNERS-LEE, Tim. *Weaving the Web*. [S.l.]: HarperBusiness, 2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/3uwx8e5h>. Acesso em: 3 jan. 2022; BERNERS-LEE, Tim; CAILLIAU, Robert; GROFF, Jean-François ; POLLERMANN, Bernd. World-wide web: the information universe. *Internet Research*, v. 20, n. 4, p. 461-471, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2nu5e767>. Acesso em: 26 dez. 2021.

¹⁴⁸ PICKER, Randal C. Online Advertising, Identity and Privacy. John M Olin Law & Economics Working Paper n. 475 (2d series). *SSRN Electronic Journal*, v. 475, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/56xe7puy>. Acesso em: 3 jan. 2022, p. 4;

RUSSOM, Phillip. *Big Data Analytics*. TDWI Best Practices Report. 4 ed. Renton: TDWI, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8hnwn5>. Acesso em: 3 jan. 2022.

¹⁴⁹ “Cloud computing is the delivery of different “services through the Internet. These resources include tools and

big data.

Em linhas gerais, o **big data** consiste em um conjunto de dados multivariados coletados em tempo real de equipamentos conectados à internet.¹⁵⁰ Os dados são então armazenados em máquinas alocadas em espaços físicos e gerenciadas por controladores.¹⁵¹ O objetivo principal do armazenamento contínuo está em promover o tratamento adequado e a extração de informações úteis aos interessados, em tempo recorde e com uma certa confiabilidade na aferição realizada.¹⁵² Trata-se dos “4Vs” do Big Data (volume, variedade, velocidade e veracidade). A operacionalização desses bancos de dados depende de diversas ferramentas técnicas analíticas. Elas estruturam esses dados e geram valor agregado ao que seria considerado “dado morto”.¹⁵³ Ao conjunto dessas técnicas empregadas especificamente ao big data, se denomina **Big Data Analytics**.¹⁵⁴ Dentre elas, estão as análises preditivas, a mineração de dados, inteligência artificial, processamento de linguagem natural, entre outras.¹⁵⁵ Tais técnicas são trabalhadas ao longo desta seção no contexto da publicidade comportamental.

Cabe mencionar que as ferramentas técnicas analíticas operam através de **algoritmos**.¹⁵⁶ Eles funcionam como a ferramenta central no fluxo de dados. Trabalham, portanto, com o material bruto, realizando o seu manejo e a sua conversão em informações aptas a melhorar a tomada de decisões informadas, pelos usuários profissionais ou pelos consumidores. Trata-se de uma linguagem computacional que trabalha com listas de instruções

applications like data storage, servers, databases, networking, and software. Rather than keeping files on a proprietary hard drive or local storage device, cloud-based storage makes it possible to save them to a remote database. As long as an electronic device has access to the web, it has access to the data and the software programs to run it.” CLOUD COMPUTING. In: Investopedia. [S.l.: Investopeia], 28 jul. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/3rdyyker>. Acesso em: 3 jan. 2022.

¹⁵⁰ MCAFEE, Andrew; BRYNJOLFSSON. Big Data: The Management Revolution. In: *Harvard Business Review*. Cambridge, out. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/48j2u2b6>. Acesso em: 3 jan. 2022.

¹⁵¹ A expressão “computação em nuvem” é apenas figurativa, pois há um aspecto físico que permeia toda a coleta, processamento e transferência de dados. Grandes polos industriais são construídos para receber a estrutura necessária para o correto funcionamento da web. Os dados são alocados em equipamentos físicos. Sobre o tema ver a seção 1.2.1, desta tese.

¹⁵² FERGUSON, Andrew Guthrie. *The rise of Big Data policing: surveillance, race, and the future of law enforcement*. Nova York: NY University Press, 2017. *E-book* (não paginado).

¹⁵³ Antes do desenvolvimento tecnológico citado, os dados acumulados pela navegação eram considerados subprodutos da web, pois inexistia tecnologia apta a minerá-los e convertê-los em informações rentáveis. AMNESTY INTERNATIONAL. *Surveillance giants: How the business model of Google and Facebook threatens human rights*. Londres: Amnesty Internacional, 2019. Disponível em: Amnesty International. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n67b66v>. Acesso em: 3 jan. 2022, p. 10.

¹⁵⁴ RUSSOM, Phillip. *Big Data Analytics*. TDWI Best Practices Report. 4 ed. Renton: TDWI, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8hnwn5>. Acesso em: 3 jan. 2022.

¹⁵⁵ ZAKIR, Jasmine; SEYMOUR, Tom; BERG, Kristi. Big Data Analytics. *Issues in Information Systems*, v. 16, n. 2, p. 81-90, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/yfe36nbv>. Acesso em: 3 jan. 2022.

¹⁵⁶ Cabe pontuar que os algoritmos surgiram muito antes do big data. Foi Alan Turing, em 1937, que propôs e desenvolveu o primeiro algoritmo executado por meio de uma máquina. DOMINGUES, Izabela. *Publicidade de controle*. Op. Cit., p. 212-213.

aplicáveis a um *input* e que resultam em *outputs*. Tal processo se utiliza de cálculos e de probabilidades matemáticas para gerar aferições, tendo como base o histórico de dados disponível (pessoais ou não) e, cada vez mais, do aprendizado avançado de máquina (*learning machining*).¹⁵⁷ A criação de parte substancial dos algoritmos ainda depende de alguma intervenção humana. Todavia, já existe uma tendência crescente na automatização da arquitetura do algoritmo, com base em *softwares* avançados.¹⁵⁸

Nessa perspectiva, a aplicação de algoritmos nas atividades publicitárias promove o aprimoramento da comunicação entre anunciantes e receptores, tornando-a mais eficiente e barata. Reduz-se as perdas econômicas com publicidade de baixo alcance. Outros benefícios são notados na redução dos atrasos e da distância entre o recebimento da mensagem publicitária e o ato de aquisição do bem ou serviço anunciado. Enquanto as mídias tradicionais oferecem um produto ou serviço que requer uma ação posterior do consumidor, ou seja, ir até a loja física adquirir o produto ou ligar para o fornecedor e contratar um serviço, as mídias digitais unificam intenção e ação de compra no mesmo lugar e em poucos cliques.¹⁵⁹ Aproveita-se mais intensamente do aspecto persuasivo da mensagem para a concretização da transação de consumo.¹⁶⁰

O interesse comercial pela união do big data às técnicas analíticas, resultou em um mercado multimilionário, estimado em 70 bilhões de dólares.¹⁶¹ O despertar para o uso racional e estratégico dos dados, que antes encontravam-se desestruturados e sem destinação econômica, fez as sociedades empresárias investirem cada vez mais na publicidade em mídias algorítmicas. Esse investimento visa resolver o problema apontado por John Wanamaker, comerciante pioneiro nas estratégias de marketing do Século XIX, que possui a afirmação mundialmente conhecida sobre o desperdício de recursos financeiros nas atividades publicitárias: “Metade do dinheiro que gasto em publicidade é desperdiçado; o problema é que não sei qual metade”.¹⁶²

Contudo, a concretização da publicidade comportamental depende de uma grande

¹⁵⁷ O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução de Rafael Abraham. São Paulo: Rua do Sabão, 2020, p. 19.

¹⁵⁸ SURDEN, Harry. Machine learning and Law. *Washington Law Review*, v. 89, n. 1, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdd5m974>. Acesso em: 3 jan. 2022.

¹⁵⁹ SINCLAIR, John. Advertising and media in the age of the algorithm. *International Journal of Communication*, v. 10, p. 3522–3535, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4un88wup>. Acesso em: 3 jan. 2021, p. 3523.

¹⁶⁰ Sob o aspecto da persuasão e seus efeitos maléficos veja a seção 3.2.2, desta tese.

¹⁶¹ Em 2011, a receita advinda do mercado mundial do big data estava em 7 bilhões de dólares. BIG Data market size revenue forecast worldwide from 2-11 to 2027. Statista. [s.l.], 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2mx67a3t>. Acesso em: 3 jan. 2022.

¹⁶² CHAIT, Gerald. “Half the money I spend on advertising is wasted; the trouble is I don't know which half.” B2B Marketing. Londres, 18 mar. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n6nj6jz>. Acesso em: 3 jan. 2022.

infraestrutura dedicada a estruturar, organizar e monetizar esse intercâmbio informacional assentado em dados e algoritmos computacionais. Tal infraestrutura depende da aplicação de diferentes tipos de tecnologias que transformam o big data em informações valiosas, tal como apontado no título desta seção.

Para compreender esse complexo cenário tecnológico, a categorização apresentada abaixo destrincha as técnicas atualmente aplicáveis ao “ecossistema da publicidade online”, com o objetivo de facilitar a análise posterior sob a perspectiva jurídica da coleta e do tratamento desses dados, principalmente no que tange as temáticas ligadas à proteção dos dados pessoais e à privacidade dos usuários.¹⁶³

Para as finalidades acadêmicas expostas nesta tese, tais tecnologias foram subdivididas em 3 categorias distintas, formando um **tripé tecnológico** baseado na extração, divulgação dos dados e segmentação comportamental.¹⁶⁴ As categorias não são estanques ou cronológicas. Sua subdivisão é meramente didática, uma vez que as tecnologias convergem umas com as outras e podem ser aplicadas simultaneamente durante a execução das atividades publicitárias.

A **primeira categoria** se concentra na **extração dos dados** (*data collection*).¹⁶⁵ A tecnologia mais comum empregada nessa seara está no uso de “cookies”. Pequenos arquivos de texto que armazenam dados de navegação na internet. Os **cookies** foram originalmente concebidos para resolver um problema técnico. Tratava-se da “amnésia” dos servidores que armazenam os dados dos sites (sítios) da internet. Isso ocorria porque os sites são baseados em

¹⁶³ É importante registrar que nesta seção introdutória não é realizada uma classificação acerca da natureza jurídica dos dados, se pessoais ou não. Para tanto, veja a seção 2.2.

¹⁶⁴ A categorização didática exposta nesta tese sobre as tecnologias publicitárias foi inspirada na obra clássica sobre o direito à privacidade publicada em 2010, de autoria de Helen Nissenbaum. A classificação aqui construída também levou em consideração o Relatório “Working Paper on Big Data and Privacy: Privacy principles under pressure in the age of Big Data analytics”, de 2014, do Grupo de Trabalho Internacional sobre Proteção de Dados em Telecomunicações (IWGDPT). Contudo, é importante frisar que existem outras classificações, que repartem o tema em 5 categorias, tal como a tese doutoral em Direito de Zuiderveen Borgesius ou, ainda, em 6 categorias, tal como os estudos publicados por Mirielle Hildebrandt. Para consultar tais classificações, veja a seguinte bibliografia:

NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: Technology, Policy, and Social Life*. Stanford: Stanford University Press, 2010. p. 20.

INTERNATIONAL WORKING GROUP ON DATA PROTECTION IN TELECOMMUNICATIONS. *Working Paper on Big Data and Privacy: Privacy principles under pressure in the age of Big Data Analytics*. 55th Meeting 5-6 May 2014, Skopje. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycy48p9h>. Acesso em: 4 Jan. 2022. parágrafo 10.

BORGESIOUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. p. 28-79.

HILDEBRANDT, Mireille. Defining profiling: a new type of knowledge? In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008. p. 61.

¹⁶⁵ A escolha do termo “extração” foi feita intencionalmente com base na perspectiva da vigilância desenvolvida na seção 1.1.4.

protocolos de transferência de hipertexto (HTTP). Tais protocolos não têm estado, ou seja, não registram ou guardam informações dos solicitantes, apenas realizam a transação de dados. Os solicitantes (usuários), por sua vez, utilizam os navegadores da web (browsers), que são plataformas que viabilizam o acesso ao material armazenado com os servidores. Até meados dos anos 90, quando os usuários clicavam em um link específico, o servidor entregava o documento solicitado e encerrava a conexão. Caso houvesse um novo clique, o servidor não se recordava do acesso anterior daquele navegador. Por este motivo o fenômeno era denominado de amnésia. Isso representava um problema para o comércio virtual. Para usar a lógica do carrinho virtual de compras era preciso lembrar aos servidores a identidade daquele navegador que estava acessando as suas páginas.

Com os cookies, inventados em 1994 por Lou Montulli, um dos programadores do Netscape (o navegador mais famoso da época), implementou-se a tecnologia que anexa um arquivo de texto à solicitação de acesso feita ao servidor por meio do navegador. Assim, os dados contidos no arquivo de texto conseguiram corrigir a assimetria de tráfego até então existente, o que acabou viabilizando o aperfeiçoamento da web.¹⁶⁶

Existem cookies de sessão que são excluídos quando o navegador é encerrado, mas também existem cookies persistentes que são armazenados na máquina do usuário por um determinado período. Via de regra, a leitura do cookie é feita apenas pelos servidores do mesmo domínio daqueles que o alocaram no site. Entretanto, foram criados os cookies de terceiros, que são de propriedade de servidores que não estão presentes visualmente no site visitado. Eles são operados por parceiros que fazem parte de redes de anúncios ou de outros sites que coletam os dados que estão sendo gerados pelos usuários no site principal. De forma simplificada, quando o usuário navega em um site, ele pode estar sendo rastreado por uma miríade de agentes que leem os cookies que foram alocados em sua máquina e passam a acompanhá-lo na sua rotina de navegação. Os cookies de terceiro foram pioneiros na publicidade comportamental, uma vez que conseguem identificar os interesses particulares dos seus usuários, encaminhando anúncios segmentados para eles.^{167 168}

¹⁶⁶ TRAN, Minh-Dung. *Privacy Challenges in Online Targeted Advertising*. Tese (Doutorado em Informática). l'École Doctorale Mathématiques, Sciences et Technologies de l'Information, Informatique. Université de Grenoble, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p925j2z>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁶⁷ DIGITAL ADVERTISING ALIANCE. *Self-regulatory principles for online behavioral advertising*. [S.l.], 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/mpbxfprn>. Acesso em: 4 jan. 2022. p. 4.

¹⁶⁸ Aos poucos os cookies vão dando lugar a tecnologias mais modernas. A Apple já banuiu os cookies de terceiros do Safari. Por outro lado, a Google promove excluí-los até o final de 2022. Mozilla também seguiu o mesmo caminho. O discurso da retirada dos cookies parte da proteção da privacidade. Contudo, novas tecnologias estão surgindo e prometem realizar muito mais que o mero registro de dados de navegação, conforme exposto nesta

Cabe mencionar que os cookies possuem uma chave específica que identifica o navegador web, o que não se confunde com o seu conteúdo, que pode transportar lista de sites visitados, opções selecionadas, configurações predeterminadas e uma gama de outros dados de navegação. Existem cookies essenciais para a navegação na internet, pois sem eles não há como utilizar o serviço, assim como há cookies que visam promover uma melhor experiência de navegação.¹⁶⁹ Esses últimos são costumeiramente utilizados para fins publicitários.¹⁷⁰

Contudo, já existem tecnologias mais sofisticadas que estão sendo empregadas atualmente para a coleta de dados diante do avanço da Internet das Coisas (IoT).¹⁷¹ Essa nova perspectiva ultrapassa a coleta eventual e atinge o monitoramento instantâneo e contínuo dos usuários da internet. São diversas as fontes de coleta. Trata-se da perspectiva do rastreamento sistêmico. De acordo com o Grupo de Trabalho Internacional sobre Proteção de Dados em Telecomunicações (IWGDPT),¹⁷² as sociedades empresárias acompanham a rotina dos usuários por meio de diferentes tecnologias que fornecem um fluxo constante e em tempo real de dados diversos, sobre o que as pessoas pesquisam, adquirem, leem, assistem, escutam e como reagem ao conteúdo ou mensagem publicitária. Isso revela que a coleta ultrapassa o mundo online, pois vincula dados da web com os dados extraídos do mundo físico.¹⁷³ Tal fenômeno é identificado como *datafication*.¹⁷⁴

seção e nas subseqüentes. Sobre os anúncios dos cookies de terceiro, veja: KOETSIER, John. Mobile Tutorial Series – What is a Google advertising ID or GAID? Singular. [S.l.], 22 set. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s462teu>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁶⁹ A frase “promover uma melhor experiência de navegação” é corriqueiramente utilizada pelos editores dos sites para camuflar a intenção comercial na coleta dos dados ao exercer o dever de obter o consentimento dos usuários sobre a utilização dos *cookies*. Tal perspectiva é aprofundada na seção 3.1, desta tese.

¹⁷⁰ PALHARES, Felipe. Cookies: contornos atuais. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 13.

¹⁷¹ A União Internacional de Telecomunicações (UIT) aprovou recomendação para a adoção de modelo de referência arquitetônico para dispositivos de aplicações de internet das coisas (IoT). O documento foi proposto e recomendado pelo Brasil. Para consultá-lo, veja: UIT aprova recomendação sobre Internet das Coisas coordenada pelo Brasil. *Abranet Associação Brasileira de Internet*. São Paulo, 18 abr. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5bxtrsbp>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁷² O IWGDPT foi criado em 1983, também é conhecida como o “Grupo de Berlim”. Trata-se de uma entidade Internacional fundada em conjunto com a Conferência Internacional de Comissários de Proteção de Dados e Privacidade de Berlim. O Grupo adota recomendações com o objetivo de aperfeiçoar a proteção da privacidade nas telecomunicações.

¹⁷³ INTERNATIONAL WORKING GROUP ON DATA PROTECTION IN TELECOMMUNICATIONS. *Working Paper on Big Data and Privacy: Privacy principles under pressure in the age of Big Data Analytics*. 55th Meeting 5-6 May 2014, Skopje. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycy48p9h>. Acesso em: 4 Jan. 2022.

¹⁷⁴ A expressão “datafication” se refere à coleta de dados para além do ambiente virtual. A coleta por sensores e demais equipamentos registradores, que acumulam informações a ser tratadas por meio de outras tecnologias de análise e predição comportamental. Esses temas foram desenvolvidos na primeira parte deste capítulo. Conforme delineado em relatório da Anistia Internacional: “O modelo de negócios baseado em vigilância do Google e do Facebook também incentiva a “datafication” - transformando em dados muitos aspectos do mundo que nunca foram quantificados antes. Assim sendo, rastreamento começou a incluir o próprio mundo físico, como a expansão

Os cookies tradicionais não ofereciam uma visão perfeita para o rastreamento, uma vez que identificavam apenas o browser (Firefox, Safari, Internet Explorer) e não propriamente o usuário. Quando ocorria o compartilhamento do PC, a segmentação do usuário não operava de maneira satisfatória. Por este motivo, foram desenvolvidos os evercookies (ou pela forma literária “cookies zumbis”), que possibilitam rastrear os usuários quando eles utilizam diferentes navegadores ou dispositivos para acessar a web, com base na análise do conjunto de preferências peculiares de cada um deles. São fixados em vários locais da máquina e se assemelham a tentativa de hacking de computadores, uma vez que são de difícil exclusão.¹⁷⁵

Ao lado dos cookies foram desenvolvidos os arquivos *Javascript*, que visavam o amplo acesso ao histórico de navegação dos usuários, objetos em cache e outros dados de navegação. Para além deles, os cookies Flash foram implementados para criar um conglomerado mais sólido de dados, uma vez que essa técnica conseguia resgatar cookies já excluídos pelos usuários. Eles se fixam na máquina dos usuários em locais diferentes daqueles onde são localizados os dados do navegador. O usuário não consegue controlar tais cookies e eles não possuem uma data de validade, por esse motivo foram denominados de “persistentes.”¹⁷⁶ Mesmo quando excluídos, atualizações automáticas conseguem reavivar dados pretéritos.¹⁷⁷ Tais características levaram a literatura a denominá-los de *supercookies*.¹⁷⁸ Tal tecnologia foi utilizada durante muitos anos por algumas empresas na tentativa de driblar as opções de privacidade realizadas pelos usuários quando excluía os cookies não essenciais

da 'Internet das coisas' cria um mundo físico cravejado de sensores ambientais. Isso inclui o interior das casas das pessoas por meio do uso de assistentes domésticos, como o Google Assistant e o Portal do Facebook, e sistemas domésticos inteligentes que conectam vários dispositivos, como telefones, TVs e sistemas de aquecimento. Cada vez mais, a extração de dados também se estende espaços públicos por meio de infraestrutura de 'cidade inteligente' projetada para coletar dados em uma área urbana. O Facebook está até desenvolvendo uma tecnologia que permitiria rastrear o interior do cérebro humano.” (tradução nossa). AMNESTY INTERNATIONAL. *Surveillance giants: How the business model of Google and Facebook threatens human rights*. Londres: Amnesty Internacional, 2019. Disponível em: Amnesty International. [S.l: s.n.], 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n67b66v>. Acesso em: 3 jan. 2022, p. 12-13.

¹⁷⁵ JUJLOW, Tomasz; CARELA-ESPAÑOL, Valentín; SOLÉ-PARETA, Josep; BERLET-ROS, Pere. A Survey on Web Tracking: Mechanisms, Implications, and Defenses. *IEEE*. V. 105, n. 8, p. 1-34, aug. 2017. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/7872467>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁷⁶ MARTIN, Kirsten. Data aggregators, consumer data, and responsibility online: Who is tracking consumers online and should they stop? *Information Society*. V. 32, n. 1, p. 51-63, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc22d6u4>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁷⁷ Em 31 de dezembro de 2020, o plugin Flash Player foi oficialmente descontinuado, pois tornou-se obsoleto diante de novos padrões como o HTML5. DUFFY, Clare. O Adobe Flash Player está oficialmente morto e bloqueado. *CNN Brasil*. Business. Brasília, 7 jan. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/fyauuetj>. Acesso em: 4 jan. 22.

¹⁷⁸ CASTELLUCCIA, Claude. Behavioural tracking on the internet: a technical perspective. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul; POULLET, Yves. (eds.). *European Data Protection: in good health?* Londres: Springer, 2012, p. 24-25.

como opção padrão.¹⁷⁹

Existem outras maneiras de coletar os dados de navegador da web, que podem ser ainda mais invisíveis ao usuário leigo. Os **web beacons** ou web bugs consistem em código de 1 (um) pixel invisível a olho nu, que são fixados nas páginas da web para registrar movimentações do cursor pela tela,¹⁸⁰ analisar taxa de cliques, identificar se um e-mail marketing foi aberto, ler cookies instalados na máquina, dentre outras funções.¹⁸¹ Ao lado deles, há o **browser fingerprinting** (impressão digital do navegador). Tal tecnologia consiste na análise automatizada de dados básicos e técnicos do navegador web, tais como localização, fuso horário, fonte e tamanho de texto utilizados, resolução de tela, configurações e versões do software/hardware instalado na máquina. Esses dados são reunidos em *scripts* e repassados por padrão aos servidores da web, para adequar o conteúdo a ser exibido de uma página acessada. A união desse quebra-cabeça gera uma imagem única de um dispositivo distinto dos demais, sem acessar qualquer dado pessoal do usuário.¹⁸² A partir dessa coleta aparentemente desinteressada, ganha-se destinação econômica com os agentes publicitários.

Há ainda a **Inspeção profunda de pacotes** (Deep Packet Inspection - DPI), que consiste em interceptar os dados que transitam pelos roteadores de internet ou outros

¹⁷⁹ Em Relatório do Senado norte-americano sobre o tema, firmou-se que: “(...) despite some interest by browser developers to block certain types of cookies, this does not always lead to better consumer privacy. For example, when Apple announced that its Safari browser’s default setting would block third-party cookies, Google used a ‘workaround’ that enabled it to place cookies despite the default setting. Google ultimately agreed to pay a \$22.5 million fine to the FTC for that ‘deceptive’ practice.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Senate. *Online advertising and hidden hazards to consumer security and data privacy*. Report. Washington, D.C., 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p889c9j>. Acesso em: 4 jan. 2022. p. 13.

¹⁸⁰ O interesse pelas movimentações do cursor de tela está no seu potencial comprovado de revelar com precisão o movimento dos olhos do usuário. O rastreamento dos movimentos do mouse pode ser utilizado para inferir em quais campos da tela o usuário dispense maior atenção. Com base nessa informação, vários outros dados podem ser inferidos. Nesse sentido, veja o estudo empírico sobre esse tema: NAVALPAKKAM, Vidhya; JENTZSCH, LaDawn; SAYRES, Rory; RAVI, Sujith; AHMED, Amr; SMOLA, Alex. Measurement and modeling of eye-mouse behavior in the presence of nonlinear page layouts. *WWW’13: Proceedings of the 22nd international conference on World Wide Web*. May, 2013, p. 953-964. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8k5v4d>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁸¹ Cabe mencionar que “Web bugs are different from cookies, because they are designed to be invisible to the user and are not stored on a user’s computer. This means that without inspecting a webpage’s underlying html code, a customer cannot know they are being tracked. Web bugs allow advertisers to track customers as they move from one webpage to another. They also allow advertisers to document how far a website visitor scrolls down a page. Combined, this means they are very helpful in determining website visitor interests. Web bugs are widely used on commercial websites.” GOLDFARB, Avi; TUCKER, Catherine E. Privacy Regulation and Online Advertising. *Management Science*, v. 57, n. 1, p. 57-71, jan. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/3wr7nzff>. Acesso em: 4 jan. 2022. p. 7.

¹⁸² Pontua-se, também, que “Fingerprinting uses more permanent identifiers such as hardware specifications and browser settings. This is equivalent to tracking a bird by its song or feather markings, or a car by its license plate, make, model, and color. In other words, metrics that are harder to change and impossible to delete.” SEE how trackers view your browser. Cover Your Tracks Project. *Electronic Frontier Foundation (EFF)*. [S.l., s.d.]. Disponível em: <https://coveryourtracks.eff.org/learn>. Acesso em: 4 jan. 2022.

dispositivos conectados à rede.¹⁸³ Tal tecnologia permite que os provedores de acesso à internet monitorem o conteúdo dos pacotes que são transferidos pela rede em tempo real pelos usuários. Dentre as diversas finalidades da análise dos pacotes, como, por exemplo, bloquear determinados conteúdos proibidos em um país ou pelos gestores da rede, está o seu potencial comercial de utilizar os dados que aí transitam para a publicidade comportamental.¹⁸⁴ Os softwares analisam, para além de detalhes de histórico de sites visitados, o conteúdo presente dentro desses pacotes, ou seja, consegue-se ler o corpo de e-mails, inspecionar conteúdo e arquivos visualizados, buscas realizadas, produtos adquiridos, dentre outros. Encaixa-se, então, anúncios direcionados em tempo real durante esse tráfego online e personaliza-se a navegação de acordo com os dados coletados.¹⁸⁵ De acordo com Berners-Lee há uma problemática grave na utilização desses dados que estão sob a proteção do sigilo das comunicações. O autor vai além e afirma que o conteúdo da web pode revelar muito sobre uma pessoa e prejudicá-la em sua esfera íntima, uma vez que: “as URLs que as pessoas usam revelam muito sobre suas vidas, amores, ódios e medos. Este é um material extremamente sensível.” (tradução nossa).^{186 187}

As tecnologias de coleta não se limitam ao desktop. São amplamente utilizadas em um dos campos mais promissores da nova dimensão da web: os smartphones, tablets e demais equipamentos inteligentes.¹⁸⁸ Tais equipamentos possuem uma série de hardwares capazes de extrair grande volume de dados através de microfones, câmeras, acelerômetros, giroscópios, GPS, wireless, bluetooth, identificadores por radiofrequência (RFID), comunicadores por campo de proximidade (NFC), sensores de temperatura, de frequência cardíaca e de reconhecimento da íris. Possuem também softwares que operam esse conjunto de equipamentos

¹⁸³ KUEHN, Andreas; MUELLER, Milton. Profiling the Profilers: Deep Packet Inspection and Behavioral Advertising in Europe and the United States. *SSRN*. Set. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2njtm2um>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁸⁴ “A internet é uma rede eletrônica que distribui informações de aplicativos em pacotes e os envia entre computadores por fios e mídias sem fio, de acordo com protocolos (regras) simples conhecidos por várias siglas”. A SHORT history of the internet. Science+Media Museum. [S.l.], 3 dez. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/zwyhyz4j>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁸⁵ KUEHN, Andreas; MUELLER, Milton. Profiling the Profilers. Op. cit.

¹⁸⁶ “The URLs which people use reveal a huge amount about their lives, loves, hates, and fears. This is extremely sensitive material.” BERNERS-LEE, Tim. No snooping. W3.ORG. [S.l.], 3 set. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/4umkkmka>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁸⁷ No mesmo sentido: CITRON, Danielle Keats. *The Privacy Implications of Deep Packet Inspection*. Office of the Privacy Commissioner of Canada. Relatório. 24 mar. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/cjs92fh8>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁸⁸ Berners-Lee adianta que: “(...) the latest version of HTML, called HTML5, is not just a markup language but a computing platform that will make Web apps even more powerful than they are now. The proliferation of smartphones will make the Web even more central to our lives. Wireless access will be a particular boon to developing countries, where many people do not have connectivity by wire or cable but do have it wirelessly.” BERNERS-LEE, Tim. Long Live the Web: A Call for Continued Open Standards and Neutrality. *Scientific American*. V. 303, n. 6, [s.p.], 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/y7h8mr74>. Acesso em: 4 jan. 2022.

secundários para extrair os dados necessários às práticas comerciais das sociedades empresárias envolvidas.¹⁸⁹

Estima-se que existam mais de 234 milhões de celulares ativos em circulação no Brasil, o que revela a migração massiva dos PCs para o mundo *mobile*.¹⁹⁰ Tal número é maior que a própria população brasileira que está em torno de 213 milhões de pessoas.¹⁹¹ O celular atualmente é o principal meio de acesso à internet no Brasil. Conforme aponta o IBGE, 99,2% dos domicílios que possuem um smartphone, o utilizam para a navegação online.¹⁹²¹⁹³ No cenário mundial, estima-se que até 2025, mais de 70% da população mundial estará conectada à internet por meio de telefones celulares.¹⁹⁴

Os smartphones também utilizam navegadores da web. Todas as formas de rastreamento delineadas acima também são aplicáveis a esse conjunto portátil de hardwares que rodam em um sistema operacional (Android, IOS, Windows Phone, entre outros). Contudo, existem três características dos smartphones que aumentam a precisão da coleta de dados dos usuários. A primeira está no uso normalmente pessoal e privativo do celular, que facilita a coleta dos dados pelos agentes publicitários e a formação do perfil comportamental dos usuários. A segunda está na obrigatoriedade de registrar o aparelho sob uma conta específica vinculada aos dados pessoais do usuário. Tal cadastro é solicitado na inicialização do smartphone e vincula

¹⁸⁹ A tendência dos sensores alcançará outras frentes também. Krumm indica que em breve haverá a comercialização de sensores alimentares portáteis vinculados aos smartphones. KRUMM, John. Ubiquitous advertising: The killer application for the 21st century. *IEEE Pervasive Computing*. V. 10, n. 1, jan./mar. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/4v2c7xma>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁹⁰ Pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV): MEIRELLES, Fernando S. (coord.). Pesquisa Anual de Uso de TI. 32ª Ed. FGV. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yywp8uuy>. Acesso em: 4 jan. 2022.

Contudo, o IBGE aponta que aproximadamente 80% dos brasileiros possuem um smartphone para uso pessoal. Quando se analisa o grupo familiar, a posse de um celular chega a 93,2%. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua)*. Tópico: Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019. Relatório. IBGE, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/38ycdj48>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁹¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação*. IBGE, [s.d.]. Gráfico dinâmico e instantâneo. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdfy24tb>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁹² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Uso de internet e televisão no Brasil*. IBGE, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/4u4f4uyt>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁹³ Tal dado também pode ser observado na comercialização dos smartphones no Brasil. Em 2020, a venda de smartphones intermediários teve um aumento de 194%, quando comparado com o ano anterior. Esse aumento anormal pode ser explicado no contexto da Pandemia da Covid-19, que acarretou um aumento na procura por smartphones com melhor desempenho para o uso da internet. MEDEIROS, Henrique. Vendas de smartphones com preço de R\$ 2 mil a R\$ 3 mil crescem 194%. *Mobile Time*. São Paulo, 10 set. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/4m7m9yzb>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁹⁴ HANDLEY, Lucy. Nearly three quarters of the world will use just their smartphones to access the internet by 2025. *CNBC*. [S.l.], 24 jan. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/3f7k78m8>. Acesso em: 4 jan. 2022.

identificadores do dispositivo à identidade do usuário.¹⁹⁵

A terceira característica está na utilização de softwares de terceiros que operam sob o sistema operacional. São os aplicativos que rastreiam os usuários através de tecnologias presentes no equipamento, infinitamente mais avançadas que os cookies.¹⁹⁶ Essa comunicação no campo publicitário é favorecida com o desenvolvimento de um **identificador permanente**¹⁹⁷ para cada equipamento, tal como o Android Advertising ID (GAID) ou o Identifier for Advertisers da Apple (IDFA), que combinam os dados dos sensores e demais hardwares presentes no smartphone para coletá-los de maneira estruturada.¹⁹⁸ Há, também, a Interface de Programação de Aplicativos (Application Programming Interface - API), que funciona como uma plataforma de criação e gestão de aplicativos, programas, softwares que rodam a partir de um software ou hardware de terceiros, tal como a execução do aplicativo Instagram em um celular Android. Trata-se da organização da linguagem computacional que destrincha e racionaliza a comunicação entre plataformas com diferentes padrões e protocolos.¹⁹⁹

Grande parte da coleta de dados é automatizada. Em alguns casos, os próprios usuários colaboram com o seu fornecimento ou autorizam a sua extração, quando consentem formalmente com os termos de uso, preenchendo os formulários online ou gerando conteúdo nas redes sociais online. Entretanto, o rastreamento sistêmico ainda é realizado amplamente de maneira sub-reptícia e sem o conhecimento real do seu titular. A junção de todas essas

¹⁹⁵ Nesse ponto, registra-se que os navegadores da web em desktops e em smartphones também solicitam um cadastro prévio que vincula os dados pessoais do usuário ao uso mais abrangente dos recursos oferecidos pelo desenvolvedor do produto. Esse detalhe auxilia no rastreamento sistêmico do usuário.

¹⁹⁶ CYPHERS, Bennett; GEBHART, Gennie. Behind the One-Way Mirror: A Deep Dive Into the Technology of Corporate Surveillance. *Electronic Frontier Foundation (EFF)*. [S.l.], 2 dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4x3r5k4u>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁹⁷ O código que identifica o usuário no ecossistema publicitário móbil é permanente, ou seja, ele é imutável a não ser que o usuário execute comandos específicos nas configurações do dispositivo para reiniciar o código. Por este motivo, ele é mais assertivo que a utilização isolada de cookies. Em pesquisas realizadas demonstrou-se que menos de 5% dos usuários sabem dessa opção de reinicialização do identificador. Não há opção de excluí-lo, mas os desenvolvedores fornecem opções de gerenciamento de rastreamento com fins publicitários. KOETSIER, John. Mobile Tutorial Series – What is a Google advertising ID or GAID? Singular. [S.l.], 22 set. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s462teu>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁹⁸ NORWEGIAN CONSUMER COUNCIL. *Online advertising industry is out of control* (NCC Report). NCC. Oslo, 14 jan. 2020. Disponível em <https://tinyurl.com/2p9ha3ny>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁹⁹ Em tese de doutoramento sobre a interseção entre tratamento de dados e APIs na Ciência da Computação, Fernando Rodrigues conceituou “(...) API como uma estrutura formal de regras e protocolos para proporcionar a interoperabilidade de conjunto de dados, por dois ou mais sistemas de informação, independentes de plataforma, de acesso público, privado ou misto, que utiliza padrões abertos ou fechados para o intercâmbio dos dados e contém documentação disponível na origem para o entendimento de todas as partes sobre o seu modo de operacionalização.” RODRIGUES, Fernando de Assis. *Coleta de dados em redes sociais: Privacidade de dados pessoais no acesso via Application Programming Interface*. Tese (doutorado em Ciência da Informação). Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação. Universidade Estadual paulista, Campus Marília. 2017. p. 92.

inovações, principalmente da internet e do smartphone, tornaram a rotina do monitoramento comercial mais fácil e barata.

A **segunda categoria** do tripé tecnológico agrega tecnologias que facilitam a **difusão dos dados** (data disclosure). Tal difusão pode ter diferentes finalidades, econômicas ou não. Cabe pontuar que existem duas maneiras centrais de compartilhamento dos dados na rede publicitária: a) pela venda direta de listas de dados ou de banco de dados completos; b) venda de espaços publicitários em mídias digitais, que abrangem redes sociais, sites em geral e aplicativos de celular.

A **venda direta** de dados é uma técnica menos usual no ambiente comercial, uma vez que estrategicamente não é a melhor maneira de monetizar tal material, pois compartilha o próprio arsenal de dados da sociedade empresária detentora do banco de dados. As plataformas de gerenciamento de dados (DMPs), costumeiramente chamadas de corretoras de dados (*data brokers*),²⁰⁰ são agentes que coletam os dados através das tecnologias acima mencionadas (direta ou indiretamente), formam perfis e os repassam onerosamente para terceiros. Em alguns casos, os DMPs transferem malotes de dados, tendo como base os identificadores fornecidos pelos interessados.²⁰¹ Explica-se: quando o interessado, por exemplo, uma agência de publicidade, possui um perfil comportamental defasado dos seus usuários e pretende aprimorá-los, solicitam aos corretores que repassam apenas os dados relativos aqueles sujeitos determinados.²⁰² A transação ou compartilhamento de bancos de dados completos é mais corriqueira em sociedades parceiras ou pertencentes ao mesmo grupo societário.²⁰³ Essa perspectiva gera impactos relacionados à proteção de dados dos usuários. Veja, por exemplo, a discussão sobre o compartilhamento de dados do aplicativo WhatsApp com a sua controladora

²⁰⁰ Nessa linha, as sociedades empresárias que atuam como corretoras de dados (data brokers) podem ser definidas “as a company that processes personal data on consumers, which primarily is not obtained from the consumers themselves but from other companies, in order to sell or license this data - or information derived from it - to further companies.” NORWEGIAN CONSUMER COUNCIL. *Online advertising industry is out of control* (NCC Report). NCC. Oslo, 14 jan. 2020. Disponível em <https://tinyurl.com/2p9ha3ny>. Acesso em: 4 jan. 2022. p. 19.

²⁰¹ CYPHERS, Bennett; GEBHART, Gennie. Behind the One-Way Mirror: A Deep Dive into the Technology of Corporate Surveillance. *Electronic Frontier Foundation (EFF)*. [S.l.], 2 dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4x3r5k4u>. Acesso em: 4 jan. 2022. p. 36.

²⁰² Como abordado na seção 2.2.1 esses identificadores não costumam ter o nome da pessoa. Quando possuem o nome, as sociedades empresárias costumam ocultá-lo. Contudo, essa tentativa de anonimização a princípio não desnatura a natureza pessoal dos dados que compõe o perfil do sujeito.

²⁰³ A Google adquiriu a sociedade empresária Fitbit, o que permitiu que ela se apropriasse de um dos maiores bancos de dados do mundo na temática de exercícios físicos e controle do sono. OSTERLOH, Rick. Google completes Fitbit acquisition. *Google Blog* (Product updates). [S.l.], 14 jan. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ypczxkzp>. Acesso em: 4 jan. 2022.

Facebook, com o objetivo publicitário e de monetização do aplicativo de mensagens.^{204 205}

Por outro lado, a **venda de espaços publicitários** não transaciona dados, pois realiza a sua monetização pela via indireta. O editor-proprietário do site (rede social, motor de busca ou qualquer outra mídia digital) determina quais serão os campos visuais ou sonoros da sua plataforma que deverão ser preenchidos com os anúncios comerciais. Esses últimos são fornecidos pelos anunciantes diretamente ou por meio de agentes publicitários, que representam uma marca. Então, o editor torna público o encarte publicitário através de softwares específicos que vão distribuir o anúncio, conforme o contrato firmado entre os agentes econômicos. A publicidade alocada nesses espaços é rotineiramente mesclada com o próprio conteúdo midiático, pois visa captar a atenção do usuário e gerar mais cliques nos anúncios (**publicidade nativa**).²⁰⁶ Isso ocorre entre as publicações alimentadas pelos próprios usuários das mídias sociais e entre as notícias dos portais virtuais, durante a exibição de conteúdo gráfico (vídeos, fotografias, dentre outros).^{207 208}

A lógica publicitária online é, em grande medida, automatizada e realizada em milissegundos. Existem redes de publicidade intermediadoras desse processo (Ad Network Advertisements),²⁰⁹ o que não impede eventual negociação direta entre um anunciante e um editor de site (Direct Sale Advertisements).²¹⁰ Para facilitar a negociação, são realizados leilões

²⁰⁴ CASIMO, João Tereso. Whatsapp vai atualizar termos de serviço para monetizar aplicação. O Jornal Econômico, Tecnologia. São Paulo, 10 jan. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2vf5fv2y>. Acesso em: 4 jan. 2022.

²⁰⁵ Veja também: ISSAC, Mike. Zuckerberg Plans to Integrate WhatsApp, Instagram, and Facebook Messenger. *New York Times*, 25 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p84vzrr>. Acesso em: 4 jan. 2022.

²⁰⁶ A Interactive Advertising Bureau (IAB), distingue a “publicidade tradicional” da “publicidade nativa”. No Relatório “Native Advertising Playbook 2.0” afirmou-se que: “The distinction between native ads and standard ads is the ability of native to follow the natural design, location and ad behavior of the environment in which it was placed with content that provides a relevant consumer experience in the context of the page the ad lives on.” INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU. *IAB native advertising playbook 2.0*. New York: IAB, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/mryr977m>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²⁰⁷ Clifford e Verdoodt fornecem outra nomenclatura para a publicidade nativa, que em tradução livre seria “publicidade integrativa”. Para eles, “‘integrative advertising’ refers to advertising techniques/formats which aim to mix the commercial and non-commercial content in the delivery of a commercial message.” CLIFFORD, Damian; VERDOODT, Valerie. Integrative advertising: the marketing ‘dark side’ or merely the emperor’s new clothes? *European Journal of Law and Technology*. V. 8, n. 1, p. 1-43, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/3becctx>. Acesso em: 5 jan. 2022. p. 3.

²⁰⁸ Nesse rol também está incluída a publicidade gerada pelos “influenciadores digitais” em redes sociais. Nessa linha, veja o Guia publicado pelo CONAR sobre o tema em 2021: CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Guia de publicidade por influenciadores digitais*. São Paulo: Conar, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/29hupzst>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²⁰⁹ As Ad Networks são sociedades empresárias (pessoas jurídicas), dentre elas estão: Google AdSense, Yahoo!, Publisher Network, Bing Ads, Criteo.

²¹⁰ Os anúncios flutuantes na página podem ser intrusivos e impactar negativamente a reputação do website, caso haja veiculação de algum item publicitário que foge do seu escopo ou política. Por este motivo, alguns sites preferem negociar diretamente com os interessados em anunciar.

virtuais que visam dar maior liquidez a esse mercado e garantir a livre concorrência pelos dados ou pelos espaços publicitários. Essa sistemática é denominada de “mídia programática”. A presença de diferentes atores nesse ciclo comercial, somada a dimensão incalculável de usuários da internet, fez surgir tecnologias baseadas em inteligência artificial facilitadoras da monetização de dados e de mídias digitais.

O aperfeiçoamento do sistema de leilões levou a implementação das Ad Exchanges.²¹¹ Através deles um anunciante consegue negociar com vários distribuidores de anúncios - e em uma única plataforma - os espaços publicitários em tempo real (Real Time Bidding - RTB).²¹² Bilhões desses leilões ocorrem diariamente.

O RTB permite que o espaço publicitário seja preenchido sob medida para cada usuário da web, tendo como base o conjunto de dados já coletados. Por este motivo, a oferta também pode ser personalizada ao oferecer preços ou condições de compra distintos a depender da correlação entre dados pessoais e demográficos, por exemplo.²¹³ Para unificar as ofertas, os veículos de divulgação disponibilizam seu inventário de espaços publicitários em plataformas chamadas de Supply Side Platforms (SSP). Por conta e ordem dos veículos, as SSP entram em contato com as Ad Exchanges, informando as condições negociais dos espaços publicitários. Cada Exchange, então, solicita aos compradores (anunciante ou agência) que realizem sua oferta.

Para gerar maior alcance dos anúncios comerciais além do catálogo oferecido por cada Ad Exchange aos anunciantes, um novo mecanismo foi criado para reunir diferentes Ad Exchanges em uma mesma plataforma, que reúne a demanda (os compradores dos espaços publicitários). Trata-se das Demand-Side Platforms (DSPs), que “(...) são plataformas de softwares que permitem aos anunciantes estender seu alcance ‘virtual’ por todo o ecossistema

²¹¹ Já a Ad Exchange perfaz a tecnologia empregada para realização dos leilões. São plataformas de software. Dentre as plataformas estão: DoubleClick, Advertising Exchange, OpenX, AppNexus.

²¹² Para consultar detalhes do funcionamento dessa tecnologia, veja:

INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE. *Update report into adtech and real time bidding*. Wilmslow: ICO, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/56d572jc>. Acesso em: 5 jan. 2022;

RAMOS, Pedro H. *A regulação de proteção de dados e seu impacto para a publicidade online: Um guia para a LGPD*. São Paulo: Baptista Luz Advogados, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdekvxmv>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²¹³ Aqui cabe mencionar que a alocação dos anúncios não é feita pelo editor do site, mas pelas sociedades empresárias que fazem a intermediação da transação. Os arquivos pertencem ao anunciante e apesar de aparentarem ser um *banner*, uma imagem ou texto, tais anúncios são arquivos que também podem ocultar novos *cookies* de terceiros ou outros arquivos de rastreamento. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Recommendations for businesses and polymakers (FTC Report)*. Washington, D.C.: FTC, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/38y9w57p>. Acesso em: 5 jan. 2022.

de publicidade online.” (tradução nossa).²¹⁴ Essa ampliação do catálogo de anúncios viabiliza, então, que os anunciantes alcancem com mais precisão o seu público ou indivíduo desejado.

Ao final, a complexidade do ecossistema publicitário revela a presença de cinco categorias de agentes envolvidos na dinâmica da publicidade comportamental: **(i)** os usuários (audiência); **(ii)** os editores de sites ou aplicativos (Publishers); **(iii)** as Ad Networks; **(iv)** os anunciantes ou agência de publicidade (Advertisers ou Ad Agencies); e, **(v)** as Plataformas de Demanda (Demand-Side Platforms). Tais agentes são abordados no contexto brasileiro nas seções 2.1.2 e 2.2.3, desta tese.

Também é importante frisar que o fluxo dos dados abarcado nessas transações publicitárias não é suficientemente transparente.²¹⁵ Soma-se, ainda, a complexidade dos algoritmos empregados para “minerá-los” e transformá-los em informações de cunho comercial. Cathy O’Neil vai além e afirma que “um algoritmo processa um pântano de números e gera uma probabilidade que uma certa pessoa pode ser uma má contratação, um devedor de risco, um terrorista, ou um professor péssimo.”²¹⁶ A problemática também se estende às tecnologias que realizam a segmentação comportamental para aperfeiçoar o mercado publicitário.

Por outro lado, as exaltadas tecnologias de **segmentação comportamental** (*behavior targeting*) estão na **terceira categoria** do tripé tecnológico.²¹⁷ O foco aqui está em alcançar a pessoa certa com a mensagem certa, no momento certo. Por sinal, esse é o lema da publicidade comportamental. Não basta coletar os dados por meio das tecnologias supramencionadas. O funcionamento completo do rastreamento sistêmico depende da organização, da análise e da formação de perfis (individuais ou segmentados), que alimentam o ecossistema da publicidade online.

A análise dos dados pode ser realizada de diferentes maneiras. A principal delas é por meio da **mineração** (data mining). Mediante utilização de algoritmos, é possível extrair

²¹⁴ De forma resumida: “Demand-side platforms (DSPs) are companies that allow advertisers to extend their ‘virtual’ reach across the online advertising ecosystem.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Senate. *Online advertising and hidden hazards to consumer security and data privacy*. Report. Washington, D.C., 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p889c9j>. Acesso em: 4 jan. 2022. p. 22.

²¹⁵ BORGESIU, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program. University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. p. 73.

²¹⁶ O’NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução de Rafael Abraham. São Paulo: Rua do Sabão, 2020, p. 19.

²¹⁷ BHARAT, Krishna; LAWRENCE, Stephen; SAHAMI, Mehran. (inventores). Generating user information for use in targeted advertising (nome da patente). Google LLC (Depositante). US20050131762A1 (United States). 31 dez. 2003 (data do depósito). Disponível em: <https://tinyurl.com/2a4ye96p>. Acesso em: 5 jan. 2022; ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 96.

informações úteis e confidenciais a partir da análise de uma série de dados. Conforme aponta Daniel Solove, “a mineração de dados envolve escavar repositórios de dados pessoais para coletar pepitas de novas informações.” (tradução nossa).²¹⁸ Os dados geram novas informações. Quando tais informações são correlacionadas entre si, geram novos *insights* sobre o usuário ou público-alvo da mineração.

A mineração é baseada em softwares que não precisam, necessariamente, de uma correlação prévia, podem descobrir o caminho a ser tomado.²¹⁹ O próprio programa de computador pode procurar novas correlações inesperadas e indicar, por exemplo, que usuários do Instagram que postam fotos em preto e branco e utilizam determinadas *hashtags*, tendem a estar depressivos e a consumir determinadas categorias de produtos ou serviços. Ou, ainda, revelar a orientação sexual de uma pessoa, tendo como base curtidas de postagens, combinadas com o gosto musical coletado nas plataformas de *streaming*.²²⁰ Não há participação direta do usuário na criação dessas informações.

Trata-se aqui de inferir algo, ou seja, de prever um comportamento futuro, tendo como base o aprendizado de máquina que se baseia em probabilidades matemáticas que são reunidas por meio de padrões. Tais padrões são baseados em predições: se uma pessoa costuma acessar os sites A, B e C, tem X anos e reside na região Y, há uma probabilidade de 21,5%, que ela clique no anúncio Z. Os **modelos preditivos** visam aumentar a taxa de cliques e gerar mais receita com publicidade. Eles reúnem dados do usuário como *input* e entregam uma “pontuação preditiva” como *output*.²²¹ Esse processo é denominado por alguns estudiosos de técnica da “caixa preta”, pois não há transparência sobre as predições e inferências realizadas ou acerca da destinação dessas informações, que podem ser confidenciais e revelar dados sensíveis das

²¹⁸ “Data mining involves excavating repositories of personal data to glean nuggets of new information.” SOLOVE, Daniel. *Understanding privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 191-192.

²¹⁹ Nesse sentido, “when considering the detrimental aspects of data mining, the automated nature of the process quickly comes to mind. Therefore, it is important to address the extent of automation and human influence in this process. Counter to what one might initially believe, even with predictive data mining, the role of the human analyst and her discretion is quite extensive. For example, the dataset must be actively constructed, at times by bringing together data from various sources. The analysts also predefine the parameters of the search. These actions directly impact the outcome of the process, and thus policy.” ZARSKY, Tal Z. The Data mining balancing Act. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul; POULLET, Yves. (eds.). *European Data Protection: in good health?* Londres: Springer, 2012. p. 83.

²²⁰ VAN DE WAERDT, Peter J. Information asymmetries: recognizing the limits of the GDPR on the data-driven market. *Computer Law & Security Review*, v. 38, [s.n.], 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2jbcwzr7>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²²¹ SIEGEL, Eric. *Predictive analysis: the power to predict who will click, buy, lie, or die*. New York: John Wiley & Sons, 2013. p. 26.

peessoas.²²² ²²³ A título exemplificado, em 2018 o Facebook apontou que os algoritmos por eles empregados realizavam cerca de 200 trilhões de predições por dia.²²⁴

A organização desses dados é feita em bancos de dados que unem os perfis dos usuários. Os perfis perfazem um conjunto de dados e de informações que identificam um usuário específico na web.²²⁵ Não há necessidade de identificar tal perfil com o nome civil da pessoa. A computação possui ferramentas mais aprimoradas para identificar tais usuários, como, por exemplo, a identificação por códigos alfanuméricos. Por este motivo, costuma-se compreendê-los como perfis anônimos ou classificados com pseudônimos.²²⁶ A seção 2.2 retoma essa discussão para afirmar que mesmo nesses casos, a Lei Geral de Proteção de Dados pode ser aplicada.

O Facebook reúne cerca de 2,7 bilhões de perfis, já o Youtube possui 2,3 bilhões de usuários cadastrados.²²⁷ O Google Ads, por sua vez, consegue abranger uma rede publicitária que impacta mais de 90% dos usuários da internet no mundo inteiro, através de parcerias com sites e aplicativos de celular.²²⁸

O ato de criar perfis pode ser denominado de **perfilização** (*behavioural profiling*). De acordo com Hildebrand trata-se de um conjunto de características que possuem o ponto comum de utilizar algoritmos para criar conhecimento a partir do *big data*.²²⁹ Perfis são utilizados para fazer previsões sobre pessoas, mediante a utilização de várias fontes de dados e com base no

²²² Por todos: PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

²²³ Sobre a definição e discussões acerca dos dados sensíveis veja o item 2.2.1, desta tese.

²²⁴ LEE, Kevin; RAO, Vijay; ARNOLD, William. Accelerating Facebook's infrastructure with application-specific hardware. *Engineering at Meta*. [S.l.], 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/3wpejsbf>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²²⁵ Para Hildebrandt a perfilização é: "The process of 'discovering' correlations between data in databases that can be used to identify and represent a human or nonhuman subject (individual or group) and/or the application of profiles (sets of correlated data) to individuate and represent a subject or to identify a subject as a member of a group or category." HILDEBRANDT, Mireille. Defining profiling: a new type of knowledge? In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008. p. 19. O tema é aprofundado na seção 2.2.2.

²²⁶ BORGESIU, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program. University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. p. 61.

²²⁷ BELING, Fernanda. As 10 maiores redes sociais em 2021. *Oficina da Net*. [s.l.], 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdfba4hk>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²²⁸ "The Display Network is a collection of websites - including specific Google websites like Google Finance, Gmail, Blogger, and YouTube - that show ads. This network also includes mobile sites and apps. If you've ever seen an ad on your favorite news site or in your Gmail account, and wondered how it got there, now you know: websites like these are part of the Google Display Network. Your ads can appear on websites based on the targeting methods you choose." GOOGLE Ads Help. Google. [s.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2j7x4rw3>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²²⁹ HILDEBRANDT, Mireille. Defining profiling: a new type of knowledge? In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008. p. 17.

aprendizado de máquina. A criação de perfis envolve três estágios: (i) a coleta contínua de dados; (ii) análise automatizada na busca por correlações e padrões de comportamento; (iii) aplicação da análise automatizada na avaliação das características de um indivíduo concreto, com o objetivo de fazer previsões comportamentais.²³⁰

Isso quer dizer que “uma classificação simples de indivíduos com base em características conhecidas, como idade, sexo e altura, não leva necessariamente a um perfil. Isso dependerá do propósito da classificação.”²³¹ Por exemplo, a rede de varejo norte-americana Target desenvolveu algoritmos para alavancar as vendas de produtos para gestantes, captando a clientela logo no primeiro trimestre de gestação e sem a necessidade das mulheres que estavam grávidas de adquirirem produtos da Target. A “previsão da gravidez” foi baseada em previsões algorítmicas, possibilitando que a sociedade empresária fizesse campanhas publicitárias direcionadas com o objetivo de fidelizar esse grupo, por meio do cruzamento de padrões comportamentais e de perfis individuais dos potenciais clientes.²³²

A técnica de perfilização é então combinada com a publicidade direcionada que exibirá ao usuário anúncios específicos em vários sites, e-mails, SMS ou aplicativos. Trata-se do denominado **retargeting**, que segue os usuários em todos os seus movimentos online. Isso ocorre porque a previsão previamente realizada só é eficaz se conseguir acompanhar o consumidor em suas ações online, com o objetivo de “chamar a atenção” para aquele anúncio e convencer sobre a necessidade de adquirir determinado bem de consumo. Para além de anúncios personalizados, as sociedades empresárias conseguem modificar resultados de pesquisa em motores de busca ou exibir sites sob medida para aqueles usuários, com uma seleção prévia de notícias, fontes de letra ou uma seleção de cores e imagens bem aceitas pelo internauta.²³³

Em pesquisa realizada no MIT, identificou-se que a “metamorfose” dos sites pode gerar

²³⁰ UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*. Adopted on 3 October 2017. As last Revised and Adopted on 6 February 2018. Bruxelas. Disponível em: <https://tinyurl.com/29kwshra>. Acesso em: 5 jan. 2022. p. 7.

²³¹ Ibid. p.8.

²³² DUHIGG, Charles. How companies learn your secrets?. *The New York Times Magazine*. New York, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/yeevswmx>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²³³ Existem discussões profundas sobre aspectos concorrenciais envolvendo a publicidade realizada mediante “anúncios patrocinados” que são incluídos nos resultados de pesquisas nos motores de busca (Por exemplo, Google, Bing e Yahoo). Nesse sentido, veja: PICKER, Randal C. Online Advertising, Identity and Privacy. John M Olin Law & Economics Working Paper n. 475 (2d series). *SSRN Electronic Journal*, v. 475, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/56xe7puy>. Acesso em: 3 jan. 2022; PICKER, Randal C. Competition and privacy in web 2.0 and the cloud. Working Paper n. 414 (2d series). *SSRN Electronic Journal*, jun., 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/k9za3zn8>. Acesso em: 3 jan. 2022.

um acréscimo de 20% nas vendas online.²³⁴ O Yahoo, por exemplo, cria diariamente mais de treze milhões de versões diferentes do seu site com base no comportamento dos usuários.²³⁵ O Google trabalha com cerca de 52 mil padrões comportamentais que encaixam os usuários em 600 categorias previamente definidas, o que supre as lacunas de dados em perfis individuais.²³⁶ A flutuação dos preços com base em perfis também consiste em prática comum na web, que a depender das inferências realizadas pode revelar vieses baseados em dados financeiros, demográficos e sociais do usuário.²³⁷

Observa-se, portanto, que a publicidade online também seguiu o ritmo da inovação tecnológica e de maneira pervasiva foi conquistando múltiplos espaços. A publicidade com o viés comportamental depende da convergência de diferentes tecnologias e da mescla de técnicas mais amplas do Marketing. Inclusive, a fronteira conceitual entre esses dois campos se torna mais fluída. A busca incessante pela maior precisão nas aferições comportamentais, também levou a redução de outras fronteiras. O antes bem delimitado mundo online e off-line, torna-se um lugar comum e integrado. O sensoriamento ambiental presente nos smartphones, a documentação de compras off-line pelos clubes de benefícios e entre outras técnicas de “mineração da realidade”, geram a criação de valor aos dados off-line e a sua migração para a dimensão online.²³⁸ Tais dados, que antes descartados ou subutilizados passam a integrar o big data e reforçam o perfil de cada usuário. Forma-se, com isso, uma identidade online cada vez mais precisa e próxima da identidade real do sujeito. Para Randal C. Picker, “se o movimento do offline para o online continuar ou até acelerar, a publicidade online se tornará ainda mais

²³⁴ HAUSER, John R.; URBAN, Glen L.; LIBERALI, Guilherme; BRAUN, Michael. Website morphing. MIT Sloan School of Management. Massachusetts. May, 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/df7hd4pk>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²³⁵ YAHOO personalized search. In: Marissa Louie. [S.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/4zf5bcy5>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²³⁶ VERMEULEN, Gert; LIEVENS, Eva. (eds). Data protection and privacy under pressure: transatlantic tensions, EU surveillance, and big data. Antwerp: Maklu, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8977zt>. Acesso em: 5 jan. 2022. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-12-18_wiewiorowski_data_protection_and_privacy_under_pressure_en.pdf p. 316.

KRUMM, John. Ubiquitous advertising: The killer application for the 21st century. *IEEE Pervasive Computing*. V. 10, n. 1, jan./mar. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/4v2c7xma>. Acesso em: 4 jan. 2022. p. 66.

²³⁷ Os riscos da técnica comercial de discriminação de preços está presente na narrativa das seções 1.1.4 e 3.2.2, desta tese.

²³⁸ Pontua-se que “With ubiquitous advertising, advertisements will not only be personalised to users’ online profiles, but also to their physical profiles. (...) reality mining infers human relationship and behaviour from information collected by cellphones. This information include data collected by cellphone sensors, such as location or physical activity, and data recorded by phones themselves, such as call duration and numbers dialled.” CASTELLUCCIA, Claude. Behavioural tracking on the internet: a technical perspective. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul; POULLET, Yves. (eds.). *European Data Protection: in good health?* Londres: Springer, 2012, p. 23/27.

importante e isso fará com que a publicidade direcionada seja um foco particular.” (tradução nossa).²³⁹

Assim, a identidade passa a ser uma ferramenta técnica estratégica no aprimoramento do rastreamento sistêmico e, conseqüentemente, das predições realizadas pelas máquinas.²⁴⁰ O foco da perfilização dos usuários está na otimização da monetização dos serviços aparentemente gratuitos da web. Tal monetização, é realizada mediante a receita auferida com a publicidade, principalmente com a venda de espaços publicitários. Dentre tais espaços se destaca o papel dos sites e aplicativos voltados a comunicação social massiva, que concentram um número expressivo de identidades bem definidas e construídas em conjunto com os próprios usuários.

O próximo tópico enfatiza o papel central das redes sociais virtuais no desenvolvimento da nova era da publicidade virtual, que desafia conceitos ligados à autonomia do sujeito, uma vez que trabalha em uma fronteira obscura entre persuasão e manipulação.²⁴¹ Trata-se da utilização concreta de um campo científico investigado na década de 1990 por Rosalind Picard, denominado de computação afetiva (Affective Computing).²⁴²

1.1.3 O potencial disruptivo do mercado publicitário baseado em “computação afetiva”

Em relatório emitido pelos consultores da OCDE, estabeleceu-se que as tecnologias consideradas disruptivas possuem dois atributos centrais. O potencial de modificar drasticamente o formato de funcionamento dos mercados e a capacidade de introduzir novos produtos, processos ou modelos de negócios diferenciados daqueles já existentes. Apesar de inexistir uma definição singular de inovação disruptiva, a Organização entende que alguns pontos característicos auxiliam na sua delimitação, tendo em vista que: a) elas advêm de novas sociedades empresárias ou já existentes no mercado e modificam as estratégias comerciais de grandes setores; b) visam oferecer novas ferramentas para diminuir custos e otimizar tarefas e

²³⁹ “If the movement from offline to online continues or even accelerates, online advertising will become even more important and that will make targeted advertising a particular focus.” Em continuidade e nas palavras do autor: “This combination of identity and an ongoing stream of interactions with remote computers make it possible for service providers to know a great deal about me.” PICKER, Randal C. Online Advertising, Identity and Privacy. John M Olin Law & Economics Working Paper n. 475 (2d series). *SSRN Electronic Journal*, v. 475, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/56xe7puy>. Acesso em: 3 jan. 2022. p. 35.

²⁴⁰ SURDEN, Harry. Machine learning and Law. *Washington Law Review*, v. 89, n. 1, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdd5m974>. Acesso em: 3 jan. 2022.

²⁴¹ Tema trabalhado especificamente ao longo do capítulo 3, desta tese.

²⁴² Resumidamente, “‘Emotion AI’ é um subconjunto da inteligência artificial (o termo amplo para máquinas que reproduzem a maneira como os humanos pensam) que mede, entende, simula e reage às emoções humanas. Também é conhecido como computação afetiva ou inteligência emocional artificial. O campo remonta a pelo menos 1995, quando Rosalind Picard, professora do MIT Media Lab, publicou a obra denominada ‘Computação Afetiva’.” SOMERS, Meredith. Emotion AI, explained. MIT Management Sloan School. Massachusetts, 8 mar. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p99amr5>. Acesso em: 5 jan. 2022.

umentam os benefícios destinados ao consumidor final; e, c) têm o potencial de desequilibrar ou extinguir modelos de negócios existentes, aumentando a competitividade entre as sociedades empresárias.²⁴³

Partindo dos pressupostos da OCDE, a **publicidade comportamental** pode ser considerada uma **inovação disruptiva**. Ela rompe com os paradigmas tradicionais, passando a oferecer anúncios sob medida aos usuários. Vários benefícios foram citados no item 1.1.2, sobre o seu impacto positivo tanto para a rede publicitária, quanto para os usuários finais. Além disso, as tecnologias e técnicas utilizadas na concretização desse mercado acabaram por evidenciar e reforçar o seu caráter disruptivo. A título exemplificativo, o chamado “the new shopper journey” representa o resultado concreto da convergência de diferentes tecnologias publicitárias e seu impacto para os consumidores. Aproveitando-se da onipresença dos smartphones na rotina diária dos seus usuários, implementou-se a combinação de geolocalização, aplicativos e de dados pretéritos, que geram uma ressignificação no ato de consumir. Predições personalizadas indicando produtos, serviços e estabelecimentos comerciais saltam às telas desses equipamentos à medida que o consumidor transita pela cidade.²⁴⁴ Em alguns casos, a publicidade presente em outdoors ou banners em locais públicos ou em telas *indoors* (dentro de ambientes corporativos ou em meios de transporte), também pode ser preenchida com base no cruzamento dos perfis de usuários que frequentam determinada região.²⁴⁵ Trata-se do Digital Out-of home (DOOH).²⁴⁶

Dados de mercado reforçam a ideia de disrupção publicitária. O investimento global para a publicidade online em 2021 girou em torno de 309,2 bilhões de dólares. Em 2021, tal mercado registrou um crescimento de 11%. No ano anterior, ele havia sofrido uma queda de 2,4%, em razão da pandemia da Covid-19.²⁴⁷ Pela primeira vez na história, a publicidade online

²⁴³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Directorate for Financial and Enterprise Affairs (Competition Committee). *Key points of the hearing on disruptive innovation*. Report DAF/COMP/M(2015)1/ANN8/FINAL.2015. Paris, OCDE. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/55wutkhw>. Acesso em: 5 jan. 2022. p. 2-3.

²⁴⁴ CHESTER, Jeff. Cookies Wars: How new data profiling and targeting techniques threaten citizens and consumers in the “big data” Era. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul; POULLET, Yves. (eds.). *European Data Protection: in good health?* Londres: Springer, 2012. p. 65.

²⁴⁵ KRUMM, John. Ubiquitous advertising: The killer application for the 21st century. *IEEE Pervasive Computing*, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 66–73, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc78e97y>. Acesso em: 24 dez. 2021 p. 68.

²⁴⁶ COPPINGER, Kerry. Vistar 101: What is DOOH? In: *Vistar Media*. New York, 9 mar. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/3a59phh9>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²⁴⁷ Pela primeira vez em 11 (onze) anos, os gastos globais com publicidade decresceram. Em 2020, houve uma redução de 11,8% em investimentos totais em mídias tradicionais e digitais. O principal motivo apontado está na desaceleração econômica provocada pela Pandemia da Covid-19. Contudo, o setor que apresentou menor queda foi o setor da publicidade digital. GLOBAL Media& Technology forecast series 2019-23. Pqmedia – Custom Media Research. Stamford, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yuuy4255>. Acesso em: 5 jan. 2022.

conseguiu captar mais de 50% de toda a verba publicitária global.²⁴⁸ Esse investimento revela que a publicidade comportamental pode reduzir preços ao consumidor, aumentar a concorrência em alguns setores e otimizar a confiança nas transações eletrônicas. Entretanto, a captação das receitas decorrentes dos anúncios publicitários digitais acaba concentrada em poucas sociedades empresárias. Entre elas estão a Google, Facebook, Amazon, Apple e Microsoft.²⁴⁹ Denominadas no seu conjunto de “Big Five”.

No **Brasil** foram investidos cerca de 16 bilhões de reais em publicidade em mídias digitais no período pré-pandêmico (2019).²⁵⁰ Esse valor representava cerca de um terço do valor total investido no mercado publicitário brasileiro.²⁵¹ Dentro desse universo, 67% do valor líquido investido destinou-se à publicidade *mobile*, pelos aplicativos de celular, redes sociais online e SMS.²⁵² Já em 2020, primeiro ano do período pandêmico, foram investidos cerca de R\$ 23,7 bilhões de reais nessa modalidade de publicidade, o que equivale ao aumento de 48% (quarenta e oito por cento).²⁵³ Por outro lado, estima-se que em 2023, a verba publicitária brasileira em mídias digitais ultrapasse as mídias tradicionais, seguindo a tendência mundial de crescimento do setor.

A inovação tecnológica é o principal ingrediente para a contínua aceleração do mercado publicitário online. Como visto na seção 1.1.2, elas melhoram a taxa de cliques em anúncios, tendo como base a segmentação de públicos e a predição comportamental. A exemplificação deste crescimento pode ser observada na empresa Alphabet, controladora da Google.²⁵⁴ Responsável pela implementação comercial em larga escala da publicidade comportamental, a Google registrou um crescimento de 400% nas receitas líquidas no ano

²⁴⁸ GROUPM WORLDWIDE INC. *Global Mid-year forecast report*. New York: Groupm, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2mnp253c>. Acesso em: 5 jan. 2022. p. 16.

²⁴⁹ MORAES, Julio. Digital tem mais da metade dos investimentos em publicidade em 2020 nos EUA. In: Update, 4 dez. 2020. [S.l.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p92apfh>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²⁵⁰ IAB BRASIL. *Pesquisa digital adspend 2019*. São Paulo: IAB BR, 2019. Não paginado. Disponível em: <https://tinyurl.com/35zt43av>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²⁵¹ O digital representava em 2019, cerca de 33% da distribuição dos investimentos totais em publicidade. IAB BRASIL. *Pesquisa digital adspend 2019*. Op. cit. Não paginado.

²⁵² Nessa linha, “quando fazemos uma análise por plataforma, vemos que o Facebook, com 47% e Instagram, com 19%, somaram 66% de todos os investimentos em Social. O Youtube aparece com 26%, reforçando a força do vídeo. 8% foram para outras plataformas, incluindo LinkedIn e Twitter.” Ibid., não paginado.

²⁵³ ¾ de toda publicidade digital foi direcionada para dispositivos móveis, sendo que 83% do investimento foi alocado em vídeo e 17% na modalidade de publicidade em banner. IAB BRASIL. *Pesquisa digital adspend 2020/2021*. São Paulo: IAB BR, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/mryz3bp7>. Acesso em: 2 fev. 2022. p. 12-15.

²⁵⁴ Isso ocorre porque “(...) Google’s ‘price’ scales up directly with each added service that it finances through advertising. Google’s expansion model results in additional revenue with each ad that is clicked.” PICKER, Randal C. Online Advertising, Identity and Privacy. John M Olin Law & Economics Working Paper n. 475 (2d series). *SSRN Electronic Journal*, v. 475, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/56xe7puy>. Acesso em: 3 jan. 2022. p. 15.

subsequente à implementação desse modelo de negócios. Em menos de quatro anos, a publicidade comportamental já havia rendido um aumento de 3.590% na receita líquida da empresa.^{255 256} Em 2021, a publicidade foi responsável por 81% das receitas da empresa (\$ 56,9 bilhões de dólares). Um aumento de 23% em comparação com o ano anterior. O principal motivo do crescimento está na aceleração do mercado de varejo e entretenimento digital ocasionado pela pandemia da Covid-19.²⁵⁷

A publicidade comportamental passou, então, a financiar massivamente a produção de conteúdo digital e a manutenção das plataformas digitais. Essa lógica econômica foi favorecida pela força disruptiva na forma de consumir conteúdo, promovida pela internet. Isso ocorre porque a comercialização da internet gerou uma elevada queda no custo de distribuição e aquisição do conteúdo, que antes estava presente apenas em mídias físicas (Videocassetes, CDs, DVDs, disquetes). Para além disso, ela promoveu a cópia infinita desse conteúdo, através do *download* de arquivos digitais. Acarretou, assim, o desequilíbrio no modelo de negócios até então existente, do pagamento pelo conteúdo ou serviço mediante a aquisição de uma cópia física.²⁵⁸ A problemática da distribuição gratuita de conteúdo aos usuários da internet, levou ao desenvolvimento de outras formas de financiar a sua produção. É nesse meandro que a publicidade comportamental foi vista como a principal forma de reorganizar e otimizar o pagamento por este conteúdo.²⁵⁹ Assim, passam a existir dois públicos distintos nesse mercado. De um lado, um *pool* de agentes publicitários que financiam a produção do conteúdo e de serviços online. Do outro lado, os usuários finais que usufruem dos benefícios e da sua aparente gratuidade.

A lógica econômica aplicada é denominada de **mercado de dois lados** (*two-sided*

²⁵⁵ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 107.

²⁵⁶ “The major players in the global behavioral targeting market includes Marketo, Inc., Google, Inc., Yahoo, Inc., MSN Corporation, Revenue Science, Semcasting, Inc., Tacoda Systems, Inc. and 24/7 Media.” TRANSPARENCY MARKET RESEARCH. Behavioral Targeting Market - Global Industry Analysis, Size, Share, Growth, Trends, and Forecast 2018-2026. [s.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ddvwm>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²⁵⁷ GOOGLE owner Alphabet sees record growth as ad spend soars. *BBC News*, 2 fev. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/uu4heudr>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²⁵⁸ Veja que nessa lógica aplica-se tanto para o conteúdo (filmes, músicas, textos, etc.), quanto para os softwares operacionais (principalmente com o Windows e Linux) e para os softwares de aplicações de trabalho (pacote office, etc.). A publicidade se desenvolveu, em maior medida, na categoria do conteúdo midiático.

²⁵⁹ PICKER, Randal C. Online Advertising, Identity and Privacy. John M Olin Law & Economics Working Paper n. 475 (2d series). *SSRN Electronic Journal*, v. 475, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/56xe7puy>. Acesso em: 3 jan. 2022. p. 16-17.

markets).²⁶⁰ ²⁶¹ Tais mercados catalisam públicos e geram valor a partir da criação de uma “massa crítica”.²⁶² Esse termo é utilizado para representar a necessidade de um “nível mínimo de demanda” dos dois lados da plataforma.²⁶³ No contexto publicitário comportamental, a rede depende, ao mesmo tempo, de elevado número de usuários ativos em sua plataforma para gerar o “superávit comportamental”,²⁶⁴ bem como necessita de um volume relevante de anunciantes que pagarão pelos espaços publicitários alocados na plataforma.²⁶⁵ Portanto, o valor é criado a partir da redução dos custos de transação, ou seja, na criação de coordenação entre os agentes de cada lado da plataforma, com a ajuda de um intermediário.²⁶⁶

Trata-se de um desafio ligado ao dilema do “ovo e da galinha”, uma vez que a formação desse mercado digital depende dos dois lados em equilíbrio e constante crescimento para que haja a “externalidade de rede” e consequente maximização do lucro. A principal saída encontrada para o dilema, no contexto publicitário, foi estabelecer “preços zero” para o grupo de agentes que gozam do conteúdo e/ou do serviço como usuários finais. Como afirma Evans, “zero é apenas o número”.²⁶⁷ A finalidade da sociedade empresária ainda continua a ser lucrativa e parte da formação de um conglomerado de dados que viabiliza a sua monetização,

²⁶⁰ Jean Tirole, ganhador do Prêmio Nobel de economia de 2014, é uma figura-chave na construção teórica do mercado de dois lados, apesar de o Nobel se concentrar em sua análise do poder e regulamentação do mercado. Cabe mencionar, também, que há uma extensa literatura sobre tal temática, que não é aprofundada nesta tese.

²⁶¹ Existem críticas a tradução literal da expressão. Alguns autores defendem a utilização da expressão “mercados independentes” ou “mercados de múltiplos lados”. Contudo, uma digressão sobre a divergência conceitual está fora do escopo desta tese. Para ler mais a respeito, veja: PAIXÃO, Ricardo F; D’ALVARENGA, Marcelo; SIVEIRA, José Augusto. Mercado de dois lados. *GV Executivo*. v. 5, n. 1, fev./abr., 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/4v3anz5a>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²⁶² EVANS, David S. The online advertising industry: Economics, evolution, and privacy. *Journal of Economic Perspectives*, Nashville, v. 23, n. 3, p. 37–60, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8h7uv9>. Acesso em: 24 dez. 2021.

²⁶³ EISENMANN, Thomas; PARKER, Geoffrey; ALSTYNE, Marshall W. Van. Strategies for Two-Sided Markets. *Harvard Business Review - OnPoint*. [s.n.], out. 2006. p. 8. Disponível em: <https://tinyurl.com/yncyppbc>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²⁶⁴ Expressão cunhada por Shoshana Zuboff na obra “The Age of Surveillance Capitalism”. Para a autora, “o movimento-mestre do capitalismo de vigilância é a acumulação de novas fontes de superávit comportamental com maior poder preditivo. A meta é gerar previsões comparáveis a resultados garantidos do comportamento na vida real. A extração começa on-line, mas o imperativo de previsão aumenta o impulso, levando a extração rumo a novas fontes no mundo real.” ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 156.

²⁶⁵ ROCHET, Jean-Charles, TIROLE, Jean. Platform Competition in Two Sided Markets. *Journal of the European Economic Association*. V. 1, n. 4, p. 990-1029, jun. 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/288c6rtb>. Acesso em: 5 jan. 2022.

²⁶⁶ O intermediário busca reunir esses lados da plataforma. Exemplos mais frequentes de intermediários estão nas sociedades empresárias de cartão de crédito, aplicativos de transporte, de *delivery*, entre outras.

²⁶⁷ EVANS, David S. The online advertising industry: Economics, evolution, and privacy. *Journal of Economic Perspectives*, Nashville, v. 23, n. 3, p. 37–60, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8h7uv9>. Acesso em: 24 dez. 2021. p. 5.

a partir da utilização contínua da plataforma pelos consumidores.²⁶⁸

O sucesso empresarial levou ao engajamento científico para a descoberta de **novas formas de minerar os dados**. O rápido desenvolvimento do mercado publicitário comportamental alavancou rapidamente as receitas de grandes sociedades empresárias e o interesse de startups no desenvolvimento de tecnologias correlatas.²⁶⁹ Assim, houve um fomento em pesquisas científicas sobre as novas vertentes de inferência e predição comportamental. Tais estudos receberam grande aporte financeiro e já renderam frutos que apontam para a capacidade das máquinas de analisarem emoções humanas em estado bruto e aperfeiçoarem o exercício estatístico de interpretar sentimentos faciais, vocais e gestuais. Essa área de pesquisa depende de uma junção de conhecimentos pluridisciplinares que envolvem ciência da computação, psicologia, ciências cognitivas e nanotecnologia, no caminho para a captura de dados fisiológicos.²⁷⁰ O caminho da implementação dessa tecnologia foi pavimentado com a pesquisa científica, uma vez que contou com desenvolvimento de hardwares e sensores que coletam dados dos usuários.²⁷¹ A popularização dos equipamentos portáteis foi essencial para o sucesso da empreitada de “renderização emocional”.²⁷²

A origem da **renderização das emoções** está nos estudos de Rosalind Picard, que resultaram na obra denominada “Affective Computing”.²⁷³ A autora revela *insights* sobre a possibilidade automatizar a análise de expressões faciais em larga escala. A problemática estava

²⁶⁸ SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo; SANTOS, Bruno Drogetti Magalhães. Os efeitos do preço zero sobre o consumidor de plataformas digitais. In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti. (orgs.). *Direito do Consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Singular, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ba46k>. Acesso em: 5 jan. 2022. p. 163.

²⁶⁹ Existe um outro lado da história que impede o próprio crescimento das *startups*. No Vale do Silício, grandes sociedades empresárias de tecnologia são chamadas de “kill zone”, uma vez que inviabilizam o modelo de negócios dessas *startups*, que se veem reféns dessas gigantes e logo são incorporadas ao acervo delas. AMERICAN tech giants are making life tough for startups. *The Economist*, São Francisco, 2 jun. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8f8h6f>. Acesso em: 6 jan. 2022.

²⁷⁰ Encaixa-se a nanotecnologia neste rol, uma vez que ela auxilia no desenvolvimento de hardwares mais velozes e mais portáteis, além de prometer em um futuro próximo a inclusão de microchips sob a pele das pessoas, que dentre outras funções pretende extrair dados úteis e fisiológicos das pessoas. CRUZ, Jennifer de la. How affectiva’s Rana el Kaliouby is engineering emotional intelligence. Computer History Museum. [S.l.], 17 jun. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9aedm6>. Acesso em: 6 jan. 2022.

²⁷¹ Kaliouby aponta que a “varredura de emoções” conta com um grande arsenal de equipamentos (microcâmaras e sensores), que se comunicam entre si e criam um perfil emocional do indivíduo. KALIOUBY, Rana. *Girl decoded: A Scientist's Quest to Reclaim Our Humanity by Bringing Emotional Intelligence to Technology*. New York: Currency, 2020.

²⁷² Nomenclatura adaptada da obra “A Era do Capitalismo de Vigilância”, de Zuboff. Adverte-se, também, que as considerações realizadas nesta seção sobre a computação afetiva partiram do tópico “Machine Emotion” elaborado pela autora. Mas nele não se limitaram. ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 323-332.

²⁷³ PICARD, Rosalind W. *Affective computing*. Cambridge: The MIT Press, 1997.

em transformar dados, antes inacessíveis pela máquina, em informações detalhadas sobre os sentimentos de um usuário ao consumir determinado conteúdo.²⁷⁴ Para tanto, a pesquisadora partiu da modelagem desenvolvida pelo psicólogo Paul Ekman em 1978, para encaixar emoções em padrões previamente definidos.²⁷⁵ Para Picard a “computação afetiva” seria capaz de analisar para além das emoções perceptíveis aos olhos humanos, as emoções inconscientes que fogem à percepção humana leiga, uma vez que se baseia em movimentações musculares involuntárias da face de uma pessoa (microexpressões faciais).²⁷⁶

Apenas em 2007, surgiria uma *startup* promissora na exploração do potencial da computação afetiva, recebendo grandes subsídios nos anos seguintes. A denominada Real Eyes, encubada pela Universidade de Oxford, auferiu aporte financeiro, inclusive da União Europeia, para o desenvolvimento de uma tecnologia de análise das emoções, por meio de web câmeras.²⁷⁷ Em 2009, outra startup foi criada. Dessa vez, trata-se de fruto direto dos estudos realizados por Picard e seus orientandos. Encubada pelo MIT, a Afectiva é uma empresa que comercializa tecnologias direcionadas ao oferecimento de informações precisas sobre as respostas emocionais dos usuários, utilizando softwares que acessam as câmeras e demais sensores presentes em aparelhos portáteis (celulares, relógios inteligentes, tablets e notebooks) ou em outdoors e telas de cinema.²⁷⁸ A finalidade principal é alcançar a rede publicitária online, empresas de pesquisas de mercado e desenvolvedores de conteúdo. Outras startups também seguem o ritmo do desenvolvimento tecnológico e testam outras ferramentas aptas a reconhecer emoções a partir da imagem, voz, gestos e demais expressões corporais.²⁷⁹

A expressão cunhada por Picard foi logo substituída pelo termo **Inteligência Emocional Artificial - IEA (Emotion AI)**, que melhor expressa o potencial disruptivo da

²⁷⁴ PICARD, Rosalind W. Affective computing. *MIT Media Laboratory Perceptual Computing Section Technical Report*. n. 321, Cambridge, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/56upp3a3>. Acesso em: 15 set. 2021, p. 1-2.

²⁷⁵ Trata-se do Sistema de Codificação de Ação Facial (Facial Action Coding System – FACS).

²⁷⁶ PICARD, Rosalind. Toward machines with emotional intelligence. In: MATTHEWS, Gerald; ZEIDNER, Moshe; ROBERTS, Richard D. *The science of Emotional Intelligence: knows and unknowns*. New York: Oxford University Press, 2007. Cap. 16.

²⁷⁷ A Real Eyes recebeu o prêmio Horizon 2020, com financiamento da Comissão Europeia. THE best emotion AI platform in the world. In: Real Eyes, New York, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckp7bec>. Acesso em: 6 jan. 2022.

²⁷⁸ Sobre a decisão judicial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que determinou a remoção das câmeras de detecção fácil em banners publicitários, veja: RINALDI, Camila. Entidades combatem câmeras do metrô de SP que leem emoções de passageiros para vender publicidade. *The Intercept Brasil*. São Paulo, 31 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/mry2wurf>. Acesso em: 6 jan. 2022.

²⁷⁹ Dentre elas estão as sociedades empresárias Emotient, Sension Cogito, Emotibot, Kairos, etc. Para consultar detalhes das companhias que atuam na área e aprofundar a temática, veja: DILMEGANI, Cem. Affective Computing: In-Depth Guide to Emotion AI [2021]. In: *AI Multiple*, [s.l.], 1 jan. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8zae9p>. Acesso em: 6 jan. 2022.

renderização das emoções.²⁸⁰ Ela passou a englobar também a simulação de emoções humanas pelas máquinas. Nesse contexto, a renderização foi aperfeiçoada com o auxílio da Inteligência Artificial (IA). Nesse meandro, cabe mencionar que inexistiu um conceito unânime de IA. No âmbito europeu, a Comissão Europeia entendeu que “Inteligência Artificial se refere aos sistemas que apresentam um comportamento inteligente, analisando o seu ambiente e tomando medidas - com um determinado nível de autonomia - para atingir objetivos específicos.”²⁸¹ ²⁸² Pesquisas indicam que o mercado de IEA equivale a 53 bilhões de dólares.²⁸³

O contínuo surgimento de novas startups e de novas tecnologias, levou o Facebook a acelerar o seu desenvolvimento tecnológico na implementação da chamada técnica de “detecção de emoções” (Facebook Reactions). A tecnologia foi patenteada pelo Facebook em 2015 e introduzida nas suas plataformas no ano seguinte. Ela consiste em coletar dados sobre emoções, tendo como base figuras (emojis) que representam seis tipos de reações dos usuários.²⁸⁴ Essa ferramenta proporcionou para além da análise anterior quantitativa dos “likes”, o levantamento qualitativo das emoções e seu cruzamento com demais dados comportamentais dos usuários.²⁸⁵ Tal sistemática aperfeiçoou o sistema de anúncios da plataforma, uma vez que os anúncios se tornam mais direcionados, otimizados e estrategicamente exibidos de acordo com a emoção sentida pelo usuário ao reagir a determinado conteúdo.

Com isso, o Facebook passou a cobrar valores maiores pelos estoques de espaços

²⁸⁰ KALIOUBY, Rana. *Girl decoded: A Scientist's Quest to Reclaim Our Humanity by Bringing Emotional Intelligence to Technology*. New York: Currency, 2020.

²⁸¹ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Comunicação da Comissão (COM/2018/237)*, de 25 de abril de 2018, relativa à inteligência artificial para a Europa. Disponível em: <https://tinyurl.com/2d5k4kf2>. Acesso em: 6 jan. 2022.

²⁸² Os primeiros estudos substanciais sobre Inteligência Artificial foram realizados por Alan Turing em 1941. Sob a denominação de *machine intelligence*, o cientista já previa que as máquinas poderiam resolver problemas práticos através da adoção de esquemas preestabelecidos pelos seus programadores. Contudo, pesquisas modernas em IA apenas tiveram início em 1956, em New Hampshire, em um programa acadêmico de verão da *Dartmouth College*. Até alcançar o mercado de consumo em massa, haveria muitos desafios e altos custos, que acabam retardando a sua implementação. Nesse sentido, ver: FERNANDES, Rafael Gonçalves. A responsabilização civil do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento e a análise custo-benefício dessa prática. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 7, n. 6, p. 1899-1927, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/y2832xae>. Acesso em: 6 jan. 2022.

²⁸³ GIFFORD, Charlotte. The problem with emotion-detection technology. *The New Economy*. [S.l.], 15 jun. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5h5s5n2p>. Acesso em: 6 jan. 2022.

²⁸⁴ A categorização das emoções contou com seis tipos de reações: Like, Love, Haha, Wow, Sad and Angry. Vide: <https://tinyurl.com/yckvc7pj>.

²⁸⁵ POOL, Chris; NISSIM, Malvina. Distant supervision for emotion detection using Facebook reactions. *ACL Anthology*. Proceedings of the Workshop on Computational Modeling of People's Opinions, Personality, and Emotions in Social Media. Osaka, 12 dez. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/s26pshrb>. Acesso em: 6 jan. 2022.

publicitários porque conseguiu agregar um valor diferenciado ao sistema.^{286 287} Outras experiências de renderização de emoções estão em execução na plataforma Instagram. A principal delas se baseia em likes do usuário, unindo interesse por determinados conteúdos ao seu estado emocional momentâneo. Essa medição é feita em milissegundos, conforme o usuário desliza os dedos entre os posts sugeridos, a plataforma vai adaptando e personalizando o conteúdo e a publicidade.²⁸⁸ Em 2019, a Microsoft que é controladora da rede social profissional LinkedIn, também implementou tecnologias semelhantes.^{289 290}

O principal motivo pela escolha das plataformas de mídia digital como o campo de testes em massa e de comercialização da Inteligência Emocional Artificial, está na riqueza de dados presentes nelas, que além de contar com um grande conglomerado de dados extraídos dos usuários, também conta com a ajuda desses últimos na alimentação dos perfis com mais dados pessoais.²⁹¹ Tais plataformas, além de contar com o engajamento coletivo na construção de feedbacks do conteúdo e dos anúncios exibidos, também cedem esses dados para empresas terceiras que desenvolvem novas ferramentas de rastreamento e medição comportamental.²⁹² Tanto o marketing quanto a publicidade estão engajados em mesclar os diferentes meios de segmentação comportamental descritos até agora nesta tese.²⁹³

O surgimento desse “meio ambiente simulado” já era previsto genericamente por

²⁸⁶ LACY, Isa. 12 ways you can use Facebook Reactions. In: *SEJ Search Engine Journal*. [S.l.], 23 maio 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n8ekj5u>. Acesso em: 6 jan. 2022.

²⁸⁷ Sobre a problemática ética da utilização da ferramenta “Facebook Reactions” veja o documentário “The Social Dilemma” SOCIAL DILEMMA: United States of America. Director: Jeff Orlowski. Executive producers: Davis Coombe; Vickie Curtis; Jeff Orlowski. Docudrama: Netflix, 2020. Documentário via streaming.

²⁸⁸ Existem problemáticas na exibição de conteúdo personalizado, que pode acarretar o fenômeno denominado “boxing”, em que se cria um enviesamento do conteúdo exibido ao usuário. Existem riscos na implementação desse modelo. Tais problemas são delineados na seção 1.1.4.

²⁸⁹ CHEN, Cissy. Introducing LinkedIn Reactions: More Ways to Express Yourself. In: LinkedIn Official Blog. San Francisco, 11 abr. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5bck3u9m>. Acesso em: 6 jan. 2022.

²⁹⁰ Entretanto, tais tecnologias contêm falhas ao vincular teorias psicológicas desatualizadas na construção dos algoritmos. GIFFORD, Charlotte. The problem with emotion-detection technology. *The New Economy*. [s.l.], 15 jun. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5h5s5n2p>. Acesso em: 6 jan. 2022.

²⁹¹ Discussões específicas sobre questões ligadas ao paradoxo da privacidade versus exposição pública e voluntária de dados é realizada no tópico 2.2, desta tese. Por hora, basta mencionar que a arquitetura da rede instiga a sua alimentação pelos usuários, por meio de uma arquitetura tecnológica de extração de dados. Vide: ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 154.

²⁹² As questões jurídicas sobre o consentimento dos usuários são delineadas na seção 3.1.

²⁹³ Chester afirma que: “Increasingly, marketers are merging insights gathered via behavioral targeting and analysis of users’ social media actions. For example, Adobe’s Omniture Site Catalyst, which offers BT tracking, now incorporates a range of ‘social media analytics’ for Facebook marketers, so they can ‘gain deeper insights into user behavior’ and ‘understand how apps ‘go viral’ amongst... users” CHESTER, Jeff. Cookies Wars: How new data profiling and targeting techniques threaten citizens and consumers in the “big data” Era. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul; POULLET, Yves. (eds.). *European Data Protection: in good health?* Londres: Springer, 2012. p. 68.

Alvin Toffler na década de 1970.²⁹⁴ O autor estipulava que a inovação digital transformaria a indústria da experiência, proporcionando ao consumidor a exacerbação das suas emoções (alegria, aventura, excitação sexual, etc.).

Cinquenta anos após a publicação da obra de Toffler, o “**mercado de atenção**” agora conta com uma tecnologia de ponta para alcançar individualmente cada usuário.²⁹⁵ A lógica desses mercados consiste em uma forma (mais especializada) de explicar a atuação desses intermediários nos mercados de dois lados. Eles utilizam a lógica mercantil da “corretagem de atenção” (*attention brokerage*).²⁹⁶ Por este motivo, as políticas e termos de uso de grandes sociedades empresárias como Google e Facebook, afirmam categoricamente que não vendem dados pessoais. O aviso está correto. Elas não realizam comercialização direta de dados, mas sim da audiência formada. Atraem, portanto, a atenção dos usuários oferecendo algo de valor (gratuidade de entretenimento, notícias e serviços) para, depois, revenderem essa atenção captada à rede publicitária, por um preço determinado.²⁹⁷ ²⁹⁸ Apesar disso, essa técnica nada tem de inovadora, pois já estava presente nas mídias tradicionais.²⁹⁹

A divergência, ao revés, está na forma de concretização desse modelo de negócios digital, que parte do rastreamento sistêmico da vida privada dos usuários. Randal C. Picker alerta que “(...) em um mundo de distribuição gratuita instantânea, os consumidores/usuários perderão voz, como grupo, e os anunciantes serão ouvidos.” (tradução nossa).³⁰⁰ Essa preocupação parte, em certa medida, dos potenciais riscos que podem advir da utilização massiva dessas tecnologias à proteção jurídica dos consumidores. Por este motivo, o próximo

²⁹⁴ A primeira obra do autor sobre a “revolução digital”, foi escrita em 1970. Para consultá-la na íntegra, veja: TOFFLER, Alvin. *Future Shock*. New York: Bantam Books, 2021. (E-book atualizado e não paginado).

²⁹⁵ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Knopf, 2016.

²⁹⁶ O termo corretagem de atenção foi utilizado pela primeira vez em 1830, pela então rede de jornais New York Sun, que prometia melhor captar a atenção dos leitores, aumentando o impacto dos jornais e revendendo a atenção dos consumidores aos anunciantes, para a exibição de anúncios publicitários. Adverte-se que grande parte das redes de televisão e rádio abertas, utilizam tal lógica econômica para auferir lucro. ²⁹⁶ WU, Tim. Blind Spot: The Attention Economy and the Law. *Antitrust Law Journal*. Columbia Law School, v. 82, p. 771-806, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrx7nydf>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 786.

²⁹⁷ Id *ibid*.

²⁹⁸ Acerca da diferença entre valor e preço, veja: GICO JR., Ivo Teixeira. Notas sobre a Análise Econômica do Direito e Epistemologia do Direito. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2hk68wv2>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 925.

²⁹⁹ Os usuários reservam aproximadamente 2 horas e 22 minutos por dia para suas redes sociais virtuais, indica pesquisa realizada em 2020, pela GWI. GWI. *GWI’s flagship report on the latest trends in social media*. California, 2021. Report. Disponível em: <https://tinyurl.com/3yc989td>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³⁰⁰ “(...) in a world of instantaneous free distribution, consumers/users will lose voice, as a group, and advertisers will be heard instead.” PICKER, Randal C. Online Advertising, Identity and Privacy. *John M Olin Law & Economics Working Paper n. 475 (2d series)*. *SSRN Electronic Journal*, v. 475, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/56xe7puy>. Acesso em: 3 jan. 2022. p. 16.

tópico elenca quais são esses riscos e quais direitos estariam em jogo.

1.1.4 As preocupações quanto à pervasividade da predição comportamental: os riscos da Quarta Revolução Industrial

Existem inúmeros benefícios na utilização da publicidade comportamental. A dimensão atual da web e da internet não estariam plenamente desenvolvidas, caso os usuários precisassem dispendir alguma quantia para acessar grande parte dos motores de busca, usufruir de entretenimento diversificado ou se comunicar pelas mídias sociais digitais.³⁰¹ As receitas publicitárias auxiliaram na construção da própria arquitetura da rede. Entretanto, a ausência de uma regulação específica para a temática permitiu a exploração de zonas cinzentas da ciência jurídica, principalmente na captação e tratamento de dados pessoais. As sociedades empresárias, então, se utilizaram das lacunas regulatórias para construir mecanismos tecnológicos de difícil reversão.³⁰² Consequentemente, a letargia regulatória incrementou a produção de novos riscos em escala global e multissetorial.³⁰³

De acordo com o Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), sobre o direito à privacidade na era digital, tais riscos não podem ser subestimados, uma vez que o poder analítico utilizado pelas sociedades empresárias cria um ambiente digital intrusivo que pode afetar a dignidade humana, a autonomia individual, a igualdade de tratamento, a liberdade de expressão, a privacidade, a proteção dos dados pessoais e o exercício dos direitos humanos em geral.³⁰⁴ Em outro relatório, elaborado pela Anistia Internacional, Organização não Governamental, anota-se que “em alguns casos, os impactos

³⁰¹ CASTELLUCCIA, Claude. Behavioural tracking on the internet: a technical perspective. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul; POULLET, Yves. (eds.). *European Data Protection: in good health?* Londres: Springer, 2012, p. 21-23.

³⁰² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. UN High Commissioner for Human Rights. *The right to privacy in the digital age*. Report A/HRC/39/29, New York, 3 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycy67zku>. Acesso em: 6 jan. 2022. parágrafo 56.

³⁰³ Conforme delineado pelo sociólogo Ulrich Beck, os avanços científicos e tecnológicos conduziram a humanidade à uma “sociedade de risco”. A intensificação das mudanças científicas e tecnológicas produzidas pelos seres humanos, geraram uma reflexão acadêmica sobre a atual fase vivenciada pela modernidade. Essa fase representada pela “deslocalização”, pela “incalculabilidade” e pela “não-compensabilidade” dos riscos, busca aplicar um critério de “ponderação” entre o sucesso do progresso industrial e as consequências negativas perpetradas na sociedade. BECK, Ulrich. Sociedade global, sociedade de riscos. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, v. 7, n.4, p. 53-81, jan./jun. 1998. p. 54; BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scoot. *Modernidade reflexiva*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

³⁰⁴ No document original afirmou-se que: “Increasingly powerful data-intensive technologies, such as big data and artificial intelligence, threaten to create an intrusive digital environment in which both States and business enterprises are able to conduct surveillance, analyze, predict and even manipulate people’s behaviour to an unprecedented degree. (...) The resulting environment carries risks for individuals and societies that can hardly be overestimated.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. UN High Commissioner for Human Rights. *The right to privacy in the digital age*. Op. cit. paragraphs 1 e 16.

negativos são causados diretamente pela sociedade empresária que oferece o serviço digital. Em outros casos, os impactos podem advir de terceiros que utilizam os dados de forma indevida. (tradução nossa).” Além disso, os especialistas indicam que “esses impactos são significativamente amplificados e multiplicados quando as operações do Facebook [atualmente chamada de “Meta”] e Google são dominantes no mercado digital.” (tradução nossa).³⁰⁵

Tal preocupação já havia sido discutida pela literatura jurídica, antes mesmo do surgimento comercial da internet. Na década de 1980, o jurista norte-americano Spiros Simitis indicava que as informações decorrentes do tratamento de dados seriam capazes de alimentar estratégias de manipulação e modelamento individual dos usuários.³⁰⁶ Isso afetaria diferentes áreas ligadas a saúde, seguridade, relações trabalhistas, segurança pública e consumo em geral. Para o autor, as “formas modernas” de coleta de dados promoveriam alteração nas discussões sobre o direito à privacidade em três frentes. Pela primeira frente, a privacidade deixaria de ser uma preocupação individual e expressaria preocupações coletivas que afetariam toda a sociedade. Assim, não se trataria mais de preocupar-se apenas com o vazamento de uma ou outra informação íntima, mas de se atentar para a “recuperação intensiva de dados pessoais de todos os funcionários, contribuintes, pacientes, clientes de bancos, beneficiários de assistência social ou motoristas de automóveis.” (tradução nossa).³⁰⁷ Pela segunda frente, as tecnologias de armazenamento viabilizariam o registro e reconstrução detalhada de todos os atos individuais, pois “a vigilância perderia, assim, seu caráter excepcional e se tornaria uma prática rotineira.” (tradução nossa).³⁰⁸ Pela terceira frente, a manutenção desses bancos de dados desafiaria a concepção de privacidade e de proteção de dados pessoais, uma vez que agiria sob

³⁰⁵ “(...) in some cases, such impacts are directly caused by the company’s technology itself; in other cases, these tools can be exploited by other actors in ways that harm rights. (...) these impacts are significantly amplified and multiplied by the sheer scale of Facebook and Google’s operations and the dominance of their platforms.” AMNESTY INTERNATIONAL. *Surveillance giants: How the business model of Google and Facebook threatens human rights*. Londres: Amnesty Internacional, 2019. Disponível em: Amnesty International. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n67b66v>. Acesso em: 3 jan. 2022, p. 28.

³⁰⁶ Nas palavras do autor: “personal information is increasingly used to enforce standards of behavior. Information processing is developing, therefore, into an essential element of long-term strategies of manipulation intended to mold and adjust individual conduct.” SIMITIS, Spiros. Reviewing privacy in an information society. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 135, p. 707-746, 1985. Disponível em: <https://tinyurl.com/yyzcdx4v>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 710,726.

³⁰⁷ “(...) the intensive retrieval of personal data of virtually every employee, taxpayer, patient, bank customer, welfare recipient, or car driver.” SIMITIS, Spiros. Reviewing privacy in an information society. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 135, p. 707-746, 1985. Disponível em: <https://tinyurl.com/yyzcdx4v>. Acesso em: 6 jan. 2022, p. 708.

³⁰⁸ “Surveillance has thereby lost its exceptional character and has become a more and more routine practice.” *Ibid.*, p. 709.

uma construção altamente complexa.³⁰⁹

A partir dos três argumentos levantados por Spiros, é possível ilustrar diferentes riscos na implementação da publicidade comportamental no século XXI, por meio de uma gama de experiências comerciais que violam ou podem violar não apenas o direito à privacidade e à proteção de dados, mas outros direitos correlatos mencionados no Relatório do ACNUDH.³¹⁰ Nesse sentido, é possível visualizar pelo menos cinco categorias de impactos negativos aos usuários, que revelam: (i) a excessiva perfilização dos usuários; (ii) a construção de cenários microsegmentados; (iii) a promoção de conteúdo midiático incendiário; (iv) a discriminação de pessoas e de preços; e, (v) o rastreamento sistêmico.³¹¹

A **perfilização** ultrapassa a barreira da coleta de dados dos usuários. A análise individual dos dados coletados pode transparecer uma certa simplicidade e não revelar potenciais danos ao seu titular. Contudo, quando tais dados são tratados em conjunto e minerados a partir de algoritmos com alto poder analítico, informações sensíveis podem emergir, sem o conhecimento do seu titular.

É nesse ponto que a perfilização ultrapassa a barreira da mera análise de dados para manutenção de cadastros de consumo ou aperfeiçoamento de plataformas e atinge a esfera íntima do sujeito. Como visto nas seções anteriores, as sociedades empresárias já exploravam esse potencial de criação de perfis dos usuários para direcionar conteúdo e publicidade personalizados. Para além do perfil de consumo, os algoritmos aprendem com base nas

³⁰⁹ Nessa época, não havia uma clara delimitação entre privacidade e proteção de dados pessoais, tal como é visualizada hoje. A proteção de dados era vista como um apêndice do direito à privacidade. Considerações sobre essa perspectiva foram realizadas na seção 2.2, desta tese.

³¹⁰ Neste tópico se realiza o levantamento dos riscos e indicação da possível violação de direitos dos consumidores. Contudo, os debates específicos sobre os direitos aqui delineados foram diluídos nos capítulos 2, 3 e 4, desta tese.

³¹¹ A subdivisão dos impactos negativos aos usuários em 5 (cinco) categorias foi construída a partir da observância dos relatórios de organismos internacionais que trabalham a temática. Ela busca abranger grande parte dos riscos experimentados pelos usuários. Os seguintes relatórios foram consultados:

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Opinion 3/2018 EDPS*, Opinion on online manipulation and personal data. Brussels, 19 mar. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2tv8ezeh>. Acesso em: 6 jan. 2022;

AMNESTY INTERNATIONAL. *Surveillance giants*: How the business model of Google and Facebook threatens human rights. Londres: Amnesty Internacional, 2019. Disponível em: Amnesty International. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n67b66v>. Acesso em: 3 jan. 2022;

LEWIS, Rebecca. *Alternative influence*: broadcasting the reactionary right on Youtube. [S.l.]: Data Society Research Institute, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p973y88>. Acesso em: 6 jan. 2022; <file:///C:/Users/Rafael/Downloads/Human-Rights-Risk-Scenarios-targeted-advertising.en.pt.pdf>

RANKING DIGITAL RIGHTS. *Consultation draft: Human Rights risk scenarios – targeted advertising*. New York: RDR, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2n394vys>. Acesso em: 6 jan. 2022;

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Senate. *Online advertising and hidden hazards to consumer security and data privacy*. Report. Washington, D.C., 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p889c9j>. Acesso em: 4 jan. 2022.

correlações já realizadas sobre os usuários e podem estigmatizá-los com base em estereótipos existentes, subvertendo o direito de formar sua própria personalidade no mundo virtual, de se autodeterminar e controlar a sua identidade.

Com a capacidade de revelar mais sobre uma pessoa do que os próprios familiares e amigos seriam capazes, os algoritmos classificam e atribuem pontuações aos indivíduos com grande precisão.³¹² Dados aparentemente inúteis como velocidade de digitação ou erros de grafia, são classificados para captar o nervosismo, tristeza ou cansaço do usuário e assim inferir e prever o que ele possivelmente compraria, com aquele estado de espírito.³¹³ Alguns pesquisadores apontam que essa predição é meramente probabilística e sujeita a erros frequentes.³¹⁴

Entretanto, o sujeito fica refém da construção terceirizada do seu perfil e o coloca em “caixas” que o deixam em um labirinto de informações circulares que aparentemente seriam do seu particular interesse. Tal fenômeno é denominado, na língua inglesa, de “boxing”.³¹⁵ Há outras definições doutrinárias que se referem ao mesmo risco, quando se cria colateralmente as “filter bubbles”³¹⁶ ou “information cocoons.”³¹⁷ Essa perspectiva traz outras implicações, não só para a publicidade comportamental, conforme anota Danilo Doneda:

É fundamental notar, no entanto, que a compilação de perfis de comportamento tem a publicidade comportamental como apenas uma de suas potenciais finalidades. Hoje, a forte dinâmica deste mercado o coloca em posição de destaque, porém qualquer atividade que possa ter a ganhar com um conhecimento mais apurado de uma pessoa ou uma possibilidade de antever suas opções futuras tem muito a ganhar com a

³¹² Cabe pontuar, também, que: “The effectiveness of these predictions were assessed in one of the experiments performed by the Stanford researchers. They have found that “by mining a person’s Facebook “likes,” a computer was able to predict a person’s personality more accurately than most of their friends and family. Only a person’s spouse came close to matching the computer’s results.” The computer predictions were based on which articles, videos, artists and other items the person had liked on Facebook.” PARKER, Clifton B. New Stanford research finds computers are better judges of personality than friends and family. *Stanford News*, Stanford, 12 jan. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/2pdumk2z>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³¹³ KALTHEUNER, Frederike; BIETTI, Elettra. Data is power: Towards additional guidance on profiling and automated decision-making in the GDPR. *Journal of Information Rights, Policy, and Practice*. [s.l.], v. 2, n. 2, 14 mar. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/hhbznt8c>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 4.

³¹⁴ Ibid.

³¹⁵ ABRAMS, Martin. Boxing and concepts of harm. *Privacy and Data Security Law Journal*, v. 4, p. 673-676, set. 2009. Acesso em: 6 jan. 2022.

³¹⁶ De acordo com o idealizador do termo filter bubbles: “The basic code at the heart of the new Internet is pretty simple. The new generation of Internet filters looks at the things you seem to like - the actual things you’ve done, or the things people like you like - and tries to extrapolate. They are prediction engines, constantly creating and refining a theory of who you are and what you’ll do and want next. Together, these engines create a unique universe of information for each of us - what I’ve come to call a filter bubble - which fundamentally alters the way we encounter ideas and information.” PARISER, Eli. *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*. Londres: Penguin Books, 2011. p. 10.

³¹⁷ Para Cass Sunstein os “casúlos de informação” se referem à “communication universes in which we hear only what we choose and only what comfort us and pleases us” (Sunstein 2006, p. 9). SUNSTEIN, Cass R. *Republic 2.0*. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

existência destes perfis. Desta forma, somente para fornecermos alguns exemplos, tanto campanhas eleitorais como o recrutamento de recursos humanos, a compilação de históricos clínicos ou a precificação de seguros, além de tantos outros, podem apresentar um interesse potencial nestes perfis, levando a situações de relativização da liberdade de escolha e mesmo de discriminação que, embora possam ultrapassar o alcance da relação de consumo, decorrem desta estrutura montada no âmbito da publicidade para o consumidor.³¹⁸

O fenômeno da **microsegmentação** consiste na segregação de públicos com base em padrões recorrentes na rede mundial de computadores. O ambiente informativo digital é então personalizado para agrupar pessoas em pequenos grupos de interesses, ideias, gostos, opiniões iguais ou semelhantes. A forma que um *feed* de notícias é exibido em plataformas digitais revela a ação da microsegmentação, que alcança todo o ambiente online interligado por redes de publicidade conectadas. Quando a segmentação se aproveita da perfilização acima mencionada e alcança com precisão indivíduos singulares, ela é denominada de “nanossegmentação”.³¹⁹ Essa especialização terceirizada pode gerar um ambiente digital manipulador, que impacta na autonomia do usuário de usufruir da informação livre de interferências criadas pelos algoritmos de análise comportamental. Tal manipulação pode resultar das estratégias comerciais eleitas pelas empresas ou “(...) por causa das ações de indivíduos e estados que buscam utilizar plataformas intermediárias para desorganizar ou subverter mercados e o discurso público. (tradução nossa).”³²⁰ Outro impacto negativo ao usuário está na utilização de técnicas que induzem o comportamento viciante. Especialistas e ex-funcionários das grandes companhias indicam que as táticas de *feeds* infinitos, reprodução automática de áudio e vídeo, facilitação de *feedbacks* sobre postagens, compartilhamento de mensagens e imagens, são inspiradas na indústria de jogos.³²¹ Os efeitos podem ser observados quando a micro ou nanossegmentação comercial para fins publicitários se aproveita de outras formas de segmentação política, religiosa, cultural para aumentar a taxa de cliques em anúncios. Tal cenário pode levar

³¹⁸ DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo*: para além da informação creditícia. V. 2. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor/Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/3f49d2u2>. Acesso em: 11 set. 2021, p. 63.

³¹⁹ Nomenclatura desenvolvida por Leslie Bradshaw, vide comentários de: BARBU-KLEITSH, Oana. Microtargeting in social media and ethical issues. *Studia UBB Ephemerides*, v. LVIII, n. 2, p. 83-90, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/kabcjym2>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 86.

³²⁰ “This manipulation may occur as a result of the business strategies chosen by market players themselves, or because of the actions of individuals and states seeking to use platforms intermediaries to disrupt or subvert markets and public discourse.” EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Opinion 3/2018 EDPS*, Opinion on online manipulation and personal data. Brussels, 19 Mar. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2tv8ezeh>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 9.

³²¹ WU, Tim. *The attention merchants*: the epic scramble to get inside our heads. New York: Knopf, 2016. p. 348; MCNAMEE, Roger. Why not regulate social media like tobacco or alcohol? *The Guardian*. [s.l.], 29 jan. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/3xmzptpt>. Acesso em: 6 jan. 2022.

prejudicar ou inibir a liberdade de expressão das pessoas.³²²

É nessa linha que os riscos da promoção de **conteúdo midiático incendiário** se apresentam no ambiente publicitário virtual. Como visto na seção 1.1.1, as mídias tradicionais desempenharam um papel fundamental na difusão, reprodução e conservação de mensagens. Levando a comunicação social e a publicidade a outro patamar.³²³ Agora, as mídias algorítmicas proporcionam a criação massiva de conteúdo por qualquer usuário. Tal cenário favoreceu o compartilhamento também massivo de notícias e informações falsas ou sensacionalistas. Conseqüentemente, essas informações acabam impulsionando a publicidade digital, uma vez que conseguem aumentar a taxa de cliques em anúncios que são exibidos em conjunto com o conteúdo incendiário ou obsceno.³²⁴ Segundo pesquisa realizada pelo Senado Federal, no Brasil cerca de 83% dos usuários da internet se sentem influenciados pelo conteúdo divulgado nas redes sociais.³²⁵ Nesse meandro, as *fake news* revelam um grande problema a ser tratado, uma vez que afeta não só o direito à informação, mas em alguns casos pode afetar a vida, a saúde, as finanças e outros direitos individuais e coletivos. O conteúdo midiático incendiário pode levar ao radicalismo na internet e se transformar em atos ilícitos.

A combinação automatizada de perfilização com microsegmentação acarreta o aumento de grupos disseminadores de ódio, violência e discriminação.³²⁶ Isso ocorre porque os algoritmos ainda falham na realização de distinção de conteúdo lícito e conteúdo ilícito publicado pelos usuários.³²⁷ Nesse caso, os potenciais riscos se transformam em danos coletivos e de difícil mensuração. Por exemplo, especialistas em direitos humanos da ONU, apuraram

³²² BODÓ, Balázs; HELBERGER, Natali; VREESE, Claes H. de. Political micro-targeting: a Manchurian candidate or just a dark horse? *Internet Policy Review. Journal on Internet Regulation*. v. 6, n. 4, p. 1-13, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/4x46ecjz>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 4.

³²³ Nessa linha: “Classified advertising was formerly seen as the ‘rivers of gold,’ buoying up the wealth of the press, and online classified advertising is one of the few areas in which the legacy print media have been able to adapt to the Internet, but this kind of advertising is clearly behind the revenues generated by the new digital forms.” SINCLAIR, John. Advertising and media in the age of the algorithm. *International Journal of Communication*, v. 10, p. 3522–3535, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4un88wup>. Acesso em: 3 jan. 2021, p. 3525.

³²⁴ A automatização da venda de anúncios publicitários, sem distinção do tipo de conteúdo correlacionado, levou ao aperfeiçoamento do sistema, já que houve uma reivindicação dos próprios anunciantes.

³²⁵ BRASIL. Senado Federal. DataSenado. Pesquisa Nacional Redes Sociais, Notícias Falsas e Privacidade na Internet. Brasília: DataSenado, 10 dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8efd3a>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³²⁶ Conforme exposto pela Anistia Internacional: “Sensationalism in mass media is, of course, not a new phenomenon, and is not limited to the internet. But the recommendation engines of social media go well beyond the adage “if it bleeds, it leads”: they can systematically privilege extreme content including conspiracy theories, misogyny, and racism to keep people on their platforms for as long as possible.” AMNESTY INTERNATIONAL. *Surveillance giants: How the business model of Google and Facebook threatens human rights*. Londres: Amnesty Internacional, 2019. Disponível em: Amnesty International. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n67b66v>. Acesso em: 3 jan. 2022. p. 35.

³²⁷ ALBRIGHT, Jonathan. The micro-propaganda machine. *Medium*, [s.l.], 4 nov. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/yjx2xre3>. Acesso em: 6 jan. 2022.

que o Facebook “contribuiu significativamente” para o genocídio ocorrido em Myanmar, uma vez que permitiu a circulação massiva de mensagens odiosas e radicais.³²⁸ Apesar da tentativa do Facebook de controlar a situação, os investigadores apontaram a morosidade na adoção de medidas tecnológicas eficazes. O problema se agravou ainda mais, uma vez que grande parte da população consultava a plataforma para se informar.³²⁹ Em outro caso, um relatório emitido pela Data&Society, organização de pesquisa independente sem fins lucrativos, identificou o crescimento de grupos reacionários e extremistas que disseminam ideias preconceituosas, discriminatórias, terroristas e anticientíficas na plataforma Youtube, controlada pela Google.³³⁰

Segundo os pesquisadores, a forma de monetizar o conteúdo incendiário ilícito, por meio de anúncios publicitários, gera lucro tanto para a plataforma como para os influenciadores extremistas, que adotam técnicas comerciais para disseminar discursos racistas e misóginos. Tais influenciadores conseguem facilmente contornar as ferramentas automáticas que excluem conteúdos com calúnias ou informações falsas.³³¹ Trata-se do lado obscuro da “arquitetura de persuasão”, apta a influenciar e manipular bilhões de pessoas, impactando a liberdade de crença e de opinião de comunidades inteiras. Conforme afirma Zeynep Tufekci, “estamos construindo distopias apenas para fazer as pessoas clicarem em anúncios.” (tradução nossa).^{332 333}

Tais distopias já alcançaram os pilares democráticos, impactando eleições em diferentes países.^{334 335} É nesse rol que se encaixa a extração de dados pessoais pela sociedade

³²⁸ MILES, Tom. U.N. investigators cite Facebook role in Myanmar crisis. Reuters. *Technology News*. [s.l.], 12 mar. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/4355shhp>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. Thirty-ninth session. *Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar*. 10-28 set. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8tjt86>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 14.

³³⁰ Veja, por exemplo, a disseminação de vídeos de defensores “terraplanistas.”

³³¹ LEWIS, Rebecca. *Alternative influence: broadcasting the reactionary right on Youtube*. [S.l.]: Data Society Research Institute, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p973y88>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 43-44.

³³² O termo “arquitetura de persuasão” foi desenvolvido por Zeynep Tufekci. Para aprofundar a temática, veja a sua apresentação no TED: Zeynep Tufekci. We’re Building a dystopia just to make people click on ads. Set. 2017. 1 vídeo (22 min 46 s). Disponível em: <https://tinyurl.com/2pejbfpr>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³³³ Cabe mencionar que existem riscos à segurança do consumidor no que tange às falhas do mercado publicitário. O principal deles está na publicidade online maliciosa contendo *malwares*. Advindos de ciberataques, eles infectam o computador quando o usuário clica em algum desses anúncios que não tem finalidades comerciais, mas sim criminosas. Diante da complexidade da indústria da publicidade online é difícil identificar e responsabilizar os agentes responsáveis pelos *malwares*. Para consultar um estudo completo sobre a temática, veja: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Senate. *Online advertising and hidden hazards to consumer security and data privacy*. Report. Washington, D.C., 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p889c9j>. Acesso em: 4 jan. 2022.

³³⁴ De acordo com o Fórum Econômico Mundial (WEF) 2021, o número de países que empregam tecnologias de análise comportamental para discriminar e manipular eleitores em redes sociais digitais aumentou 150% entre 2017 e 2019. WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Risks Report 2021*. Davos: WEF, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrc3ap4n>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 30.

³³⁵ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática:

empresária Cambridge Analytica, tendo como foco a plataforma Facebook.³³⁶ O acesso da Cambridge Analytica aos dados dos usuários do Facebook se deu pela parceria comercial com o aplicativo “this is your digital life”, criado por Aleksander Kogan, professor de psicologia da Universidade de Cambridge. O aplicativo coletava dados pessoais dos usuários que consentiram com o tratamento, mas também extraía dados de todos os usuários presentes na rede de amigos. Assim, os 270 mil termos de consentimento assinados digitalmente para o tratamento de dados, se transformaram em 87 milhões de perfis analisados até 2014.³³⁷ A Cambridge Analytica em posse desses dados, criou diversas inferências com o seu lema comercial de analisar dados para fins políticos e influenciar os eleitores, tendo como base a criação de perfis de personalidade detalhados e exclusivos para, em seguida, adaptar as mensagens políticas personalizadas a serem transmitidas pelo Facebook.³³⁸ Até 2015, já haviam cerca de cinco mil pontos de dados de cada eleitor. Contudo, além de extrapolar a noção individualizada do consentimento ao coletar dados de terceiros dentro da rede de amigos, a finalidade declarada para o tratamento de dados não consistia na sua utilização para fins eleitorais.³³⁹ O enorme banco de dados conseguiu extrair informações extremamente rentáveis e que chamaram a atenção dos empresários para o seu potencial enviesador de eleitores, ampliando o alcance da Cambridge Analytica para além dos EUA.

Assim, a predição online antes concentrada apenas no consumidor passou, então, a ser realizada para segregar eleitores e praticar as táticas de microsegmentação.³⁴⁰ A Cambridge Analytica utilizou todo o ferramental da publicidade comportamental online para lucrar com as campanhas políticas de candidatos à presidência dos EUA, Ted Cruz e Donald Trump.³⁴¹

Em 2015, o The Guardian revelou o uso indevido dos dados pessoais dos usuários do Facebook, que segundo as investigações posteriores já estava ciente das falhas em suas políticas

limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5d2kekwc>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³³⁶ CONFESSORE, Nicholas. Cambridge Analytica and Facebook: the scandal and the fallout so far. *The New York Times*, 4 abr. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9hb69f>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³³⁷ CAMBRIDGE Analytica parent firm SCL Elections fined over data refusal. *BBC News*. [s.l.], 10 jan. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2fdmumxp>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³³⁸ HALPERN, Sue. Cambridge Analytica and the Perils of Psychographics. *The New Yorker*, New York. 30 mar. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/k4vx7yve>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³³⁹ SUSPENDING Cambridge Analytica and SCL Group from Facebook. In: Meta, San Francisco. 16 mar. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/389vxhks>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³⁴⁰ RUBINSTEIN, Ira. Voter Privacy in the Age of Big Data. *Wisconsin Law Review*, [s.l.], v. 861, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8uwph7>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³⁴¹ ROSENBERG, Matthew; CONFESSORE, Nicholas; CADWALLADR, Carole. How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions. *The New York Times*. New York, 17 mar. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/44wddc57>. Acesso em: 6 jan. 2022.

de privacidade que permitiam a coleta indevida de dados.³⁴² Contudo, foi apenas em 2018 que o Facebook informou os usuários afetados com a perfilização realizada pela Cambridge Analytica.³⁴³ Após longas investigações, o Facebook aperfeiçoou suas estratégias técnicas nos quesitos privacidade e proteção de dados pessoais.³⁴⁴

A dissolução da Cambridge Analytica após os escândalos das suas práticas comerciais não evitou o surgimento de novas sociedades empresárias com o mesmo objetivo. A “Data Propria” também utilizada a ciência comportamental em conjunto com o big data e tecnologias de predição para enviar mensagens personalizadas aos eleitores e “provocar a mudança de comportamento”.³⁴⁵ A nova versão da predição eleitoral ultrapassou a rede social Facebook e agora coleta dados de smartphones. O telefone celular, como visto na seção 1.1.2, oferece um mundo de possibilidades para o tratamento de dados. Assim, “sabendo quem está em seu arquivo eleitoral, os gerentes de campanha podem usar dados móveis e publicidade móvel para identificar e envolver os eleitores que emitem sinais digitais semelhantes para seus apoiadores identificados.” (tradução nossa).³⁴⁶

Portanto, a perspectiva eleitoral revela outro risco importante do desenvolvimento tecnológico da publicidade comportamental online, uma vez que “demonstra como os dados coletados para um propósito podem ser reutilizados em contextos imprevisíveis e para propósitos nebulosos e podem impactar a sociedade de maneiras importantes.” (tradução

³⁴² DAVIES, Harry. Ted Cruz using firm that harvested data on millions of unwitting Facebook users. *Guardian* (UK), 11 dez. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/4jas7f8v>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³⁴³ AN UPDATE on Our App Developer Investigation. In: *Meta*, San Francisco. 20 set. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4phjca3>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³⁴⁴ Nesse ponto, cabe mencionar duas obras centrais nos desafios contemporâneos da democracia:

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018;

RUNCIMAN, David. *Como a democracia chega ao fim*. Tradução de Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018. Resumidamente, enquanto Ziblatt e Levitsky estão preocupados com os líderes autoritários que alcançam o poder, Runciman entende que os agentes mais perigosos para o futuro da democracia são os monopólios digitais formados pelas “BigFive”. Runciman entende que o poder tecnológico dessas gigantes pode ultrapassar até mesmo grandes potenciais estatais.

³⁴⁵ A sociedade empresária afirma que: “We use behavioral science to understand the motivations, needs and individual differences of our clients’ audiences, and use those insights to personalize communications and affect behavior change. We also use psychological insight to optimize communications and ‘nudge’ behavior independent of segments. All of our work starts with the end in mind, looking to impact tangible, real-world metrics for our clients.” WORK with us. Data Propria career posting for a behavioural scientist. *Datapropria*, [s.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/m2w493t4>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³⁴⁶ “Knowing who’s in their voter file, campaign managers can use mobile data and mobile advertising to identify and engage voters who give off similar digital signals to their identified supporters.” REYNOLDS, Emily. Before the Gold Rush: A New Way to Reach Voters. *Phunware*, [s.l.], 30 nov. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr3653xz>. Acesso em: 6 jan. 2022.

nossa).³⁴⁷ No Brasil essa preocupação está sendo discutida no âmbito do Projeto de Lei n. 2630/2020, denominado popularmente de “Projeto de Lei das *Fake News*”.³⁴⁸

A **discriminação** também permeia silenciosamente o ecossistema publicitário virtual. Ela atinge para além do conteúdo incendiário e eleitoreiro, a própria criação automatizada de perfis. Inerentemente discriminatória, a perfilização visa segregar indivíduos ou grupos, tendo como base traços pessoais (físicos e mentais) e comportamentos íntimos e sociais. Tal segregação, por sua vez, pode conter dados e informações sensíveis, desde categorias comuns como orientação sexual, estado civil, idade, etnia, faixa de renda e doenças preexistentes (discriminação direta), até tendência ao alcoolismo, interesses por traição, ex-líderes nazistas, genocídio, entre outros (discriminação indireta).³⁴⁹

É importante ressaltar que os algoritmos partem do aprendizado de máquina baseado em acúmulo de dados, para realizar as inferências que podem conter alto grau discriminatório. Veja, por exemplo, o teste realizado pela Microsoft em parceria com o Bing, na implementação da inteligência artificial chamada “Tay”, que visava adquirir conhecimentos na web e, a partir daí e sem intervenção humana, criar círculos sociais e escrever *posts* no Twitter. Em poucos minutos, a robô já estava apregoando ideias racistas e caluniosas, com base nas previsões realizadas a partir das informações mais ranqueadas da plataforma.³⁵⁰

³⁴⁷ “It shows how data collected for one purpose may be reused in unpredictable contexts and for nebulous purposes and can potentially impact society in major ways.” NORWEGIAN CONSUMER COUNCIL. *Online advertising industry is out of control* (NCC Report). NCC. Oslo, 14 jan. 2020. Disponível em <https://tinyurl.com/2p9ha3ny>. Acesso em: 4 jan. 2022. p. 51.

³⁴⁸ Cabe mencionar que o Projeto de Lei do Senado n. 2630/2020, que disserta sobre liberdade, responsabilidade e transparência na internet, estabelece uma série de obrigações para a propaganda eleitoral digital. Os anunciantes ou impulsionadores de conteúdo devem identificar os anúncios, apresentando detalhes sobre o candidato, partido político e valores gastos com a divulgação (art. 14). O Projeto não se limita ao aspecto eleitoral, uma vez que anuncia o tratamento jurídico da internet, para garantir a “liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento” na internet. Todavia, a proposta ficou conhecida como “Projeto de Lei das Fake News”, pois visa combater a desinformação gerada no contexto político, principalmente após o escândalo da Cambridge Analytica. Na tentativa de controlar a disseminação de notícias inverídicas e de a disseminação do ódio na internet, o PLS n. 2630/2020 estabelece a vedação da publicidade discriminatória. Nos termos da proposta de art. 20:

“Art. 20. A Administração Pública deverá coibir a destinação de publicidade para sítios eletrônicos e contas em redes sociais que promovam atos de incitação à violência contra pessoa ou grupo, especialmente em razão de sua raça, cor, etnia, sexo, características genéticas, convicções filosóficas, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, por ter cumprido pena ou por qualquer particularidade ou condição.”

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 2630/2020*. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Disponível em: <https://tinyurl.com/4wtarh9h>. Acesso em: 29 maio 2022.

³⁴⁹ AMNESTY INTERNATIONAL. *Surveillance giants: How the business model of Google and Facebook threatens human rights*. Londres: Amnesty Internacional, 2019. Disponível em: Amnesty International. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n67b66v>. Acesso em: 3 jan. 2022. p. 37.

³⁵⁰ “Many of the tweets saw Tay referencing Hitler, denying the Holocaust, supporting Trump’s immigration plans (to ‘build a wall’), or even weighing in on the side of the abusers in the #GamerGate scandal.” PEREZ, Sarah. Microsoft Silences Its New A.I. Bot Tay, after Twitter Users Teach It Racism. In: TECH CRUNCH. São Francisco, 24 mar. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/3v5mzjnz>. Acesso em: 6 jan. 2022.

Na vida real, até o ano de 2018, os anunciantes podiam usufruir amplamente da segmentação racial construída para direcionar anúncios patrocinados no Facebook.³⁵¹ Os anunciantes indicavam grupos específicos para a exibição dos anúncios e excluía outros, como, por exemplo, afro-americanos, asiáticos ou hispânicos.³⁵² Tais práticas ferem frontalmente o direito humano a não discriminação e a igualdade de tratamento, uma vez que certas diferenças entre pessoas devem ser expressamente banidas.³⁵³

Os efeitos discriminatórios dos algoritmos são sobremaneira extensos, que fizeram o Facebook abandonar mais de cinco mil categorias de segmentação de anúncios, que envolviam a correlação de dados com base no sexo, moradia, ofício e renda.³⁵⁴ Entretanto, uma das práticas comuns na publicidade comportamental em toda a web está na discriminação de preços (geopricing),³⁵⁵ na personalização do negócio (deal customization) e o bloqueio publicitário por região geográfica (geoblocking).³⁵⁶ Todos eles têm como base a análise do perfil do usuário.³⁵⁷ Além de discriminatória e inibidora do direito de escolha do consumidor, tais práticas frequentemente falham na utilização de dados desatualizados ou inverídicos.³⁵⁸

Além disso, os tradicionais *scores* antes utilizados na análise de crédito, foram

³⁵¹ Um dos primeiros relatórios independentes que revelou tal segmentação pode ser acessado em: ANGWIN, Julia; PARRIS JR., Terry. Facebook lets advertisers exclude users by race. In: *ProPublica*. [S.l.], 28 out. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8edk8x>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³⁵² Em 2020, a categoria da segmentação racial foi excluída sem alardes: KUKURA, Joe. Facebook (finally) removes racial ad targeting. *SFIST*, [s.l.], 31 ago. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2nxkd2mn>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³⁵³ VAN DE WAERDT, Peter J. Information asymmetries: recognizing the limits of the GDPR on the data-driven market. *Computer Law & Security Review*, v. 38, [s.n.], 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2jbcwzr7>. Acesso em: 5 jan. 2022.

³⁵⁴ STATT, Nick. Facebook will remove 5,000 ad targeting categories to prevent discrimination. *The Verge*, [S.l.], 21 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr365s93>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³⁵⁵ Termos sinônimos utilizados pela literatura especializada: preços dinâmicos, discriminatórios, personalizados ou variáveis. Pontua-se, também, que na visão do matemático Andrew Odlyzko, existem fortes indícios acerca dos efeitos prejudiciais da discriminação dinâmica de preços. ODLYZKO, Andrew. Privacy, Economics, and Price Discrimination on the Internet. Proceedings of the 5th International Conference on Electronic Commerce. *ICEC*, Pittsburgh, 30 set. 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrybtsvh>. Acesso em: 6 jan. 2022.

³⁵⁶ Tanto o *geopricing* e o *geoblocking* foram alvo de averiguações administrativas, inquérito civil e ação civil pública no contexto brasileiro. Tal panorama é abordado na seção 2.1.3, desta tese (Caso Decolar.com).

³⁵⁷ “In its most brazen form, it works like this: Retailers read the cookies kept on your browser or glean information from your past purchase history when you are logged into a site. That gives them a sense of what you search for and buy, how much you paid for it, and whether you might be willing and able to spend more.” LOWREY, Annie. How online retailers stay a step ahead of comparison shoppers. *The Washington Post*. New York, 11 dez. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/nheddw97>. Acesso em: 7 jan. 2022.

³⁵⁸ SOULTATOU, Maria. *Behavioural Targeting of vulnerabilities in the era of Internet of Things: A new challenge for Data Protection and Consumer Law*. Dissertação (L.L.M in Law and Technology). Tilburg University. Tilburg Institute for Law, Technology and Society, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/ya9hrmmd>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 36.

aperfeiçoados e passaram a contar com o big data.³⁵⁹ Surge, então, a ideia de “Scored Society”, que através das tecnologias mencionadas nas seções anteriores consegue classificar os usuários em estratos a partir do seu perfil digital. Para além do crédito, os scores passaram a ser utilizados em outros setores, tais como saúde, trabalho e previdência.³⁶⁰

Trata-se do fenômeno denominado pelo sociólogo Zygmunt Bauman como “vigilância negativa”, observada quando as sociedades empresárias empregam técnicas direcionadas a “desviar os indesejáveis e manter na linha os clientes habituais” em uma espécie de estratificação do consumo baseada em dados comportamentais que rejeita os “consumidores falhos”. O autor explica que “sistemas informáticos possibilitam que os registros dos clientes sejam armazenados a fim de classificá-los como mais ou menos interessantes do ponto de vista comercial para a companhia.”³⁶¹

Apesar disso, os anunciantes podem optar por serem neutros na contratação dos espaços publicitários virtuais. Deixando as escolhas a cargo dos algoritmos utilizados pela rede publicitária. Todavia, a discriminação pode persistir e continuar estigmatizando públicos a partir dos potenciais vieses presentes nos algoritmos.³⁶² Tais vieses são de difícil detecção e correção até mesmo para os especialistas em TI.³⁶³ A falha estrutural requer uma alteração na arquitetura das plataformas digitais, que pode ser de difícil implementação.³⁶⁴ Conforme indica Frank Pasquale a desconstrução das “(...) caixas pretas do Big Data não é fácil. Mesmo que eles [os desenvolvedores] estivessem dispostos a expor seus métodos ao público, os setores modernos da Internet e dos bancos de dados representam desafios difíceis à nossa

³⁵⁹ “Scoring has been carried out for years in the realm of consumer credit. Yet the age of big data is leading to the dissemination of these practices to many other contexts. While promoting efficiency and generating important knowledge, the accelerating use of scoring brings about a variety of problems.” ZARSKY, Tal. Understanding Discrimination in the Scored Society. *Washington Law Review*, v. 89, n. 4, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrvyk643>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 1375.

³⁶⁰ Nesse sentido: CITRON, Danielle Keats; PASQUALE, Frank A. The Scored Society: due process for automated predictions. *Washington Law Review*, v.89, n. 1, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p82vmw8>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 21-22; ZARSKY, Tal. Understanding Discrimination in the Scored Society. *Washington Law Review*, v. 89, n. 4, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrvyk643>. Acesso em: 7 jan. 2022.

³⁶¹ BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 11.

³⁶² VAN DE WAERDT, Peter J. Information asymmetries: recognizing the limits of the GDPR on the data-driven market. *Computer Law & Security Review*, v. 38, [s.n.], 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2jbcwzr7>. Acesso em: 5 jan. 2022.

³⁶³ O’NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça à democracia*. Tradução de Rafael Abraham. São Paulo: Rua do Sabão, 2020. p. 279.

³⁶⁴ ALI, Muhammad; SAPIEZYNSKI, Piotr; BOGEN, Miranda; KOROLOVA, Aleksandra; MISLOVE, Alan; RIEKE, Aaron. Discrimination through optimization: How Facebook's ad delivery can lead to skewed outcomes. *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*. [s.l.], v.1, 2019. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1904.02095>. Acesso em: 7 jan. 2022. Veja também a seção 2.2, desta tese.

compreensão.” (tradução nossa).³⁶⁵ Apesar disso, a ausência de transparência arquitetônica na publicidade comportamental parece dificultar a redução da discriminação ilícita ou abusiva que alimenta o sistema publicitário.³⁶⁶ A manutenção desse cenário acaba por sustentar o modelo de negócios extrativista dos dados pessoais.

O **rastreamento sistêmico**, antes de constituir um risco aos direitos elencados acima, é a fonte primeira dos efeitos negativos perpetrados pela extração de dados. Como delineado no decorrer desta tese, mesmo nas hipóteses autorizativas do tratamento de dados, o ato de acompanhar grande parte da vida íntima e social do usuário, ultrapassa a proporcionalidade na utilização dos meios tecnológicos disruptivos.³⁶⁷ Tal perspectiva pode ser aferida quando grandes sociedades empresárias utilizam seu poder tecnológico e de monopólio para violar direitos e garantias assegurados em documentos nacionais e internacionais.³⁶⁸ A exemplificação pode ser realizada a partir das estratégias comerciais da Google e Facebook na captação do “superávit comportamental”.³⁶⁹

Em 2010, durante a implementação do projeto Google Street View, descobriu-se que a os carros equipados com as câmeras fotográficas também captavam secretamente os dados pessoais (mensagens, e-mails e senhas, por exemplo), que transitavam pelas redes de internet sem fio desprotegidas.³⁷⁰ Em 2011, a mesma empresa implementou um mecanismo de

³⁶⁵ “Deconstructing the black boxes of Big Data isn’t easy. Even if they were willing to expose their methods to the public, the modern Internet and banking sectors pose tough challenges to our understanding of those methods.” PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 6.

³⁶⁶ MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 117-125.

³⁶⁷ O consentimento é apenas uma das bases legais brasileiras para o tratamento de dados. A temática é abordada na seção 3.1, uma vez que o legítimo interesse também é central na coleta de dados para fins publicitários.

³⁶⁸ Conforme indica Ana Frazão “A violação da privacidade e dos dados pessoais torna-se, portanto, um lucrativo negócio que, baseado na extração e na monetização de dados, possibilita a acumulação de um grande poder que se retroalimenta indefinidamente.” FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais - noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 29.

³⁶⁹ A expressão “superavit comportamental” foi conceituada por Zuboff como: “O movimento-mestre do capitalismo de vigilância é a acumulação de novas fontes de superavit comportamental com maior poder preditivo. A meta é gerar previsões comparáveis a resultados garantidos do comportamento na vida real. A extração começa online, mas o imperativo de previsão aumenta o impulso, levando a extração rumo a novas fontes no mundo real.” ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 157.

³⁷⁰ FRANÇA multa Google por coletas dados privados com Street View. *Exame*. São Paulo, 21 mar. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9tr69p>. Acesso em: 7 jan. 2022.

KISS, Jemima. Google admits collecting Wi-Fi data through Street View cars. *The Guardian UK*. [S.l.]. 15 maio 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr3db4u3>. Acesso em: 7 jan. 2022.

rastreamento que contornava as regras de privacidade do navegador Safari da Apple, para coletar os dados desses usuários.³⁷¹

Em 2018, foi identificado que o software Android coletava dados de localização dos usuários, mesmo quando a função era desativada manualmente no smartphone.³⁷² Em 2019, especialistas identificaram microfones ocultos em dispositivos Google Nest (assistente inteligente de smart home), que apesar de estarem desativados por padrão, não eram descritos na lista de hardwares do dispositivo.³⁷³

O Facebook também coleciona eventos polêmicos, que já foram apontados acima. Contudo, é um protótipo de moeda virtual que preocupa a comunidade internacional pela dimensão global que pretende tomar. Nesse sentido, a Rede Libra pretende instituir uma criptomoeda nas plataformas do Facebook, transformando a forma de pagamento de produtos e de serviços. A preocupação internacional é justificável na medida que a união de grandes quantidades de dados pessoais, comportamentais, emocionais e financeiros, pode impactar profundamente a privacidade e a proteção de dados pessoais de bilhões de usuários.³⁷⁴

Apesar disso, o rastreamento online continua a ser visto como o carro chefe do mercado publicitário comportamental. Se os algoritmos são o motor da publicidade, os dados pessoais são o combustível que alimenta tal desenvolvimento tecnológico. Ocorre que a função de vigilância presente nas ações publicitárias choca-se diretamente com o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais dos consumidores, garantidos em documentos internacionais, regionais e nacionais. De acordo com o ACNUDH, em interpretação do art. 12 da DUDH, o direito à privacidade pressupõe a capacidade dos indivíduos de se autodeterminarem em um ambiente livre de interferências arbitrárias ou ilegais, advindas do Estado ou de outros agentes não autorizados. Enfatiza, ainda, que direito à privacidade abrange a coleta de dados pessoais, para evitar riscos decorrentes da intrusão digital excessiva na vida privada, bem como viabilizar

GOOGLE é multado nos EUA por coleta de dados pessoais para Street View. *GI notícias*. São Paulo, 12 mar. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/3nmrmsnk>. Acesso em: 7 jan. 2022.

³⁷¹ Tal conduta contornava a configuração padrão do Safari para proibir a instalação de cookies de terceiros. Tal atitude da Google gerou uma multa de 22,5 milhões de dólares aplicada pela FTC nos EUA. Sobre o tema, consultar: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. Google Will Pay \$22.5 Million to Settle FTC Charges it Misrepresented Privacy Assurances to Users of Apple's Safari Internet Browser. *FTC*. Washington, D.C., 9 ago. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2k4z9vya>. Acesso em: 7 jan. 2022.

³⁷² NAKASHIMA, Ryan. APNewsBreak: Google clarifies location-tracking policy. *AP News*. [S.l.], 16 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8m7kxu>. Acesso em: 7 jan. 2022.

³⁷³ PORTER, Jon. Google claims built-in Nest mic was 'never intended to be a secret'. *The Verge*. 20 fev. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/56wjy623>. Acesso em: 7 jan. 2022.

³⁷⁴ Veja a Carta assinada pela União Europeia, Estados Unidos e Reino Unido sobre as preocupações com o Projeto Libra. DERVISHI, Beskik; FALK, Angelene; THERRIEN, Daniel; BONANE, Marguerite Ouedraogo; BUTTARELLI, Giovanni; DHAM, Elizabeth; CHOPRA, Rohit. Joint statement on global privacy expectations of the Libra network. 18 jun. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckvv66u>. Acesso em: 7 jan. 2022.

o controle dos dados pessoais e a livre manifestação da identidade sem interferências algorítmicas.^{375 376} A crescente importância global dos dados pessoais, fez surgir normas específicas para o seu tratamento jurídico, elevando a sua proteção à categoria de direito autônomo. A temática foi impulsionada pelos avanços europeus e inspirou a criação de 132 outros regulamentos nacionais espalhados pelo globo.³⁷⁷ Tais regulamentos, também, impactaram o controle jurídico da publicidade comportamental, uma vez que regulam o seu produto principal: os dados pessoais.

1.1.5 Síntese da primeira categoria expositiva: a complexidade tecnológica requer o acompanhamento da interface jurídico-consumerista

O ecossistema da publicidade evoluiu significativamente ao longo das últimas décadas. Além de transpassar pelas quatro fases da revolução industrial, promoveu o desenvolvimento científico e tecnológico de diferentes setores da sociedade. Enquanto o jornal impresso, o rádio, o televisor e o telefone formaram os meios tradicionais da transmissão de mensagens publicitárias, a junção de equipamentos conectados à internet desencadeou a disrupção transfronteiriça do *e-commerce*.

O ecossistema publicitário virtual facilitou o rápido crescimento de serviços oferecidos na web, por meio de diferentes tecnologias captadoras de dados pessoais, com o objetivo de melhor direcionar os anúncios comerciais. Esse ecossistema foi potencializado com a massificação dos dispositivos móveis que passaram, então, a funcionar como o novo suporte da atividade publicitária. Eles carregam inúmeros sensores que desfazem a dicotomia “físico/virtual” e adentram aos meandros mais íntimos da vida humana. Tal inovação só foi possível com a crescente capacidade cognitiva dos softwares e dos hardwares na mineração de dados

³⁷⁵ O ACNUDH entendeu que “Even the mere generation and collection of data relating to a person’s identity, family or life already affects the right to privacy, as through those steps an individual loses some control over information that could put his or her privacy at risk.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. UN High Commissioner for Human Rights. *The right to privacy in the digital age*. Report A/HRC/39/29, New York, 3 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycy67zku>. Acesso em: 6 jan. 2022. parágrafos 5 e 7.

³⁷⁶ Já em 1988, o Comitê de Direitos Humanos da ONU havia reconhecido que tal direito abarca a “coleta e retenção de informações pessoais em computadores, bancos de dados e outros dispositivos, seja por autoridades públicas ou indivíduos ou órgãos privados”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. UN High Commissioner for Human Rights. CCPR General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy) The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honor and Reputation, New York, 8 abr. 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/4suzw5bm>. Acesso em: 6 jan. 2022. parágrafo 10.

³⁷⁷ GREENLEAF, Graham. Global Tables of Data Privacy Laws and Bills. *Privacy Laws & Business International Report (PLBIR)*. Sydney: [s.e., 2019]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p82z2tc>. Acesso em: 11 mar. 2020; Data Protection Laws of the World (DLA PIPER), que monitora e emite relatórios privados sobre a regulação de proteção de dados pessoais em todo o Mundo. O Brasil é classificado na categoria “Legislação Moderada”, sobre proteção de dados pessoais. DLA PIPER. *Data protection laws of the World: Full handbook*. [s.l.: DLA PIPER], 2020. E-book. Disponível em: <https://www.dlapiperdataprotection.com/>. Acesso em: 6 jan. 2022.

virtuais e físicos, anteriormente incomensuráveis pela máquina. Esse cenário tornou o “superávit comportamental” um negócio rentável e globalizado.

A análise comportamental dos consumidores, incluindo nesse rol a análise das emoções experimentadas em seus cotidianos, é um dos campos mais promissores da publicidade e do marketing, pois converge diferentes campos do conhecimento científico rumo à “desmassificação” do consumo. Descobre-se, assim, que a perspectiva do consumidor padronizado está sendo substituída pela ideia do consumidor individualizado e tangível, com uma identidade e localização certas. Esse engenho tecnológico se tornou viável com a adoção da matemática dos algoritmos combinados em uma computação chamada de “ubíqua”.

Nesse passo, a “desmassificação” parte de um processo de inferências probabilísticas que segmentam grupos com base em indicadores predeterminados e fornecem um perfil para cada usuário. Parte-se do cruzamento do big data com a coleta individual de dados multivariados. O aprendizado de máquina funciona como o pressuposto central da Inteligência Artificial empregada nessa empreitada global da sistematização de comportamentos humanos.

Trata-se, portanto, de uma temática que reúne diferentes Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) e impulsiona a aceleração da Quarta Revolução Industrial. Essa confluência ainda conta com as ciências do comportamento, na compreensão do funcionamento da mente humana. Dessa forma, o ecossistema da publicidade fica cada dia mais próximo do domínio das tecnologias de persuasão, o que força os limites tênues da manipulação de mercado. Esse novo território publicitário, que substitui a arte de anunciar pelo conhecimento científico multidisciplinar, se desenvolve em ritmo acelerado, conforme fica evidenciado no *perfil histórico* da temática abordada nesta seção.

Enquanto a transição da prensa de Johannes Gutemberg para as transmissões radiofônicas ocorreu em um lapso temporal de 450 anos, a passagem da publicidade contextual online para a publicidade comportamental levou apenas 15 anos.

Para além da rapidez do desenvolvimento do mercado publicitário virtual, a comercialização global de computadores e smartphones com preços acessíveis, além de promover a inclusão digital, abriu as portas para a expansão da publicidade comportamental em toda a rede, com serviços oferecidos pelas gigantes Google, Facebook, Amazon, Microsoft, Apple, entre outras. Essas gigantes camuflaram, contudo, uma complexa miríade de atores, tecnologias e conhecimentos científicos que estão interligados à monetização dos dados pessoais, um dos ativos mais valorizados no Século XXI.

Nessa linha, o oferecimento de serviços aparentemente gratuitos na web foi a principal estratégia comercial para a captação centralizada de dados multivariados, uma vez que se

tratava, até pouco tempo, de um mercado predominantemente desregulado. Abusos foram cometidos e revelaram as fraquezas das bases legais protetivas da pessoa humana.

Contudo, tais abusos mostraram os potenciais riscos da atividade publicitária para além da violação da intimidade e dos dados pessoais, pois podem atingir a dignidade humana, a autonomia individual, a igualdade de tratamento, a liberdade de expressão e o exercício dos direitos humanos em geral.

Para entender esses efeitos negativos das tecnologias publicitárias, a seção 1.1 abordou dois pontos centrais relativos ao *perfil técnico* da temática: (i) como os dados são coletados; (ii) como os anúncios comerciais são confeccionados e entregues aos consumidores.

A “vigilância sistêmica” foi a linha central da exposição sobre a contínua coleta de dados em diversos dispositivos conectados à internet, mediante a adoção de tecnologias captadoras instaladas em browsers, em aplicativos de celular e outros dispositivos móveis que são sincronizados para fornecer um retrato fiel do comportamento social, cultural e de consumo dos usuários. Observou-se que as principais tecnologias empregadas são os cookies, web beacons, browser fingerprinting, inspeção profunda de pacotes e os identificadores permanentes. Além disso, foram abordadas as técnicas de monetização dos dados, com a abordagem acerca da venda direta de banco de dados e da venda direta ou indireta de espaços publicitários.

A funcionalização desse ecossistema depende, ainda, da segmentação comportamental, que reúne tecnologias de mineração, perfilização, *retargeting* e renderização de emoções. Tais técnicas completam o ciclo industrial da coleta e do tratamento de dados, bem como da entrega dos anúncios e das experiências de navegação personalizadas.

Partindo da complexidade do ecossistema da publicidade comportamental online, o autor desta tese entende que há necessidade de acompanhamento da ciência jurídica no que tange as potenciais violações dos direitos dos consumidores expostos as práticas publicitárias inovadoras. Os riscos tecnológicos não afetariam apenas o direito à privacidade e proteção de dados, mas acarretaria prejuízos à proteção do direito à escolha e à autonomia individual ao navegar pela internet e adquirir bens de consumo. O terceiro capítulo desta tese compreende que o rastreamento sistêmico pode acentuar as assimetrias de poder na relação B2C.

Para compreender o *perfil jurídico* da temática, a próxima seção analisa o controle jurídico e técnico desse modelo de negócios, nos principais fóruns estrangeiros de debate. Identifica, também, as principais fontes normativas, atores, instrumentos e estratégias destinadas à regulação a temática, respeitando a delimitação realizada na introdução desta tese.

1.2 Os avanços (auto)regulatórios das tecnologias publicitárias em diferentes níveis geográficos

Antônio Herman Benjamin apontava na década de 1990 que a publicidade perfazia um fenômeno universal e que estava “(...) em toda a parte, não respeitando barreiras geográficas, políticas, culturais, étnicas e religiosas.”³⁷⁸ Três décadas após a constatação do autor, a atividade publicitária foi intensificada pelas novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs), que acompanharam a massificação e globalização do comércio digital. Os anúncios comerciais e o conteúdo midiático disponibilizados no ciberespaço ultrapassam a barreira da comunicação unidirecional e promovem a constante interação entre os agentes econômicos.

Tal interação necessita de um cuidadoso olhar jurídico. Por este motivo, a presente seção traz como enfoque central o estado atual da regulação destinada à publicidade comportamental. A inquietação que orienta os próximos tópicos consiste em destrinchar a seguinte pergunta: quais são as medidas regulatórias (e autorregulatórias) tomadas nos níveis internacional, regional e nacional estrangeiro, que exemplificam a necessidade de acompanhamento da interface jurídico-consumerista? Antes disso, cabe abordar a delimitação conceitual utilizada para o termo “regulação”.

1.2.1 O sentido e o alcance do termo “regulação” para as temáticas do ciberespaço

O ciberespaço é uma metáfora. Um substantivo literário. Foi idealizado por William Gibson na tentativa de chamar a atenção dos leitores da distopia *Neuromancer*, publicada em 1984, ficção científica descritiva de um cenário futurista baseado em uma “alucinação coletiva” dos seus personagens e consubstanciada em um conjunto de inteligências artificiais autoconscientes.³⁷⁹ O termo foi, então, transposto para a literatura científica e utilizado para explicar a complexidade da internet. Entretanto, o próprio autor do romance afirmou inexistir um significado semântico para o ciberespaço e, muito menos, alguma relevância científica.³⁸⁰ Trata-se, portanto, de uma figura de linguagem tradicionalmente utilizada pelos estudiosos da

³⁷⁸ BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 1-48, jan./mar., 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7cmwwd>. Acesso em: 17 dez. 2021, p.6.

³⁷⁹ O termo “ciberespaço” foi criado pelo autor dois anos antes, na obra “Burning chrome” e popularizado na trilogia da megacidade denominada de “Sprawl”, da qual o livro *Neuromancer* é o primeiro. Mais tarde, a distopia inspiraria o mercado cinematográfico a desenvolver a série “Matrix”.

³⁸⁰ Em entrevista, o autor afirmou que “All I knew about the word ‘cyberspace’ when I coined it, was that it seemed like an effective buzzword. It seemed evocative and essentially meaningless. It was suggestive of something, but had no real semantic meaning, even for me, as I saw it emerge on the page.” CYBERSPACE popularized. In: Jeremy Norman’s *History of information*. [s.l., s.d]. Disponível em: <https://tinyurl.com/mpz46n9z>. Acesso em: 7 jan. 2022.

Sociedade da Informação.³⁸¹

A ausência de robustez acadêmica do *cyberspace* logo foi preenchida por autores que estudavam a temática na década de 1990. Pierre Levy foi um desses expoentes. Ele entendeu que esse fenômeno identificava um “(...) novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores.”³⁸² A apropriação seguiu a lógica romântica e considerou o ciberespaço como construção dinâmica, complexa e cultural: “O termo especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo.”³⁸³

A visão carismática da web, como um lugar intangível, acabou ofuscando a sua lógica de instrumento tecnológico de comunicação.³⁸⁴ O funcionamento da web conta com uma grande infraestrutura física e técnica, situada em terrenos privados distribuídos por diferentes países. Um desses locais se destaca pela concentração de grande parte da infraestrutura da rede Quincy em Washington. Uma cidade majoritariamente agrícola que passou a atuar como principal rota do tráfego virtual.³⁸⁵

O aspecto físico do ciberespaço atua sob uma lógica matemática, que operacionaliza a comunicação entre equipamentos eletrônicos.³⁸⁶ Tal arquitetura perfaz a rede mundial de computadores. Concebida para ser um recurso livre, universal e ilimitado, a internet proporcionou o desenvolvimento de inúmeras tecnologias, dentre elas a tecnologia publicitária comportamental, como visto no tópico 1.1.2, desta tese.

Nessa linha, o princípio *end-to-end* foi cunhado no surgimento da internet para garantir a isonomia de condições de acesso às informações virtuais e do próprio desenvolvimento de ferramentas que operem na rede.³⁸⁷ Isso significa dizer que os equipamentos que fazem a

³⁸¹ O termo “Sociedade da Informação” foi empregado aqui para se referir as transformações técnicas, organizacionais e administrativas focadas na utilização da informação como fator-chave” do crescimento econômico e desenvolvimento tecnológico, momento característico da era “pós-industrial”. Essa seção densifica o tema dentro dos pressupostos da regulação.

³⁸² LÈVY, Pierre. *Inteligência coletiva*: para uma antropologia do ciberespaço. São Paulo: Loyola, 2007, p. 212.

³⁸³ Id. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 17.

³⁸⁴ ISRAEL, Carolina Batista. jurisdição e ciberespaço: entre os contornos westfalianos e a qualidade transfronteiriça da Internet. *Geosp - Espaço e Tempo*, v. 24, n. 1, p. 69-82, abr. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p97vrju>. Acesso em: 7 jan. 2022.

³⁸⁵ A presente tese não aborda a história da internet. Sobre o tema, consultar: LEINER, Barry M.; CERF, Vinton G.; CLARK, David D.; KAHN, Robert E.; KLEINROCK, Leonard; LYNCH, Daniel C.; POSTEL, Jon; ROBERTS, Larry G.; WOLFF, Stephen. Brief history of the internet. In: *Internet Society*. Reston, 1997. Disponível em: <https://tinyurl.com/9y42bha5>. Acesso em 8 jan. 2022.

³⁸⁶ O aspecto físico dos equipamentos é composto de *hardwares* e o aspecto lógico é composto de *softwares*.

³⁸⁷ Neste caso, a utilização da expressão “princípio” não denota conotação jurídica, uma vez que representa apenas

intermediação entre demandantes (servidores e navegadores, por exemplo), não discriminam os dados que entregam, pois só fazem a transferência de pacotes de dados. A complexidade, portanto, está nas “extremidades da rede”.³⁸⁸ Berners-Lee apontava que a ausência de controle era essencial para a expansão da web, pois “tecnicamente, se houvesse algum ponto de controle centralizado, rapidamente se tornaria um gargalo que restringiria o crescimento da Web, e a Web nunca aumentaria”. (tradução nossa).³⁸⁹

A liberdade arquitetônica do ciberespaço incentivou a formação de correntes doutrinárias que apregoam, ora a ausência de qualquer regulação,³⁹⁰ ora a criação de um “direito do ciberespaço”³⁹¹ totalmente apartado do direito do “mundo real”, por ser incompatível com delimitações territoriais. Cabe mencionar, contudo, que a tentativa de escapar do processo regulatório estatal não se sustentou por longa data, levando a adoção paulatina de marcos regulatórios para a internet. Essa perspectiva não excluiu a importância da regulação técnica da internet pelos agentes privados. A saída indicada pela literatura especializada foi a convivência harmônica entre regulação jurídica e autorregulação privada, em uma espécie de correção da internet. Essas perspectivas são exploradas a seguir.

Antes de percorrer os meandros regulatórios do ciberespaço, cabe explorar as principais **peculiares semânticas da palavra regulação**. “Regulação” perfaz um termo multidisciplinar aplicável a uma ampla gama de setores. Ela pode ser aplicada na economia, ciência política, políticas públicas, sociologia, história, psicologia, geografia, antropologia e

um *standard* convencionado pelos desenvolvedores da internet. Existem discussões sobre algumas práticas de provedores de serviços de internet que desafiam essa lógica e contestam a ideia de “neutralidade de rede”. Sobre os desdobramentos do tema no Brasil, veja:

BIZUTTI, Andressa. Da Teoria à Prática: a fiscalização e Aplicação da Neutralidade da Rede no Brasil. In: *Horizonte presente: Debates de tecnologia e sociedade*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da Rede e Regulação: a Neutralidade da Rede no Brasil*. Dissertação (mestrado em direito). Fundação Getúlio Vargas (FGV). Escola de Direito de São Paulo. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/46kxecky>. Acesso em: 7 jan. 2022.

³⁸⁸ LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 42.

³⁸⁹ “Technically, if there was any centralized point of control, it would rapidly become a bottleneck that restricted the Web’s growth, and the Web would never scale up.” BERNERS-LEE, Tim. *Weaving the Web*. [S.l.]: HarperBusiness, 2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/3uwX8e5h>. Acesso em: 3 jan. 2022. p. 99.

³⁹⁰ O “ciberlibertário” mais expoente foi John Perry Barlow fundador da Electronic Frontier Foundation (EFF) e idealizador da Carta “Declaration to the Independence of Cyberspace”, inspirada na Declaração de Independência dos EUA. Para consultá-la, acesse: BARLOW, John Perry. A Declaration of the Independence of Cyberspace. In: EFF. Davos, 8 fev. 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/52ax3ucr>. Acesso em: 7 jan. 2022.

³⁹¹ Os “ciberpaternalistas” mais expoentes foram Johnson e Post, que idealizam a chamada “Cyber Law-Space” em artigo científico escrito em 1996. Conforme apontam os autores: “Treating cyberspace as a separate 'space' to which distinct laws apply should come naturally. There is a 'placeness' to Cyberspace because the messages accessed there are persistent and accessible to many people.” JOHNSON, David R.; POST, David. Law and borders: the rise of law in Cyberspace. *Stanford Law Review*. V. 48, n. 5, p. 1367-1402, maio 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8zrusm>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 1379.

administração.

Chevallier esclarece que a expressão “regulação” adveio de estudos da área da física no século XVIII. Após a Segunda Guerra Mundial, a expressão ganhou força nas ciências sociais, primeiramente com a sociologia e economia, até ser amplamente empregada na ciência jurídica. O autor ressalta que não existe uma definição unânime para o Direito.³⁹² Existem, ao revés, diferentes conceitos com múltiplos significados, a depender da área em que é aplicada e da literatura jurídica eleita.

Em estudo multidisciplinar sobre o tema, Bladwin, Cave e Lodge³⁹³ apontam três características intrínsecas da regulação. A primeira característica revela que ela perfaz um “conjunto específico de comandos que envolve a promulgação de um conglomerado de regras vinculativas a serem aplicadas por um órgão estatal dedicado a essa finalidade.” A segunda característica demonstra que a regulação abarca a “influência deliberada do Estado, onde regulação tem um sentido mais amplo e abrange todas as ações estatais que são projetadas para influenciar os negócios ou o comportamento social”. A terceira característica revela uma ampliação do conteúdo da regulação, a qual desponta “toda forma de influência social e/ou econômica, onde todos os mecanismos que afetam o comportamento - estatais ou de outras fontes - são considerados regulação.”³⁹⁴ (tradução nossa). Nesse último ponto, os autores acrescentam a questão da *smart regulation*,³⁹⁵ que admite outras formas de regulação não jurídicas elaboradas e geridas “fora” do Estado, tais como a autorregulação de sociedade empresárias e de corporações profissionais.³⁹⁶ É possível encaixar nesse rol, ainda, a regulação das Organizações Internacionais e de organizações não governamentais de normalização, tal como a ISO.

Por outro lado, os autores Ost e Kerchove entendem que o termo “regulação” se refere à forma de produzir o direito de maneira flexível, em rede, através da negociação.

³⁹² CHEVALLIER, Jacques. La régulation juridique en question. Editions juridiques associées: *Droit et Société*. v. 3 n. 49, p. 827-846, 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/4972dj4r>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 828.

³⁹³ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. New York: Oxford, 2012. p. 3.

³⁹⁴ Ibid. Os trechos citados em sequência foram traduzidos pelo autor desta tese.

³⁹⁵ Para Gunningham, “(...) In summary, the preferred role for government under Smart Regulation is to create the necessary preconditions for second or third parties to assume a greater share of the regulatory burden rather than engaging in direct intervention. This will also reduce the drain on scarce regulatory resources and provide greater ownership of regulatory issues by industry and the wider community. In this way, government acts principally as a catalyst or facilitator” GUNNINGHAM, Neil. Enforcement and Compliance Strategies. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The oxford Handbook of regulation*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 10. E-book.

³⁹⁶ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. New York: Oxford, 2012. p. 3.

Diferenciando-se, portanto, da “regulamentação” que é marcada pela centralidade no Estado, pelo formalismo e pela rigidez.³⁹⁷ Em comparação ao posicionamento teórico citado anteriormente, enquanto Bladwin, Cave e Lodge dão ênfase ao aspecto estatal da regulação e demonstram a existência de diferentes formas de regular, Ost e Kerchove ressaltam o importante papel da autorregulação na construção de uma governança entre atores “dentro” e “fora” do Estado.³⁹⁸

A presente tese utiliza regulação como termo genérico que abrange espécies distintas de regulação estatal (regulamentação) e não estatal (autorregulação). Isso não quer dizer, contudo, que se partilha do entendimento dos autores Ost e Kerchove acerca da absorção dos produtos da autorregulação como fontes do Direito.³⁹⁹ Conforme ressalta Marc Tarrés Vives, durante a confecção da regulação que ocorre “fora” do Estado, alguns elementos essenciais para a constituição de uma norma jurídica são deixados de lado. O autor se refere aos pressupostos da legalidade, legitimidade e eficácia. Tais elementos garantem a legitimidade da confecção normativa, a publicidade dos atos, a eficácia jurídica e o regime jurídico de modificação e de revogação. O autor afirma que apesar do reconhecimento público de determinadas instituições privadas de padronização, as normas técnicas emitidas por elas são estranhas ao Direito. Portanto, não fazem parte do sistema jurídico.^{400 401}

³⁹⁷ KERCHOVE, Michel van de; OST, François. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/599mcj7w> (versão parcial). Acesso em: 7 jan. 2022.

³⁹⁸ Em análise sobre o tema do Estado regulador, Yeung entende que: “To the extent that the task of regulation is one of many tasks of governance, then it is plausible to anticipate that the language of the New Governance will subsume that of the regulatory state, while the latter gradually fades out of use. To the extent that the New Governance has arguably attracted a higher level of scholarly interest, from a more diverse range of disciplinary perspectives, then perhaps this is no bad thing. On the other hand, it would be rather premature to consign the regulatory state to the dustbin of history.” YEUNG, Karen. The regulatory state. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The oxford Handbook of regulation*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 11. E-book.

³⁹⁹ Ost e Kerchove colocam em pauta novas formas de produção da lei. Os autores compreendem que o sistema jurídico baseado na “pirâmide”, ou seja, na hierarquia das normas, está com a sua estrutura fragilizada e em crise, pois um novo paradigma baseado nas “redes” evidencia-se na atualidade. Os autores questionam a hierarquia presente no modelo piramidal de constituição do Direito. Nesse contexto, a “rede” refere-se ao sistema jurídico que adote uma estrutura aberta e complexa, composta por diferentes elementos interconectados e sem um critério de subordinação, que conta com a participação da regulação plural, emitida por diferentes atores dentro e fora do Estado. Nesse passo, enquanto a “pirâmide” seria orientada por uma verticalidade das normas, a “rede” baseia-se na sua produção horizontal. KERCHOVE, Michel van de; OST, François. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. p. 14, 24, 300.

⁴⁰⁰ VIVES, Marc Tarrés. *Normas técnicas y ordenamento juridico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 239-240. Disponível em: <https://tinyurl.com/5ehy2z49>. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁴⁰¹ Na literatura específica do direito digital, também se entende pela preponderância da regulação jurídica sobre as demais formas, que não são propriamente pertencentes às fontes do direito. Nesse sentido: LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. [S.l.: FGV, s.d.]. Obra de acesso livre, liberada pelo autor (licenciada Creative Commons). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87r62p>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 22; LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 54.

Nessa linha, a importância estratégica da autoregulação para o ciberespaço foi percebida pelo jurista Joel Reidenberg quando formulou a expressão “**lex informatica**”, para se referir ao complexo arcabouço técnico que circunda as tecnologias decorrentes da Sociedade da Informação e que envolvem a rede mundial de computadores.⁴⁰² Para o autor, tal arcabouço deveria coexistir com o direito tradicional (*hard law*),⁴⁰³ mas nunca o sobrepor ou substituí-lo.⁴⁰⁴ O termo resgata a ideia de *lex mercatoria*,⁴⁰⁵ para se referir aos padrões e costumes rotineiramente adotados no desenvolvimento tecnológico mundial.⁴⁰⁶

A regulação da internet foi vista por Lawrence Lessig como o “código” do ciberespaço (code), que une sua dimensão física (os hardwares) à sua dimensão lógica (os softwares), na transmissão de conteúdo diversificado (data).⁴⁰⁷ Tal arquitetura regula o comportamento humano no âmbito da rede. O seu potencial está, portanto, na atuação conjunta com outras três modalidades de regulação, no controle jurídico da internet.

Na classificação doutrinária criada por Lessig, as **quatro modalidades de regulação do ciberespaço** perfazem (i) o direito, (ii) as normas sociais; (iii) o mercado; e, (iv) a arquitetura.⁴⁰⁸ Nessa perspectiva, o direito é visto de uma forma simplificada para se referir ao

⁴⁰² REIDENBERG, Joel R. *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*. *Texas Law Review*, b. 76, n. 3, p. 553-593, fev. 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/56k72vyw>. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁴⁰³ Na literatura jurídica, comumente se importam dois termos do Direito Internacional Público para identificar esses fenômenos regulatórios em outras áreas. Utiliza-se o termo “*hard law*” para identificar as normas tradicionais, bem como o termo “*soft law*” para referir-se à regulação não tradicional. Conforme afirma Guido Soares, os dois termos indicam cenários distintos, mas que se “auto-implicam”. A *hard law* revela um produto acabado, alcançado após uma “evolução geracional”. Por outro lado, a *soft law* indica um “vir a ser”, uma construção que não parte, como regra, da vontade estatal. As finalidades de cada uma também se contrapõem, haja vista que a *hard law* contém obrigações juridicamente fortes e a *soft law* possui um programa meramente recomendado aos Estados ou aos particulares, sendo considerado juridicamente inexigível. OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do *Soft Law* na Evolução do Direito Internacional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, n. 10, p. 6265-6289, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9f898y>. Acesso em: 27 maio 2022.

⁴⁰⁴ REIDENBERG, op. cit. p. 592.

⁴⁰⁵ *Lex Mercatoria* perfaz uma expressão empregada para identificar modelos jurídicos autônomos e racionais, construídos a partir de práticas comerciais usuais do comércio internacional, por meio de contratos, costumes, códigos de conduta, entre outros. A *Lex Mercatoria* surgiu como forma de autorregulação pelos mercadores para defesa de interesses próprios nas transações econômicas internacionais e como forma independente de regulação advinda de “fora dos estados”. Sobre o tema, veja: GALGANO, Francesco. The new *Lex Mercatoria*. *Annual Survey of International & Comparative Law*, [s.l.], v. 2, n. 1, 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/2nat7zct>. Acesso em: 8 jan. 2022; SWEET, Alec Stone. The new *Lex Mercatoria* and transnational governance. *Journal of European Public Policy*, [s.l.], v. 13, n. 5, p. 627-646, ago. 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/396ryh6k>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁰⁶ REIDENBERG, op. cit. p. 554-584.

⁴⁰⁷ Nas palavras de Lessig: “This [powerful] regulators what I call ‘code’ - the instructions embedded in the software or hardware that makes cyberspace what it is. This code is the ‘built environment’ of social life in cyberspace. It is its’ architecture.” LESSIG, Lawrence. *Code: Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006. p. 120.

⁴⁰⁸ No original: “Law, Market, Norms and Architecture”. Veja o fluxo desenhado pelo autor: *Ibid.* p. 127,130.

ordenamento jurídico composto por regras cogentes, reguladoras do comportamento humano no ciberespaço.⁴⁰⁹ As normas sociais aludem aos costumes, usos ou demais formas de “postulação normativa compartilhada por comunidades ou inerente a determinadas situações e circunstâncias.”⁴¹⁰ O mercado também regula o ciberespaço quando ajusta o seu funcionamento para almejar o lucro e alcançar a eficiência econômica.⁴¹¹ Por fim, a arquitetura se refere a linguagem computacional que é definida pelos programadores ou, até mesmo, pelas próprias máquinas com a ajuda dos algoritmos de inteligência artificial. Essa linguagem que, em muito, é baseada em “zeros e uns”,⁴¹² determina as possibilidades de atuação dos usuários. Essa última forma de regular tem o potencial de implementar novas exigências advindas do direito, das normas sociais e do mercado, uma vez que opera no seio do sistema e se comunica na mesma frequência.⁴¹³

O modelo de Lessig não está imune às críticas doutrinárias.⁴¹⁴ Contudo, ele representa com clareza as categorias regulatórias que agem nesse sistema, sem esquecer-se da preponderância da ação estatal sobre as demais. Demonstra, ainda, o potencial dessa sistematização na “compreensão das possibilidades de tutela de direitos no âmbito da internet.”⁴¹⁵ As tecnologias decorrentes do ciberespaço, tal como a publicidade comportamental estão sujeitas a essa perspectiva acima delineada. Inclusive, é possível utilizar

A tradução desses termos foi realizada de acordo com a proposta de: LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. [S.l.: FGV, s.d.]. Obra de acesso livre, liberada pelo autor (licenciada Creative Commons). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87r62p>. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁴⁰⁹LESSIG, op. cit. p. 124.

⁴¹⁰ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Op. cit. p. 21.

⁴¹¹ Conforme resume Ivo Teixeira Gico Junior: “Em geral, a eficiência econômica é obtida quando se maximiza o bem-estar social ou o bem-estar do agente ou grupo de agentes considerado, ou seja, o aumento da eficiência significa um aumento do bem-estar do grupo analisado. Em uma democracia competitiva, espera-se que, na média, as políticas públicas tenham por objeto justamente o aumento do bem-estar social e, portanto, as políticas estejam indissociadas do conceito de eficiência, como previsto na Constituição.” GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Bem-estar social e o conceito de eficiência. *Revista Brasileira de Direito*. Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yt87vfv3>. Acesso em: 15 jun. 2020. p. 10.

⁴¹² KLUMP, Ray. What’s With All the 1’s and 0’s? In: *Lewis University Experts Blog*. [S.l.], 24 ago. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/bd85y8k6>. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁴¹³ A arquitetura é trabalhada em um viés mais contemporâneo no capítulo 5, quando a temática dos *nugdes* foi abordada.

⁴¹⁴ Para conferir as releituras e críticas desse modelo, veja:

MURRAY, Andrew; SCOTT, Colin. Controlling the New Media: Hybrid Responses to New Forms of Power. *Modern Law Review*, v. 65, n. 4, jul. 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s3f8mk8>. Acesso em: 7 jan. 2022;

HASSAN, Samer; FILIPPI, Primavera de. The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code. *Field Actions Science Reports*. Special Issue 17, p. 88-90, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/3ybsbrv8>. Acesso em: 7 jan. 2022;

LEISER, Mark. The problem with ‘dots’: questioning the role of rationality in the online environment. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 30, n. 3, maio 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/h43teu2n>. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁴¹⁵ LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 47.

o modelo de Lessig para compreender a rápida evolução das tecnologias abordadas na seção 1.1 desta tese. A ausência de normas jurídicas sobre a temática levou à adoção de paradigmas mercadológicos e arquitetônicos que conduziram grande parte do desenvolvimento, que se aproveitou das lacunas legais existentes. Principalmente sobre privacidade e proteção de dados. O código do ciberespaço, então, se apropriou desse “espaço vazio” para estabelecer novas “normas sociais” baseadas na extração de dados, no monitoramento sistêmico e na predição comportamental. O abuso de poder econômico de grandes sociedades empresárias subsidiou o crescimento da própria arquitetura, baseada na monetização dos dados comportamentais.

Quando o regime jurídico do ciberespaço é falho, as temáticas nele envolvidas “(...) seguem seu próprio caminho regulatório, pautado primordialmente por imperativos econômicos que na maioria das vezes desconsideram consequências políticas ou valorativas.”⁴¹⁶ Essa perspectiva impulsionou a ciência jurídica ao aperfeiçoamento da proteção da privacidade dos usuários e no desenvolvimento de novas concepções sobre a proteção de dados no mundo virtual, com categorias protetivas inéditas, antes não abrangidas totalmente pelo direito à privacidade (por exemplo, o controle de acesso, retificação e exclusão dados pessoais).

O funcionamento do modelo de Lessig pressupõe uma constante interação entre as quatro espécies regulatórias, para o alcance do equilíbrio do sistema.⁴¹⁷ Nesse ponto, há uma semelhança com a teoria tridimensional do direito, desenvolvida por Miguel Reale.⁴¹⁸ Principalmente quando se propõe a “integração dinâmica” dos elementos que compõem o sistema jurídico, uma vez que “tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados uns dos outros, mas coexistem numa realidade concreta.”⁴¹⁹

A visão especializada em ciberespaço vai além da teoria tridimensional e considera o “fato” tecnológico e seu “valor” subjacente, como categorias sujeitas à outras formas secundárias e negociadas de regulação, para além da “norma” posta. Como visto, essas categorias secundárias carecem de força coercitiva. Apesar disso, elas podem influenciar a regulação estatal de maneira indireta por meio de forças sociais, políticas, culturais e econômicas que agem dentro do parlamento ou, ainda, dentro das agências reguladoras

⁴¹⁶ LEMOS, Ronaldo. Regulamentação da Internet no Brasil. In: LEMOS, Ronaldo. WAISBERG, Ivo. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 171.

⁴¹⁷ [file:///C:/Users/Rafael/Downloads/Code And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0 by Lawrence Lessig \(z-lib.org\).pdf](file:///C:/Users/Rafael/Downloads/Code%20And%20Other%20Laws%20of%20Cyberspace,%20Version%202.0%20by%20Lawrence%20Lessig%20(z-lib.org).pdf) LESSIG, Lawrence. *Code: Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006. p. 125.

⁴¹⁸ Sobre a temática, consultar: LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 41,53.

⁴¹⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 65. A ideia foi inicialmente defendida em publicação de 1966. REALE, Miguel. *Filosofia do direito e do Estado*. Coimbra: Atlântida, 1966.

competentes pela complementação regulatória. Por outro lado, a regulação estatal é capaz de alcançar um objeto sem regulá-lo diretamente, quando estabelece diretrizes amplas para o seu desenvolvimento.⁴²⁰ É o caso da publicidade comportamental, que parece ter sido regulada indiretamente pela Lei Geral de Dados Pessoais (LGPD), conforme delineado no capítulo 2, desta tese.

Essa dinamicidade e aparente conflito entre as diferentes formas de regulação foi visto como um “problema técnico” para Wright e Filippi, quando defenderam a regulação da tecnologia por ela mesma.⁴²¹ Os autores propuseram um resgate da forma pura de autorregulação para a seara digital, que prescinde da ciência jurídica. Trata-se da “**Lex Cryptographia**”, uma ideia que atribui à linguagem computacional a tarefa de intermediar as relações humanas. Parte-se da centralização das atividades burocráticas e judiciais em softwares que utilizam redes de algoritmos para decidir sobre pessoas e coisas. Uma espécie de “governança algorítmica”.^{422 423}

Wright e Filippi exploram o potencial da tecnologia de *blockchain* como uma abordagem alternativa ao problema de descompasso temporal entre o Direito e as novas tecnologias. Eles entenderam que a *blockchain* permitiria o gerenciamento de “direito digitais” sem intermediários e com custos de transação menores que a linguagem jurídica, pois proporcionaria maior confiança na troca de bens e serviços. A metodologia utilizada pela *blockchain* possibilitaria, assim, a supressão dos “ruídos” de comunicação na atribuição de direitos e deveres às pessoas e de obrigações para as máquinas (IoT), por intermédio da linguagem matemática.⁴²⁴ Contudo, essa proposta não traz inovações teóricas, apenas utiliza um novo método tecnológico, da aplicação da *blockchain*, para resgatar uma discussão que já foi superada desde o final da década de 1990, sobre a autossuficiência regulatória da própria tecnologia. Tal perspectiva é vista com ressalvas pela vasta literatura sobre os riscos dos

⁴²⁰ Conforme aponta Ronaldo Lemos, “(...) a lei pode regular determinada situação diretamente, ou, então, pode fazer isso indiretamente, influenciando os outros elementos reguladores para tanto. Ao influenciar esses outros fatores reguladores, a lei acaba influenciando também o objeto de regulação de um modo geral.” LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. [S.l.: FGV, s.d.]. Obra de acesso livre, liberada pelo autor (licenciada Creative Commons). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87r62p>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 22.

⁴²¹ “The real innovation brought about by digital technologies is that, in the digital world, technology itself can be regarded as a parallel form of regulation.” WRIGHT, A. De Filippi, P. Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographia, mimeo. Disponível em: <https://tinyurl.com/u38yv5rz>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 46.

⁴²² *Ibid.*, p. 4.

⁴²³ ENGELMANN, Wilson; SOUZA, Maique Barbosa de. A nova linguagem global: fluência algorítmica como instrumento capaz proporcionar confiança nos sistemas de inteligência artificial. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, São Paulo, v. 4, n. 13, out./dez. 2021. Acesso em: 10 maio 2021.

⁴²⁴ WRIGHT, A. De Filippi, P. Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographia, mimeo. Disponível em: <https://tinyurl.com/u38yv5rz>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 56-58.

algoritmos que controlam “dinheiro e informações.”⁴²⁵

Nota-se, porém, que a *blockchain* pode auxiliar a ciência jurídica a otimizar a aplicação das normas ao caso concreto, assim como a Inteligência Artificial tem auxiliado o Poder Judiciário no aperfeiçoamento do agir decisório dos magistrados.⁴²⁶ Interessante pontuar que esse conjunto regulatório produzido e implementado concomitantemente por agentes privados, organizações internacionais, organizações não governamentais e estados, contando, ainda, com a participação da sociedade civil, está em um contexto maior denominado de “**governança da internet**.”⁴²⁷ O regime dessa governança é por natureza complexo, pois envolve diferentes dimensões ligadas à infraestrutura da rede, ao arcabouço jurídico aplicável, à economia, ao desenvolvimento tecnológico e às questões socioculturais correlatas. Da mesma forma, os atores que participam desse “processo” desempenham papéis distintos nessa rede. Ao final, “cada combinação de questões e atores tem seu propósito, os seus objetivos, a sua terminologia e as suas esferas de colaboração e de influência.”⁴²⁸

A governança é um “processo de coordenação de atores de grupos sociais, nem todos estatais, nem mesmo públicos, para atingir objetivos específicos discutidos e coletivamente

⁴²⁵ Dentre eles:

RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Maria Celina Bodin de Moraes (organização, seleção e apresentação). Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

PASQUALE, Frank. *The black box society*. The secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015;

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o Século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018;

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018;

O’NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução de Rafael Abraham. São Paulo: Rua do Sabão, 2020;

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

⁴²⁶ FERNANDES, Rafael Gonçalves; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. A regulação do agir decisório disruptivo no Judiciário brasileiro e a observância do princípio da precaução: juiz natural ou juiz artificial? *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 19, n. 30, p. 91-117, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/52u9s6mw>. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁴²⁷ No Fórum Global sobre Governança da Internet, várias divergências conceituais foram levantadas sobre a adoção da nomenclatura “governança”, uma vez que as línguas de raiz latina, fazem remissão ao governo e no processo interpretativo, se pressupõe a necessária intervenção estatal. Apesar disso, o termo governança foi utilizado em uma acepção mais ampla que abrange múltiplos atores e níveis regulatórios. Nesse sentido, de acordo com o Grupo de Trabalho sobre Governança da Internet (GTGI): “A Governança da Internet consiste no desenvolvimento e na aplicação por governos, setor privado e sociedade civil, em seus respectivos papéis, de princípios, normas, regulamentos, procedimentos de tomada de decisão e programas compartilhados que modelem a evolução e o uso da Internet.” KURBALIJA, Jovan; GELBSTEIN, Eduardo. *Governança da internet: questões, atores e cisões*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: NUPEF/RITS e IDRC, 2005. Disponível em: <https://nupef.org.br/node/33>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 13.

⁴²⁸ KURBALIJA, Jovan; GELBSTEIN, Eduardo. *Governança da internet: questões, atores e cisões*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: NUPEF/RITS e IDRC, 2005. Disponível em: <https://nupef.org.br/node/33>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 15.

definidos na íntegra em ambiente fragmentado e incerto.”⁴²⁹ (tradução nossa). Adverte-se, contudo, que tal expressão também é polissêmica e aplicável em diferentes contextos. O seu surgimento foi observado concomitantemente em três grandes áreas ligadas às políticas públicas, às relações internacionais e à gestão empresarial.

Para Rhodes, existem pelo menos seis usos⁴³⁰ distintos para governança: (i) como concepção de “estado mínimo”, para se referir a tendência de utilizar mercados ou quase-mercados como via alternativa de entrega de serviços públicos. Trata-se da concepção da privatização e redução do papel central do Estado em algumas atividades estratégicas;⁴³¹ (ii) como governança corporativa, quando se exige do setor privado uma cultura de transparência, integridade e prestação de contas nas ações empresariais. Tal perspectiva contou com a adoção de códigos de conduta por diferentes setores privados;⁴³² (iii) como a Nova Gestão Pública, na construção teórica datada da década de 1980, quando o pioneirismo da Nova Zelândia levou a adoção de uma grande reforma gerencial baseada no aperfeiçoamento do funcionamento da máquina pública, tendo como base os avanços do setor privado;^{433 434} (iv) como sinônimo de “boa governança”, cuja inspiração esteve nas ações do Banco Mundial durante a implementação

⁴²⁹ Enquanto o governo é uma instituição, a governança perfaria um processo. Nesse sentido: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto. *Governance without government: order and change in world politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. Disponível em: <https://tinyurl.com/h2wxzxp> e <https://tinyurl.com/2p9dpxs7>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 4; KERCHOVE, Michel van de; OST, François. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. p. 29.

⁴³⁰ No original, os seis usos são: “The minimal state, corporate governance, the new public management, good governance socio-cybernetic system, self-organizing networks”. RHODES, R. A. W. *The new governance: governing without government*. *Sage Journals*, v. 44, n. 4, p. 652-667, set. 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdeha6sm>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 653.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 655.

⁴³² Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/57rhee8v>. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁴³³ Nesse sentido, veja a abordagem que perpassa pela Burocracia Weberiana até o *New Public Management* (NPM):

MARINO, Calogero. Administrative convergence between Weberian model and New public Management. In MATEI, Lucica; FLOGAITIS, Spyridon (eds.). *Public Administration in the Balkans: from Weberian bureaucracy to New Public Management*. Economică: Bucarest, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/mryk3rsr>. Acesso em: 21 fev. 2020. (e-book de acesso livre). p. 220-240.

Para considerações mais amplas sobre a temática burocrática, veja: WILSON, James Quinn. *Bureaucracy: what government agencies do and why they do it*. Basic Books: New York, 1989.

⁴³⁴ No Brasil, a experiência reformista do NPM se inicia em 1995 com as ideias do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE). Nesse sentido, segundo Bresser Pereira, Ministro responsável pela reforma administrativa da década de 90: “O resultado foi elaborar, ainda no primeiro semestre de 1995, o ‘Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado’ e a emenda constitucional da reforma administrativa, tomando como base as experiências recentes em países da OCDE, principalmente o Reino Unido, onde se implantava a segunda grande reforma administrativa da história do capitalismo: depois da Reforma Burocrática do século passado, a Reforma Gerencial do final deste século.” BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.). *Brasil: Um Século de Transformações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 58. Artigo de acesso livre no Blog Bresser-Pereira: <https://tinyurl.com/h7rzky4w>.

da visão gerencial, mediante a política de empréstimos aos países em desenvolvimento, adotada na década de 1990;⁴³⁵ (v) no surgimento de “sistemas sócio-cibernéticos”, uma vez que a governança resulta em múltiplas interações sociopolíticas entre atores públicos e privados, que passam a ser interdependentes na tomada de decisões sobre ações, intervenções e controle;⁴³⁶ e, (vi) na formação de redes de auto-organização, que envolvem governos locais e um “envolvendo conjuntos complexos de organizações oriundas dos setores público e privado.” (tradução nossa).⁴³⁷ Para essa última visão, o termo governança indica a formação de redes autônomas que pressupõem o agir sem a necessidade de interferência estatal direta. A gestão da atividade econômica ultrapassa a mera aferição de lucro e visa estabelecer redes de coordenação e padronização para negociar e regular temas de interesse comum.

Dessa forma, governança é um “fenômeno abrangente” que abarca não apenas medidas regulatórias de pessoas jurídicas de direito internacional (Estados e Organizações Internacionais),⁴³⁸ mas também “mecanismos informais e não governamentais” internacionais, regionais e nacionais, que interagem entre si. O objetivo maior da governança, consiste em adotar “mecanismos regulatórios em uma esfera de atividade que funcionam efetivamente mesmo que não sejam dotados de autoridade formal.” (tradução nossa).⁴³⁹

A governança da internet está estritamente ligada às duas últimas categorias mencionadas por Rhodes (v e vi), uma vez que representam a constante interação entre organizações públicas e privadas na negociação sobre a gestão e a regulação do ciberespaço, além de indicarem a formação de redes autônomas que lidam com diferentes temáticas correlatas às aplicações que rodam na internet. Dentre tais temáticas, a presente tese abrangerá a governança realizada para a publicidade comportamental online.

⁴³⁵ RHODES, R. A. W. The new governance: governing without government. *Sage Journals*, v. 44, n. 4, p. 652-667, set. 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdeha6sm>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 656.

⁴³⁶ Ibid. p. 657.

⁴³⁷ “Involving complex sets of organizations drawn from the public and private sectors.” Ibid.

⁴³⁸ Aqui vale um adendo para a confluência evolutiva entre as teorias que alargam o rol de pessoas jurídicas de direito internacional público e a crescente necessidade de governança em temas transfronteiriços, como a publicidade comportamental. Nessa linha, veja: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A contribuição das organizações internacionais ao desenvolvimento progressivo do direito internacional. OEA: Rio de Janeiro, 2005. XXXII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da O.E.A. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrxnazrc>. Acesso em: 7 jan. 2022; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do Século XXI. OEA: Rio de Janeiro, 2006. XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da O.E.A. Disponível em: <https://tinyurl.com/58wb8jhu>. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁴³⁹ “Regulatory mechanisms in a sphere of activity which function effectively even though they are not endowed with formal authority.” ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto. *Governance without government: order and change in world politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. Disponível em: <https://tinyurl.com/h2wxzxp> e <https://tinyurl.com/2p9dpxs7>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 4-5.

Portanto, a governança no sentido aqui empregado não pressupõe a exclusão do Estado em quaisquer de seus poderes. Muito menos, propõe a desconsideração da regulação tradicional. Inclusive, há uma importância orientadora da *hard law* no estabelecimento do equilíbrio de interesses conflitantes, assim como, da adoção de políticas públicas para incentivar determinadas condutas. Um dos exemplos está na privacidade na era digital. À medida que as leis de proteção de dados foram surgindo para impedir abusos comerciais, parece ter havido uma mudança da cultura empresarial acerca do tema. Tal perspectiva gerou, também, o aperfeiçoamento tecnológico e a modificação de protocolos de tratamento de dados. Cabe mencionar que o conjunto regulatório protetivo da privacidade e dos dados pessoais pode ser denominado genericamente de “lex privacy.”⁴⁴⁰

1.2.2 O plano internacional: as Organizações Internacionais e as iniciativas não governamentais

A publicidade comportamental não conta com uma regulação cogente no cenário internacional. O desenvolvimento tecnológico, entretanto, é guiado por orientações gerais, recomendações e guias de boas práticas emitidos pelas organizações internacionais (OCDE e ONU). Há também uma autorregulação adotada pelas organizações não governamentais do setor da publicidade e marketing, além de outras instituições privadas com atuação internacional. Dentre elas, esse tópico aborda a Digital Advertising Alliance (DAA), formada por grandes sociedades empresárias de marketing e publicidade e de atuação global, além da Câmara Internacional do Comércio (ICC) e da Interactive Advertising Bureau (IAB). Juntas elas emitem grande parte dos guias e dos princípios orientadores da publicidade comportamental virtual. Recebem, também, denúncias dos consumidores sobre potenciais violações às boas práticas adotadas pelo mercado publicitário.

Dentre as organizações internacionais, a **Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico** (OCDE) perfaz o principal fórum de debate internacional sobre os benefícios e os riscos da publicidade comportamental. Em 1980, a OCDE emitiu as primeiras diretrizes acordadas internacionalmente sobre o fluxo transfronteiriço de dados pessoais,⁴⁴¹

⁴⁴⁰ Forma-se outro conjunto regulatório mais especializado que a “lex informatica.” A nomenclatura “lex privacy” foi pensada por Thiago Sombra, em tese defendida na Universidade de Brasília, para se referir ao “(...) modelo regulatório pautado pelo valor pluralístico e contextual da privacidade, a exigir uma perene confluência de esforços dos atores públicos e privados.” SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Direito à privacidade e proteção de dados no ciberespaço: a accountability como fundamento da lex privacy*. Tese (doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 201.

⁴⁴¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*. Paris: OECD, 1980. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ar6ad>. Acesso em: 7 jan. 2022.

estabelecendo as definições e a principiologia correlata, que mais tarde inspiraria a adoção de regulamentos regionais e nacionais específicos sobre proteção de dados pessoais.⁴⁴² Em 2013, as diretrizes foram atualizadas.⁴⁴³ O memorando que justifica a atualização, menciona a crescente potencial das tecnologias que lidam com os dados pessoais, além da formação de um mercado que os monetiza, principalmente pelas empresas do ramo publicitário. A Organização menciona que “Quase todas as atividades humanas deixam para trás rastros de dados digitais, tornando cada vez mais fácil monitorar o comportamento dos indivíduos.” (tradução nossa).⁴⁴⁴ A junção das diferentes tecnologias de rastreamento, já abordadas na seção 1.1, acarretariam preocupações quanto aos riscos à privacidade dos consumidores e, em última instância, da sua liberdade de escolha e autonomia privada.⁴⁴⁵

Em 2015, a OCDE mencionou especificamente os riscos da publicidade comportamental online na utilização de dados pessoais para “práticas de marketing agressivas ou predatórias”, principalmente quando “uma empresa explora as vulnerabilidades dos consumidores de uma forma que os induz a comprar bens ou serviços que, de outra forma, não teriam adquirido.” (tradução nossa).⁴⁴⁶

Nessa linha, o cenário disruptivo baseado em dados revelou a necessidade de aperfeiçoamento dos instrumentos protetivos do consumidor no âmbito internacional. Foi a partir dessa constatação que a OCDE revisou suas recomendações para a proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico em 2016. O novo documento trouxe um capítulo específico sobre marketing e publicidade no ambiente digital. Nele há menção específica sobre a necessidade da coleta transparente e consentida dos dados pessoais para fins publicitários. Além da obrigatoriedade de clara identificação dos anúncios comerciais e do cuidado especial

⁴⁴² Dentre os documentos nacionais, é possível fazer referência ao seguintes: The Australian Privacy Act of 1988; New Zealand Privacy Act of 1993; Korea’s Act on the Promotion of Information and Communications Network Utilization and Data Protection Act of 2001; e, Japan’s Act on the Protection of Personal Information of 2003. Os documentos regionais são delineados no decorrer da seção 1.2.

⁴⁴³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *The OECD privacy framework*. Paris: OECD, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xk6h2zv>. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁴⁴⁴ “Almost every human activity leaves behind some form of digital data trail, rendering it increasingly easy to monitor individuals’ behaviour.” Ibid., 20.

⁴⁴⁵ Nessa linha: “The combination of various types of technology (i.e. information from surveillance cameras, GPS, databases) can provide for more consistent and comprehensive monitoring of individuals. (...) While monitoring may contribute to a sense of security, improved efficiency may provide economic or social benefits for some, for others it may cause a decline in trust and freedom.” Ibid., p. 94-95.

⁴⁴⁶ “(...) concerns have been raised that the information inferred through data analytics may also facilitate aggressive or predatory marketing practices, whereby a company exploits the vulnerabilities of consumers in a way that induces them to purchase goods or services that they would not otherwise have bought.” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/3xyzx7hh>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 220.

com publicidade direcionada para públicos vulneráveis, tais como crianças e idosos.⁴⁴⁷ O Brasil aderiu ao documento em agosto de 2018 e também participou do projeto *Going Digital* da OCDE, emitindo relatório sobre os desafios e as oportunidades da inclusão digital, do aperfeiçoamento tecnológico no serviço público e do crescimento da economia digital.⁴⁴⁸ Tal projeto faz parte dos estudos da Organização no aprimoramento da regulação e da adoção de políticas públicas em diferentes temáticas do ciberespaço.⁴⁴⁹ Dentre tais iniciativas, a OCDE emitiu dois guias específicos sobre publicidade digital em 2019.

O Guia “Online Advertising: trends, benefits and risks for consumers” traz um panorama sobre o estado atual das tecnologias aplicadas ao setor, além de explorar as medidas adotadas pelos Estados-membros da OCDE na proteção do consumidor, diante das práticas abusivas e enganosas identificadas no ecossistema publicitário virtual. Um dos riscos mencionados no documento está na criação de “perfis de persuasão” que “(...) podem ser usados para atingir um consumidor em tempo real, dado o que uma empresa sabe sobre os hábitos do consumidor, localização atual e vulnerabilidades gerais.” (tradução nossa).⁴⁵⁰ O Estudo traz, ainda, indicativos do uso abusivo e enganoso dos dados pessoais, principalmente quando as empresas não são transparentes sobre as finalidades do tratamento dos dados, violando os direitos dos consumidores.

O segundo Guia, denominado de “Good practice guide on online advertising”, traz medidas concretas (não vinculantes)⁴⁵¹ para o funcionamento equilibrado do setor, em

⁴⁴⁷ A temática da publicidade está prevista na Parte 1: Princípios Gerais, “item b - Fair Business, Advertising and Marketing Practices”. A proteção dos hipervulneráveis foi prevista no artigo 18: “Businesses should take special care in advertising or marketing that is targeted to children, vulnerable or disadvantaged consumers, and others who may not have the capacity to fully understand the information with which they are presented.” Id. *Recommendation of the Council on Consumer Protection in E-commerce*. (adopted on 23 mar. 2016). Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xk6h2zv>. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁴⁴⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *OECD Reviews of Digital Transformation: Going Digital in Brazil*. Paris: OECD, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/hfkwkftv>. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁴⁴⁹ A OCDE conta com diretorias e comitês que desenvolvem guias de boas práticas em diversos temas do ciberespaço. A iniciativa denominada de *Going Digital* é a principal delas e conta com estudos sobre novas tecnologias, tais como Inteligência Artificial e *blockchain*, além de propor políticas públicas que auxiliam no desenvolvimento sustentável do ciberespaço. Para consultar as iniciativas, veja: GOING Digital Project. OECD. Paris, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8cb68h>. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁴⁵⁰ <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/1f42c85d-en.pdf?expires=1619207544&id=id&accname=guest&checksum=05058CC07AA0CBA0902D0DBC01DE6AA2> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Online advertising: trends, benefits and risks for consumers*. OECD Digital Economy Papers. Paris, n. 272, jan. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr2jp5zw>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 28.

⁴⁵¹ Em que pese a Recomendação sobre Comércio Eletrônico mencionar no art. 11, que: “Businesses should comply with any express or implied representations they make about their adherence to industry self-regulatory codes or programmes, privacy notices or any other policies or practices relating to their transactions with

complemento à Recomendação aprovada em 2016 e mencionada anteriormente. Contudo, o guia abrange apenas as práticas enganosas e abusivas relativas ao conteúdo publicitário, problemas na identificação dos anúncios e a precificação de bens de consumo no ambiente virtual.⁴⁵² Uma menção é realizada no que tange publicidade comportamental dirigida aos grupos hipervulneráveis (crianças, idosos), reivindicando a utilização responsável de tecnologias e técnicas de persuasão baseadas em dados pessoais e publicidade nativa.

O **Conselho da Europa** foi a primeira organização internacional a adotar um instrumento internacional juridicamente vinculante acerca da proteção de dados pessoais. Trata-se da Convenção de Proteção de Dados Pessoais de 1981 (Convenção 108), que exige dos Estados signatários a promulgação de disposições nacionais abrangentes sobre proteção de dados pessoais.⁴⁵³ Os princípios descritos no documento seguem a mesma lógica e redação das Diretrizes emitidas pela OCDE em 1980. A Convenção possui uma série de recomendações que, embora não sejam vinculantes, auxiliam na atualização e interpretação desse Tratado. Uma dessas recomendações aborda especificamente o tratamento de dados pessoais e de perfilização para fins de marketing direto.⁴⁵⁴ Além disso, adverte sobre a adoção de medidas de autorregulação, abordando questões ligadas à segurança tecnológica no tratamento de dados e do direito à informação aos consumidores expostos à prática publicitária direcionada.⁴⁵⁵

A **Organização das Nações Unidas** (ONU) apesar de não abordar detalhadamente a temática da publicidade comportamental online, emitiu documentos e recomendações

consumers.” Id. *Recommendation of the Council on Consumer Protection in E-commerce*. (adopted on 23 mar. 2016). Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xk6h2zv>. Acesso em: 7 jan. 2022.

⁴⁵² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Online advertising*. Op. cit.

⁴⁵³ A Convenção tem como objetivo central “garantir [...] a todas as pessoas singulares [...] o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal”. COUNCIL OF EUROPE. *Convention 108 and Protocols*, Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data. Signature on 28 January 1981. Strasbourg, 1980. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8rumtj3>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁵⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Committee of Ministers. *Recommendation n. R(85)20*, on the protection of personal data used for the purposes of direct marketing. (Adopted by the Committee of Ministers on 25 October 1985 at the 389th of the Ministers’ Deputies). Strasbourg, 1985. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8bu5wz>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁵⁵ O documento contém apenas três páginas. É genérico em sua redação. De acordo com subitem 1.2: “Direct marketing’ comprises all activities which make it possible to offer goods or services or to transmit any other messages to a segment of the population by post, telephone or other direct means aimed at informing or soliciting a response from the data subject as well as any service ancillary thereto.” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Committee of Ministers. *Recommendation n. R(85)20*, on the protection of personal data used for the purposes of direct marketing. (Adopted by the Committee of Ministers on 25 October 1985 at the 389th of the Ministers’ Deputies). Strasbourg, 1985. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8bu5wz>. Acesso em: 8 jan. 2022. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?docuementId=09000016804bd336>

direcionadas à proteção da privacidade e dos dados pessoais dos consumidores expostos às técnicas de rastreamento e coleta excessiva de dados. Desde 1990, a ONU conta com a Resolução 45 sobre a principiologia direcionada à proteção de dados pessoais mantidos em bancos de dados computadorizados. Seis princípios são elencados em torno da noção de “informação justa” e “não discriminatória”.⁴⁵⁶ Em 2014, O Conselho de Direitos Humanos aprovou uma Resolução esclarecendo, em que pese o direito internacional abarque a proteção da privacidade e dos dados pessoais diante da vigilância (estatal e comercial) no ciberespaço, a realidade dos estados é permeada por violações, seja pela falta de um arcabouço jurídico adequado, seja pela “supervisão ineficaz” das violações.⁴⁵⁷

Para aprofundar a temática, o Conselho de Direitos Humanos da ONU criou o primeiro mandato sobre “a privacidade na era digital” em 2015. Os trabalhos realizados resultaram na publicação de diversos relatórios, que contaram com a contribuição de estados, de empresas e da sociedade civil.⁴⁵⁸ No relatório geral de 2018, o Relator Especial mencionou que as “tecnologias cada vez mais poderosas de análise de dados, como big data e inteligência artificial, ameaçam criar um ambiente digital intrusivo (...)” capaz de “(...) realizar vigilância, analisar, prever e até mesmo manipular o comportamento das pessoas em um grau sem precedentes na história. (tradução nossa).”⁴⁵⁹ Trata-se do cenário descrito na primeira parte deste primeiro capítulo, quando se abordou os potenciais efeitos negativos dessas tecnologias.⁴⁶⁰

Da mesma forma, a **Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento** (UNCTAD), revisou seu Guia para a Proteção dos Consumidores e recomendou aos Estados-Membros a adoção de medidas de governança, em colaboração com

⁴⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *Resolution A/RES/45/95*, Guidelines for the Regulation of Computerized Personnel Data Files. Adopted by the General Assembly (45th sess: 1990-1991). New York: 1990. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9fmj2e>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁵⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. UN High Commissioner for Human Rights. *The right to privacy in the digital age*. Report A/HRC/27/37, New York, 30 jun. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s43hh78>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 16.

⁴⁵⁸ Para consultar os trabalhos realizados e os relatórios emitidos, veja: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. SPECIAL rapporteur on the right to privacy. In: UN Human Rights, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/sxzrbmyb>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁵⁹ “Increasingly powerful data-intensive technologies, such as big data and artificial intelligence, threaten to create an intrusive digital environment in which both States and business enterprises are able to conduct surveillance, analyze, predict and even manipulate people’s behaviour to an unprecedented degree.” ⁴⁵⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. UN High Commissioner for Human Rights. *The right to privacy in the digital age*. Report A/HRC/39/29, New York, 3 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ygy67zku>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 2.

⁴⁶⁰ O referido relatório foi utilizado como parâmetro para a análise dos riscos da publicidade comportamental na seção 1.1.4, desta tese.

as empresas e a sociedade civil, para a correção de ações publicitárias enganosas ou abusivas no ambiente digital. Pediu aos países o apoio na adoção de códigos e padrões autorregulatórios pelas empresas do ramo publicitário, sem descuidar da atualização de normas estatais protetivas do consumidor e da adoção de políticas públicas para o setor, por exemplo no aprimoramento da educação para o consumo.⁴⁶¹ Ressaltou, também, a proibição de medidas “(...) antiéticas, discriminatórias ou enganosas, como táticas de marketing abusivas, cobrança abusiva de dívidas ou outro comportamento impróprio que possa representar riscos desnecessários ou prejudiciais aos consumidores.”(tradução nossa).⁴⁶²

Cabe mencionar que a temática publicitária é majoritariamente autorregulada por instituições internacionais de normalização. Elas são responsáveis pela adoção de guias de boas práticas, códigos de conduta e a formação de associações intermediadoras de diversas redes publicitárias que, por sua vez, representam as sociedades empresárias atuantes nas áreas de marketing e de publicidade.

O primeiro código de conduta publicitária foi emitido em 1937 pela **Câmara Internacional de Comércio (ICC)**, ainda em vigor e com atualizações rotineiras. Trata-se da principal organização responsável pela definição e harmonização das práticas publicitárias. Segundo o ICC, o seu “Code of Advertising and Marketing Communications Practice (ICC Code)”, minimiza a necessidade de intervenções legislativas e governamentais no setor privado.⁴⁶³ A instituição reforça, contudo, que se trata de padrões éticos e de diligência profissional, não adentrando em temáticas legais estatais.

A primeira orientação global sobre publicidade comportamental online foi publicada em 2011, na nona revisão do Código ICC.⁴⁶⁴ A temática foi abordada no artigo “C22”, que traz definições centrais, princípios e limites éticos na coleta de dados pessoais. A definição de publicidade comportamental está de acordo com os padrões técnicos apontados por

⁴⁶¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Conference on Trade and Development. *Guidelines for Consumers Protection*. Report UNCTAD/DITC/CPLP/MISC/2016/1. New York: UN, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/ytdxdbdd>. Acesso em: 8 jan. 2022. parágrafos 30, 63, 64 e 65.

⁴⁶² “Commercial behavior: Businesses should not subject consumers to illegal, unethical, discriminatory or deceptive practices, such as abusive marketing tactics, abusive debt collection or other improper behaviour that may pose unnecessary risks or harm consumers.” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Conference on Trade and Development. *Guidelines for Consumers Protection*. Report UNCTAD/DITC/CPLP/MISC/2016/1. New York: UN, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/ytdxdbdd>. Acesso em: 8 jan. 2022. parágrafo 9, item “b”.

⁴⁶³ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *ICC Advertising and marketing Communications Code: Building consumer trust through responsible marketing*. Paris: ICC, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ypttza86>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁶⁴ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *ICC resource guide for self-regulation of online behavioural advertising (OBA)*. Paris: ICC, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/4fuyzr36>. Acesso em: 8 jan. 2022.

especialistas do setor, englobando a prática de tratar dados e informações detalhadas sobre as ações tomadas pelos usuários em seu cotidiano virtual, com o objetivo de entregar anúncios baseados no seu comportamento e interesses.⁴⁶⁵

De acordo com as diretrizes, o uso comercial da publicidade comportamental deve ser baseado no consentimento do titular dos dados, que para o documento se refere à "(...) indicação livre, específica e informada de um indivíduo em resposta a um aviso claro e visível sobre a coleta e uso de dados para fins de publicidade comportamental online." (tradução nossa).⁴⁶⁶ O ICC ressalta a necessidade de manter a transparência no ato da coleta dos dados, esclarecendo o lapso temporal de armazenamento de maneira clara ao usuário, além de viabilizar a opção *opt-out*, ou seja, do consumidor optar por não receber anúncios comerciais baseados em análise comportamental. Além disso, o artigo "C22" recomenda que "as empresas não devem criar ou usar segmentos de IBA com base em dados confidenciais." (tradução nossa).⁴⁶⁷ Contudo, admite-se a utilização comercial dos dados sensíveis quando observados os requisitos legais de cada país.

Não existem *standards* específicos no Código ICC, uma vez que ele funciona como uma diretriz geral para a criação de programas de autorregulação internacionais, regionais e nacionais sobre publicidade. Para aprofundar a temática, a ICC emitiu um Guia sobre a autorregulação da publicidade comportamental online, onde afirma a necessidade de harmonização regulatória e coordenação de todo o setor publicitário para o seu crescimento responsável, sem descuidar da perspectiva protetiva dos consumidores. O Guia aborda estratégias B2B para facilitar o acompanhamento das ações do setor publicitário online, sendo a principal delas a formação de organizações, alianças e associações atuantes no setor.⁴⁶⁸

Nesse sentido, a principal organização não governamental formada na temática da publicidade digital consiste na **Digital Advertising Alliance (DAA)**, uma espécie de iniciativa "guarda-chuva" que reúne grandes associações comerciais de publicidade e de marketing.⁴⁶⁹ A

⁴⁶⁵ A definição original foi citada na nota de rodapé n.1, desta tese.

⁴⁶⁶ "(...) an individual's freely given, specific and informed indication in response to a clear and conspicuous notice regarding the collection and use of data for online behavioural advertising purposes." INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *ICC Advertising and marketing Communications Code*. Op. cit. p. 37.

⁴⁶⁷ "Companies should not create or use IBA segments based on sensitive data." INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *ICC Advertising and marketing Communications Code*. Op. cit. p. 37.

⁴⁶⁸ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *ICC resource guide for self-regulation of online behavioural advertising (OBA)*. Paris: ICC, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/4fuyzr36>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁶⁹ A Aliança é constituída pelas associações: Interactive Advertising Bureau (IAB), Network Advertising Initiative (NAI), 4A's, American Advertising Federation (AAF), Association of National Advertisers (ANA) e BBB National Programs. Demais informações em: ABOUT the Digital Advertising Alliance. In: DAA, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/4kdjktkp>. Acesso em: 8 jan. 2022.

DAA orienta as suas ações com base em sete princípios centrais da prática comercial da publicidade comportamental: (i) o princípio da educação para o consumo; (ii) o princípio da transparência na coleta e tratamento de dados; (iii) o princípio do controle pelo consumidor; (iv) o princípio da segurança dos dados; (v) o princípio da comunicação de alterações em políticas de privacidade; (vi) O princípio dos dados pessoais sensíveis; e, (vii) o princípio da responsabilidade.⁴⁷⁰

Para além da construção principiológica, a principal iniciativa da DAA realiza a gestão de um software que oferece aos consumidores a opção de verificar quais empresas estão rastreando determinado o seu navegador da web e fornecer a eles a opção *opt-out* facilitada. Trata-se do denominado “YourAdChoices”, implementado em meados de 2010.⁴⁷¹ A abrangência técnica do sistema alcança apenas os cookies de terceiros instalados no navegador do usuário, o que revela uma cobertura ainda pequena diante das práticas tecnológicas mencionadas na seção 1.1.2, desta tese. Para além disso, o software registra apenas que o usuário não deseja receber anúncios personalizados, mas não impede o seu rastreamento, ou seja, a empresa continua a monitorar o consumidor que optou por sair.⁴⁷² Apesar das falhas, a implementação do Programa parece alcançar milhares de consumidores. A divulgação ao consumidor é feita por meio de certificado digital (por pictograma) fixado nos anúncios comportamentais das redes aderentes ao YourAdChoices nos EUA, Canadá e em alguns países da Europa.⁴⁷³ Atualmente 138 redes de publicidade online aderem à iniciativa.

Outra iniciativa sem fins lucrativos está na ferramenta “CoverYourTraks”, lançada em 2020 pela **Electronic Frontier Foundation (EFF)**. Tal software abrange os cookies de terceiro e as impressões digitais do navegador.⁴⁷⁴ Além da função educativa ao consumidor, o programa de computador também realiza uma varredura no navegador web do usuário. Não há opções de

⁴⁷⁰ Tais princípios autorregulatórios são semelhantes àqueles princípios jurídicos previstos nas legislações nacionais protetivas dos dados pessoais. Por este motivo, eles são comentados no contexto brasileiro no decorrer da redação do Capítulo 2, desta tese. Para consultar o conteúdo técnico de cada princípio, veja o relatório no original: DIGITAL ADVERTISING ALIANCE. *Self-regulatory principles for online behavioral advertising*. [S.l.], 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/mpbxfprn>. Acesso em: 4 jan. 2022.

⁴⁷¹ O Portal da ferramenta *YourAdChoices* pode ser acesso em: WEBCHOICES: Digital Advertising Alliance’s Consumer Choice Tool for Web US. DAA, [s.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/27n9atva>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁷² JOHNSON, Garrett; SHRIVER, Scott. Consumer Privacy Choice in Online Advertising: Who Optes Out and at What Cost to Industry? Simon Business School Working Paper No. FR 17-19, *SSRN*, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/4j9r6u8k>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁷³ O ícone aparece no canto superior direito do anúncio gráfico e permite que o consumidor clique nele e seja direcionado à página do Programa *YourAdChoices* e gerencie suas opções de privacidade para os sites que aderem à iniciativa. ALBUQUERQUE, Juliana. *Dados pessoais, publicidade e autorregulamentação*. In: IAB Brasil, São Paulo, 28 out. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrxh3spn>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁷⁴ Os cookies e as impressões digitais foram abordadas na seção 1.1.2, desta tese.

gerenciamento dos cookies, apenas a emissão de um relatório sobre o grau de rastreamento identificado. A EFF foi fundada em 1990 e possui atuação relevante no cenário do ciberespaço, atuando em demandas judiciais em alguns países e como *amicus curiae*, na defesa dos direitos dos usuários da internet, dentre eles a proteção de dados pessoais e a privacidade.⁴⁷⁵

As duas organizações, DAA e EFF, também atuam no recebimento de reclamações de usuários da internet sobre possíveis violações aos princípios da publicidade comportamental. A DAA atua por meio de duas associações independentes que realizam a intermediação entre a sociedade empresária, a rede publicitária e o consumidor que se sentiu lesionado com alguma prática publicitária direcionada.⁴⁷⁶ Nesse ponto, tais iniciativas perfazem uma espécie de *Online Dispute Resolution* (ODR), pois implementam sistemas que possibilitam a resolução de disputas virtualmente e sem o acionamento do poder judiciário.⁴⁷⁷ Tal perspectiva é importante para o aperfeiçoamento da proteção do consumidor na seara internacional porque contorna a barreira territorial e reduz os custos com o ajuizamento de uma possível demanda judicial.

Cabe mencionar, ainda, a **Interactive Advertising Bureau (IAB)**, organização privada que atua na capacitação empresarial nos setores de mídia e marketing e no fomento do autocontrole do uso de dados. Possui representação nacional em dezenas de países, inclusive no Brasil. Implementou, também, um escritório voltado para as políticas públicas do setor publicitário interativo e comportamental. Em 2019, a IAB e as demais integrantes da Aliança DAA, participaram da Conferência de Cúpula sobre Publicidade Digital, demonstrando preocupações na ausência de uniformidade das leis de proteção de dados pessoais adotadas pelos estados. A importância da autorregulação da publicidade comportamental online esteve em pauta para firmar o compromisso no combate a coleta e ao uso irregular dos dados pessoais.⁴⁷⁸ O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária brasileiro (CONAR) esteve presente no evento internacional.⁴⁷⁹

Outras iniciativas também possuem atuação internacional na seara publicitária. Dentre elas, estão a Data and marketing association (DMA), a International Council for Ad Self-

⁴⁷⁵ ABOUT EFF. In: *EFF*, São Francisco, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/3suuzda7>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁷⁶ De acordo com o site da DAA, a BBB National Programs e a Association of National Advertisers (ANA) atuam como entidades privadas independentes na resolução das disputas online.

⁴⁷⁷ Para consultar o panorama evolutivo das ODRs e sua correlação com as cortes virtuais, veja: SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 61 e ss. E-book.

⁴⁷⁸ DAA Summit 19: D.C. Effective self-regulation in a privacy-first world. Washington: DAA, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dm8ann5>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁷⁹ ALBUQUERQUE, juliana. *Dados pessoais, publicidade e autorregulamentação*. In: IAB Brasil, São Paulo, 28 out. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrxh3spn>. Acesso em: 8 jan. 2022.

Regulation (ICAS), a International Consumer Protection Enforcement Network (ICPEN), a Global Network Initiative (GNI) e o Ranking Digital Rights (RDR). Em geral, a coordenação das atividades no setor da publicidade comportamental online é realizada com base nos princípios autorregulatórios emitidos pela Aliança DAA.

Entre essa miríade de atores, o projeto **Ranking Digital Rights (RDR)**, sediado pela instituição independente de pesquisa *New America*, que atua na promoção dos direitos dos usuários da internet, tendo como base a realização de rankings de sociedades empresárias que possuem políticas protetivas da pessoa humana.⁴⁸⁰ Os indicadores RDR são baseados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e avaliam os impactos da atividade empresarial aos direitos dos usuários da internet, bem como nas medidas autorregulatórias tomadas pelas sociedades empresárias do ramo. Trata-se de um importante mecanismo para verificação da eficácia dos instrumentos expostos anteriormente.

No levantamento realizado pelo RDR em 2020, três campos foram cobertos pela avaliação independente (Governança, liberdade de expressão e privacidade). Cada área possui indicadores específicos para classificar as ações de 26 (vinte e seis) sociedade empresárias, de acordo com o alcance geográfico, relevância internacional e número de usuários dos serviços ofertados.

Ao todo, 14 (quatorze) sociedades empresárias foram avaliadas na categoria de operação “plataforma digital”.⁴⁸¹ Nove indicadores são relativos às práticas publicitárias, sendo alguns deles específicos para a publicidade comportamental.⁴⁸² Abaixo são expostos os resultados de quatro indicadores. A análise realizada a seguir abrange as sete sociedades empresárias mais relevantes e conhecidas no cenário global para a temática publicitária.⁴⁸³

⁴⁸⁰ O RDR é formado por pesquisadores independentes de diferentes Continentes. O projeto é sediado pela *New America* e afiliado ao *Open Technology Institute*, com sede nos EUA.

⁴⁸¹ RANKING DIGITAL RIGHTS. *Companies*. New York: RDR, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2pdf9wmt>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁸² Neste ponto cabe realizar uma advertência: a nomenclatura originalmente utilizada no relatório foi “targeted advertising” e parte da publicidade que utiliza dados pessoais como insumo da atividade. Isso inclui a coleta das preferências, dos hábitos e das características do consumidor, tendo como objetivo melhor direcionar os anúncios comerciais. Os indicadores concentram dados sobre a coleta e o compartilhamento dos dados pessoais na rede publicitária, ou seja, o termo publicidade direcionada foi utilizado no mesmo sentido de publicidade comportamental ou “baseada em interesses”. Por outro lado, os indicadores relativos à utilização de algoritmos para a análise automatizada (tratamento dos dados) foi alvo de outro indicador (F12. Algorithmic content curation, recommendation, and/or ranking systems).

⁴⁸³ As sociedades empresárias analisadas foram: Twitter, Microsoft, Google, Facebook, Apple, Samsung e Amazon. Tais sociedades empresárias foram elencadas pela ordem de pontuação obtida no relatório geral, que reúne todos os indicadores aplicados na avaliação de 2020. É importante ressaltar, também, que a análise parte dos principais produtos e serviços comercializados por essas sociedades empresárias. Para consultar a classificação geral, veja: RANKING DIGITAL RIGHTS. *The 2020 RDR Index*. New York: RDR, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/ynrr4tey>. Acesso em: 8 jan. 2022.

Adverte-se que a análise cobriu apenas os indicadores pertinentes ao escopo temático delimitado desta tese e não reflete a classificação final angariada por cada uma dessas sociedades empresárias.

O indicador “G4(c) Impact assessment: Targeted advertising”, apontou a precariedade das políticas de avaliação de efeitos negativos no uso da publicidade direcionada aos usuários das plataformas. Apenas o Facebook apresentou políticas parciais nessa seara, obtendo 25 pontos dentre os 100 possíveis. Apple, Amazon, Google, Microsoft, Samsung e Twitter não pontuaram nesse indicador.^{484 485}

O indicador “F1(c) Access to advertising targeting policies”, que aponta o grau de acesso às políticas e termos de uso de dados para a publicidade direcionada mostrou que há uma boa prática empresarial por parte da Amazon, Google, Twitter, Facebook e Microsoft, que alcançaram cada uma pontuação superior a 60 (sessenta) pontos. A Apple ficou abaixo da média, com 25 pontos e a Samsung não pontuou.⁴⁸⁶

O indicador “F3(c) Advertising targeting rules and enforcement”, revela o grau de divulgação das políticas de segmentação publicitária, para entender a dimensão do rastreamento realizado e as inferências colhidas dos dados pessoais utilizados. Nesse quesito, apenas Google e Twitter alcançaram 60 pontos, as demais ficaram entre 8 e 20 pontos, de uma escala máxima de 100 pontos. Samsung não pontuou.⁴⁸⁷

O indicador “F4(c) Data about advertising content and advertising targeting policy enforcement”, visa colher dados sobre o número de anúncios comerciais removidos das plataformas por estarem em desacordo com as políticas de privacidade. Dentre os índices empregados, se analisou a exclusão de anúncios em desconformidade com as políticas de segmentação e de utilização de dados pessoais. O levantamento demonstrou que a Google

⁴⁸⁴ RANKING DIGITAL RIGHTS. *G4c. Impact assessment targeted advertising*. New York: RDR, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5dpyufh2>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁸⁵ Em 2019, primeiro ano da utilização dos indicadores sobre publicidade direcionada, nenhuma das sociedades empresárias pontuou. Nesse sentido, afirmou que: “For the 2019 Index methodology we took an initial step toward addressing targeted advertising by adding a new element to one indicator in the Governance category (G4) that seeks company disclosure of whether it conducts human rights due diligence covering all aspects of a company’s business related to freedom of expression and privacy to identify and mitigate any potential human rights risks. The new element (G4.6) asks whether the company assesses freedom of expression and privacy risks associated with its targeted advertising policies and practices. A preliminary review suggests that none of the ranked companies make such disclosures at this time.” RANKING DIGITAL RIGHTS. *Rationale for RDR’s methodology expansion to address targeted advertising*. New York: RDR, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n89vb5f>. Acesso em: 8 jan. 2022. p. 2.

⁴⁸⁶ RANKING DIGITAL RIGHTS. *F1c. Access to advertising targeting policies*. New York: RDR, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/3dywsevu>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁸⁷ RANKING DIGITAL RIGHTS. *F3c. Advertising targeting rules and enforcement*. New York: RDR, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk8dmn>. Acesso em: 8 jan. 2022.

alcançou 25 pontos, a Microsoft 10 pontos e as demais não pontuaram.⁴⁸⁸

Os responsáveis pelo Projeto RDR publicaram, também, um relatório complementar sobre a prática de publicidade direcionada onde se detalha a correlação entre prática comercial e potenciais violações aos direitos humanos. Cenários de risco são descritos, tendo como base o direito à privacidade (art. 12, da DUDH) e do direito à liberdade de expressão e informação (art. 19 da DUDH). O objetivo do exercício de previsão e levantamento é aprimorar os indicadores utilizados nas avaliações anuais realizadas pelo RDR. Para os especialistas que elaboraram o relatório: “Muitos desses danos estão enraizados em uma violação inicial de privacidade que ocorre a serviço da publicidade direcionada.” (tradução nossa).⁴⁸⁹

Por fim, a avaliação realizada pelo RDR em 2020, no que tange aos indicadores expostos acima, sugere a existência de falhas na implementação das práticas defendidas pelas organizações responsáveis pela autorregulação da publicidade comportamental. As ações e instrumentos adotados parecem não alcançar os grandes *players* do mercado publicitário. Em decorrência dessas falhas, o cenário regional, principalmente com as ações tomadas no âmbito da União Europeia, buscou minimizar a disparidade entre o desenvolvimento de novas tecnologias publicitárias e a proteção dos consumidores, por meio das limitações e recomendações instituídas em regulamentos, diretivas e relatórios relacionados à internet, aos dados pessoais e às práticas abusivas.

1.2.3 O plano regional: a União Europeia, o Mercosul e as alianças transnacionais do ramo publicitário

Não há uma abordagem específica para a publicidade comportamental online nas duas searas regionais analisadas nesta tese (União Europeia e Mercosul). A União Europeia conta com regulamentos e diretivas que tangenciam a temática e reforçam a proteção do consumidor diante da inovação tecnológica publicitária. Três instrumentos europeus de regulação são importantes para a análise do *status quo* do tratamento jurídico da temática.⁴⁹⁰ Trata-se da Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrônicas (e-Privacy Directive), da Diretiva de Práticas Comerciais Desleais (UCP Directive) e do Regulamento Geral de Proteção de Dados

⁴⁸⁸ RANKING DIGITAL RIGHTS. *F4c. Data about advertising content and advertising targeting policy enforcement*. New York: RDR, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2rhd5k5r>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁸⁹ “Many of these harms are rooted in an initial violation of privacy that occurs in service of targeted advertising.” RANKING DIGITAL RIGHTS. *Consultation draft: Human Rights risk scenarios – targeted advertising*. New York: RDR, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2n394vys>. Acesso em: 6 jan. 2022.

⁴⁹⁰ Nesse ponto, é importante ressaltar que existem diferenças normativas entre regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres emitidos pela União Europeia. Sobre o tema, ver: OLIVER, Costa. *A união Europeia e sua política exterior: história, instituições e processo de tomada de decisão*. Brasília: FUNAG, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/23ne67t7>. Acesso em: 8 jan. 2022. P. 126 e ss. E-book.

Pessoais (GDPR). Além disso, o extinto Grupo de Trabalho 29 (WP29),⁴⁹¹ o atual Comitê Europeu de Proteção de Dados (EDPB), a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD) e a Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação (ENISA), abordam explicitamente a temática em relatórios, guias e recomendações não vinculantes. Por outro lado, a autorregulação da temática fica a cargo das organizações não governamentais, tais como a European Advertising Standards Alliance (EASA) e Interactive Advertising Bureau Europe (IAB Europe).

No Mercado Comum do Sul (Mercosul) não há nenhuma discussão específica sobre publicidade comportamental, em que pese um acordo sobre comércio eletrônico ter sido formalizado em 2021 entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai. Tal acordo reforça a urgência do aperfeiçoamento regulatório na temática da proteção do consumidor e de dados pessoais e aborda especificamente o controle jurídico de anúncios comerciais não solicitados (*spam*).⁴⁹²

Nesse sentido, o principal fórum protetivo do consumidor no que tange à publicidade comportamental online parece estar na União europeia. Em que pese não haver regulação específica, o quadro jurídico europeu abrange um leque de instrumentos e iniciativas que visam restringir os abusos na utilização de dados pessoais no mercado publicitário. Os três instrumentos regulatórios mencionados acima são representativos dessa preocupação e estão concatenados com as premissas da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que ressalta a proteção do consumidor e da proteção de dados pessoais (artigos 7º e 8º).

A **e-Privacy Directive**, foi instituída em 2002, com objetivo de estabelecer regras específicas sobre privacidade na seara das comunicações eletrônicas, principalmente no que tange a confidencialidade das comunicações (art. 5, n. 1), prevendo, também regras sobre rastreamento e monitoramento de usuários na internet (art. 5, n.3).⁴⁹³ Ela aborda expressamente a temática dos cookies, central na análise da publicidade comportamental.

Após muitos debates sobre a proibição de instalação automática de *cookies* em equipamentos eletrônicos com acesso à internet, o art. 5(3) da e-Privacy Directive previu implicitamente a adoção de um sistema de opt-out, baseado no direito do usuário de recusar a

⁴⁹¹ Trata-se do antigo órgão consultivo (Working Party on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal data), que era responsável pelo estudo das temáticas de proteção de dados, até 25 de maio de 2018, quando foi extinto e teve suas atividades concentradas no EDPB.

⁴⁹² BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Nota à Imprensa n. 50*. Assinado Acordo sobre Comércio Eletrônico do MERCOSUL - Nota Conjunta do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Economia. Brasília: MRE, 30 abr. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8rb7f>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁹³ UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). Bruxelas, 12 jul. 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/tcdy8bwc>. Acesso em: 8 jan. 2022.

instalação dos cookies, mediante a prestação de informações claras e compreensivas sobre o funcionamento dessa tecnologia. Não havia uma posição explícita sobre a necessidade de consentimento, uma vez que a redação do dispositivo exigia apenas “(...) que o assinante ou usuário em questão recebesse informações claras e abrangentes, de acordo com a Diretiva 95/46/EC, sobre os propósitos do processamento (...). A proposta inicial era pela proibição prévia dos cookies, autorizando a sua instalação pelas sociedades empresárias apenas se houvesse consentimento expresso, explícito e informado. Contudo, a Interactive Advertising Bureau (IAB) lançou uma forte campanha baseada na ideia “Save our cookies”, que influenciou os debates e convenceu os membros do parlamento a recuarem.⁴⁹⁴

Uma das maiores revisões da Diretiva e-Privacy ocorreu em 2009, com a inclusão de novas regras sobre cookies e sobre o consentimento do usuário, oportunidade que levou a literatura jurídica a chamá-la de *Cookie Directive*.⁴⁹⁵ A nova redação do art. 5(3) passou a exigir o consentimento prévio para a instalação dos cookies de rastreamento, ou seja, aqueles cookies utilizados para publicidade, que não se confundem com os cookies que armazenam dados de compra, de preenchimento automático, de autenticação de logins e são necessários para o adequado funcionamento dos sites ou aplicativos (cookies de sessão).⁴⁹⁶ Para esses últimos, a Diretiva dispensou o consentimento. Não mencionou, contudo, qual seria o modelo de coleta desse consentimento informado.

Na prática, o modelo opt-out com banners informativos sobre a coleta e tratamento de dados continuou a ser utilizado para viabilizar a instalação dos cookies e de outras tecnologias de rastreamento.⁴⁹⁷ O aperfeiçoamento desse consentimento viria com a entrada em vigor do GDPR em 2018. Nesse ponto, cabe mencionar que o GDPR prevê expressamente a obrigatoriedade de uma nova revisão à e-Privacy Directive.⁴⁹⁸ Essa revisão ainda não ocorreu. Em 2017, a Comissão Europeia propôs transformá-la em Regulamento, mas ainda enfrenta

⁴⁹⁴ MENDONÇA, Assis. Internet sem “cookies” causará grandes prejuízos. In: DW, 16 nov. 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/eyat38pj>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁴⁹⁵ TOMASZEWSKI, John; GILBERT, Françoise. Complying with the EU Cookie Directive - How Not to Get Left Holding the Bag. *Santa Clara Law Digital Commons*. [s.l.], out. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/ytmv9pcj>. Acesso em: 8 jan. 2022; MCSTAY, Andrew. I consent: An analysis of the Cookie Directive and its implications for UK behavioral advertising. *Sage Journals*. [s.l.], v. 15, n. 4, p. 596-611, set. 2012. Disponível em: Acesso em: <https://tinyurl.com/4bd3x9ah>. 8 jan. 2022.

⁴⁹⁶ Sobre a definição de “cookies necessários” (também chamados de cookies de sessão) e cookies utilizados para coleta de dados pessoais para fins publicitários veja a seção 1.1.2, desta tese.

⁴⁹⁷ PALHARES, Felipe. Cookies: contornos atuais. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 34-35.

⁴⁹⁸ Vide o considerando n. 173. UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR)*. Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bswxh6n>. Acesso em: 8 jan. 2022.

resistências na definição da redação final, pois envolve todas as tecnologias de comunicação eletrônica e todos os tipos de dados, para além daqueles considerados dados pessoais.⁴⁹⁹

É importante ressaltar que a Diretiva e-Privacy continua sendo aplicada aos cookies após a entrada em vigor da **GDPR**. Isso ocorre porque a Diretiva perfaz uma disciplina especializada nas tecnologias de rastreamento eletrônico, o que aborda os cookies que armazenam dados pessoais ou não. Tal posicionamento foi referendado em documento oficial emitido pelo Comitê Europeu de Proteção de Dados (EDPB, *Opinion n. 5/2019*).⁵⁰⁰ O documento menciona, inclusive, a preponderância da Diretiva sobre as demais bases legais do consentimento previstas no GDPR, o que não afasta a aplicação dos demais dispositivos.^{501 502} Isso revela, em última análise, que no ambiente europeu, o consentimento é necessário para a instalação de cookies com finalidades publicitárias, sendo dispensada apenas para os cookies necessários à navegação online. Essa discussão é importante para o tópico 3.1.4, onde são expostas as divergências nas bases legais da coleta e tratamento de dados para fins publicitários, pelo consentimento ou pelo legítimo interesse.⁵⁰³

A temática das tecnologias de rastreamento para fins publicitários já foi exaustivamente tratada pelo antigo **Working Party 29**, substituído pela European Data Protection Board em 2018, conforme previsão do GDPR.⁵⁰⁴ Tal Grupo emitiu pareceres sobre

⁴⁹⁹ COOPER, Dan; MENESES, Anna Oberschelp de. Council of the EU Released a (New) Draft of the ePrivacy Regulation. In: *Covington*, 6 jan. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/4x4hhy3>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁰⁰ UNIÃO EUROPEIA. Comitê Europeu de Proteção de Dados. *Opinion 5/2019*, on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities. Brussels: UE, 12 mar. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckusb9v>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁰¹ Nesse sentido: “There are many examples of processing activities which trigger the material scope of both the ePrivacy Directive and the GDPR. A clear example is the use of cookies.” UNIÃO EUROPEIA. Comitê Europeu de Proteção de Dados. *Opinion 5/2019*, on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities. Brussels: EU, 12 mar. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s3shz8k>. Acesso em: 8 jan. 2022. p. 11.

⁵⁰² Conforme redação do “Considerando n. 10”, da Diretiva e-Privacy: “No sector das comunicações electrónicas, é aplicável a Directiva 95/46/CE, especialmente no que se refere a todas as questões relacionadas com a protecção dos direitos e liberdades fundamentais não abrangidos especificamente pelas disposições da presente directiva, incluindo as obrigações que incumbem à entidade que exerce o controlo e os direitos das pessoas singulares. A Directiva 95/46/CE é aplicável aos serviços de comunicações não acessíveis ao público.”

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). Bruxelas, 12 jul. 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/tcdy8bwc>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁵⁰³ A temática do legítimo interesse foi objeto de Recomendação pelo WP29: UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 5/2019*, on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities. Brussels: UE, 12 mar. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckusb9v>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁰⁴ Working Party 29, se refere ao artigo 29 da antiga Diretiva 95/46/CE, que mencionava “art. 29. Grupo de proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais É criado um Grupo de proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, a seguir designado ‘grupo’. O grupo tem carácter

a interseção entre os dispositivos da Diretiva e-Privacy e da antiga Diretiva 95/46/CE, sobre proteção de dados pessoais.⁵⁰⁵ Abaixo são abordados os posicionamentos oficiais do WP29 e do EDPB, em conjunto com os dispositivos legais da Diretiva e-Privacy e do GDPR, no que tange à temática da publicidade comportamental.

Em 2010, um parecer foi emitido exclusivamente para esclarecer o enquadramento legal da publicidade comportamental online no ambiente europeu. De acordo com o documento, são inegáveis os benefícios da prática comercial, desde que ela não seja “(...) realizada em detrimento dos direitos dos indivíduos à privacidade e à proteção de dados.” (tradução nossa).⁵⁰⁶ Estabeleceu-se alguns pontos importantes, dentre eles: **(i)** que os agentes pertencentes às redes de publicidade estão vinculados ao artigo 5(3), da Diretiva e-Privacy;⁵⁰⁷ **(ii)** que tal regra abrange não apenas os cookies, mas qualquer “dispositivo semelhante” de rastreamento e coleta de dados de quaisquer natureza, já que as informações presentes nos equipamentos eletrônicos fazem parte da esfera privada e são protegidos pelo sigilo disposto no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos;⁵⁰⁸ **(iii)** que a Diretiva 95/46/CE também seria aplicada, quando os dados coletados se enquadrarem na categoria de dados pessoais (art. 2º),⁵⁰⁹ seja por constituírem dados pessoais no momento da coleta ou se convertessem em dados pessoais no tratamento e elaboração de perfis dos usuários;⁵¹⁰ **(iv)** que a transparência é um requisito fundamental para a prática da publicidade comportamental, principalmente no esclarecimento aos usuários sobre dados coletados, tratamento realizado, direitos de acesso, retificação, apagamento desses dados (art. 6º, n. 1, alínea “a” da Diretiva 95/46/CE);⁵¹¹ **(v)** que a coleta do

consultivo e é independente.” UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 95/46/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Bruxelas, 24 out. 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p978saa>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁰⁵ É importante frisar que mesmo após sua extinção, o seu sucessor Comitê Europeu de Proteção de Dados, continuou a aplicar os pareceres do WP29. Para consultar todos os documentos oficiais, veja o site: UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Working Party. Opinions and recommendations. In: *EU*, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/56tud5v2>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁰⁶ “While the Article 29 Working Party does not question the economic benefits that behavioural advertising may bring for stakeholders, it firmly believes that such practice must not be carried out at the expense of individuals' rights to privacy and data protection. The EU data protection regulatory framework setting forth specific safeguards must be respected.” UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 2/2010*, on online behavioural advertising. Brussels: UE, 22 jun. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/273c5xt>. Acesso em: 9 jan. 2022. p.4

⁵⁰⁷ Ibid., p. 9.

⁵⁰⁸ Ibid., p.10.

⁵⁰⁹ Em leitura atualizadora, esse ponto se refere ao artigo 4º, item 1, do GDPR.

⁵¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 2/2010*, on online behavioural advertising. Brussels: UE, 22 jun. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/273c5xt>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 9.

⁵¹¹ Em leitura atualizadora, esse ponto se refere aos artigos 5º, item 1, inciso “a”, bem como ao artigo 12 do GDPR.

consentimento do usuário seja efetuado através de uma ação afirmativa “(...) indicando a sua disponibilidade para receber cookies ou dispositivos semelhantes e a subsequente monitorização do seu comportamento de navegação para efeitos de veiculação de publicidade personalizada.” (tradução nossa)⁵¹²; **(vi)** que a operação de coleta do consentimento seja realizada em ação única e específica, delineando com clareza o ato de instalar a tecnologia na máquina e de passar a monitorar o comportamento do usuário, bem como as condições de tratamento, da sua duração e facilidade de revogação;⁵¹³ **(vii)** que a coleta e o processamento de categorias especiais de dados (dados sensíveis) está sujeita às regras do art. 8º da Diretiva 95/46/CE, e exige o consentimento explícito e destacado do titular para a regularidade de qualquer manipulação publicitária dessa natureza (fortemente desencorajada no parecer);⁵¹⁴ **(viii)** que o GP29 não visou estabelecer os métodos técnicos para a implementação das exigências legais aos agentes do ecossistema publicitário, apenas estabeleceu entendimentos exarados a partir do regime jurídico aplicável. Pede, ao revés, que os próprios agentes privados se organizem e autorregulem tais mecanismos tecnológicos.⁵¹⁶

Em 2011, outro parecer sobre publicidade comportamental foi publicado para esclarecer quais medidas deveriam ser adotadas pelo ecossistema publicitário. A justificativa para a dedicação ao tema se estabeleceu no rápido crescimento da utilização de tecnologias de rastreamento para fins comerciais. De acordo com o parecer há uma “(...) preocupação crescente entre cidadãos, políticos, autoridades de proteção de dados, organizações de consumidores e formuladores de políticas públicas” (tradução nossa),⁵¹⁷ no que tange a disparidade entre avanço tecnológico e mecanismos técnicos e regulatórios para a proteção dos usuários dos abusos cometidos pelo mercado. Estabeleceu-se, também, quatro pontos essenciais sobre a temática: **(i)** a publicidade comportamental envolve o processamento de dados pessoais e está sujeita à legislação de proteção de dados; **(ii)** o consentimento não se mostra necessário para todos os

⁵¹² “The Opinion asks advertising network providers to create prior opt-in mechanisms requiring an affirmative action by the data subjects indicating their willingness to receive cookies or similar devices and the subsequent monitoring of their surfing behaviour for the purposes of serving tailored advertising.” UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 2/2010*, on online behavioural advertising. Brussels: UE, 22 jun. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/273c5xt>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 3.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 16.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 19-20.

⁵¹⁵ Em leitura atualizadora, esse ponto se refere ao artigo 9º do GDPR.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 21,24.

⁵¹⁷ “This requirement for consent reflected a growing concern amongst citizens, politicians, data protection authorities, consumer organisations and policy-makers that the technical possibilities to track individual internet behaviour over time, across different websites, were rapidly increasing.” UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 16/2011*, on EASA/IAB Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising. Brussels: UE, 8 dez. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/3nahf9xj>. Acesso em: 9 jan. 2022. p.3.

tipos de cookies; **(iii)** um pop-up não é a única forma possível de obter consentimento, podendo ser obtido em configurações de navegador ou outros instrumentos técnicos que respeitem as disposições legais; **(iv)** não há necessidade de solicitar o consentimento a cada acesso do usuário ao site ou aplicativo, pois tecnologias de memorização das opções solicitadas podem resolver essa problemática.⁵¹⁸

Em 2012, outro parecer foi emitido pelo WP29 para esclarecer quais seriam os cookies que prescindem de consentimento, pois havia dúvidas sobre quais cookies seriam considerados necessários à navegação na web. O critério chave para a avaliação da necessidade foi realizado a partir da perspectiva do usuário e não do prestador de serviços de mídia digital. Nessa oportunidade, o WP29 definiu expressamente quais categorias dispensam o consentimento: **(i)** cookies de segurança, utilizados para detectar abusos de autenticação (múltiplas tentativas falhas de login para bloqueio temporário e contenção de fraudes); **(ii)** cookies dedicados ao funcionamento de reprodutores de mídia (cookies flash); e, **(iii)** cookies de personalização gráfica (tamanho de fonte, definições de cores) e linguística (preferência de idiomas) das páginas web.⁵¹⁹

Em 2013, foram publicadas novas orientações para a obtenção do consentimento. O Grupo estabeleceu diretrizes que ainda são utilizadas para reger a tarefa de coleta do consentimento online e para fins publicitários, que influenciaram outros países para além da Europa, tal como o Brasil. As recomendações apontam que a prática deve ser regida por um aviso prévio (*banner*) claramente visível e destacado no site ou aplicação que o usuário decida acessar. Tal banner deve conter informações essenciais sobre os cookies utilizados, as suas funções e duração, bem como exigir uma ação do usuário, seja para aceitá-los ou rejeitar aqueles relativos ao rastreamento comercial, ou seja, os cookies não essenciais.⁵²⁰ Além disso, deve haver um local específico que o usuário consiga gerenciar suas opções de consentimento em futuros acessos. O design deve possibilitar o consentimento prévio, informado, específico, temporal, ativo e livre, ou seja, “o consentimento só pode ser válido se ao titular dos dados for disponibilizada uma escolha real, não existindo risco de engano, intimidação, coação ou consequências negativas significativas se ele não consentir.” (tradução nossa).⁵²¹

Em 2015, o WP29 resolveu realizar uma fiscalização do cumprimento dos dispositivos

⁵¹⁸ Ibid., p. 8, 12.

⁵¹⁹ Ibid., p.10-13.

⁵²⁰ UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 4/2012*, on Cookie Consent Exemption. Brussels: UE, 7 jun. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/4wxsx3cx>. Acesso em: 9 jan. 2022. p.8.

⁵²¹ “Consent can only be valid if the data subject is able to exercise a real choice, and there is no risk of deception, intimidation, coercion or significant negative consequences if he/she does not consent.” Ibid., p. 3.

e recomendações acima delineadas. Identificou que grande parte dos sites analisados na pesquisa apresentam o banner e só desaparecem depois de alguma ação por parte do usuário. Entretanto, 54% desses sites apresentavam apenas a opção “ok” ou “estou de acordo”, seguido de um texto padrão informando a utilização de cookies ou sobre a “política de privacidade”. Não exigindo, portanto, o consentimento informado do usuário, muito menos a oferta de opções para gerenciar os cookies.⁵²² Outras pesquisas mais recentes e com outras delimitações territoriais são analisadas no tópico 3.1.3, desta tese.

Em 2021, o sucessor do WP29, **Comitê Europeu de Proteção de Dados (EDPB)**, instituído pelo GDPR, emitiu diretrizes para a publicidade comportamental realizada em plataformas de mídia social, reconhecendo a complexidade tecnológica e a miríade de atores envolvidos no ecossistema publicitário. Para o EDPB, além da análise de dados que são ofertados espontaneamente pelos usuários para segmentar anúncios, “(...) a natureza potencialmente sensível dos dados pessoais processados no contexto das redes sociais, cria riscos para os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos.” (tradução nossa).⁵²³ Além disso, esse tratamento de dados para fins publicitários “(...) levanta questões não apenas em relação à legislação de proteção de dados, mas também em relação a outros direitos e liberdades fundamentais.” (tradução nossa).⁵²⁴

O documento emitido pelo EDPB cria uma lista não exaustiva de riscos aos usuários diante da publicidade comportamental, tendo como base legal o GDPR. São eles: **(i)** a falta de transparência na utilização de tecnologias de rastreamento e análise de dados, em violação ao artigo 12 do GDPR, o que gera uma dificuldade no exercício de outros direitos pelo titular dos dados; **(ii)** o tratamento de dados realizado com base em algoritmos de predição que vão além dos dados coletados e produzem informações que extrapolam a finalidade inicial do tratamento,

⁵²² UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Cookie sweep combined analysis - Report WP229*. Brussels: UE, 3 fev. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/mryhhphn>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵²³ “In other words, the targeting of social media users involves not just the act of ‘selecting’ the individuals or groups of individuals that are the intended recipients of a particular message (the ‘target audience’), but rather it involves an entire process carried out by a set of stakeholders which results in the delivery of specific messages to individuals with social media accounts.” UNIÃO EUROPEIA. Comitê Europeu de Proteção de Dados. *Guidelines 8/2020, on the targeting of social media users*. Version 2.0. Brussels: EU, 13 abr. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/mtar4ttw>. Acesso em: 8 jan. 2022. p. 4.

⁵²⁴ “The combination and analysis of data originating from different sources, together with the potentially sensitive nature of personal data processed in the context of social media, creates risks to the fundamental rights and freedoms of individuals. From a data protection perspective, many risks relate to the possible lack of transparency and user control. For the individuals concerned, the underlying processing of personal data which results in the delivery of a targeted message is often opaque. Moreover, it may involve unanticipated or undesired uses of personal data, which raise questions not only concerning data protection law, but also in relation to other fundamental rights and freedoms.” UNIÃO EUROPEIA. Comitê Europeu de Proteção de Dados. *Guidelines 8/2020, on the targeting of social media users*. Version 2.0. Brussels: EU, 13 abr. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/mtar4ttw>. Acesso em: 8 jan. 2022. p. 5.

violando o artigo 5º, item 1, alínea “b”, do GDPR; (iii) o cruzamento de dados pessoais de diversas naturezas para a criação de perfis e segmentos discriminatórios, tendo como base, por exemplo, origem racial ou étnica, saúde, orientação sexual, profissão, habitação, dados financeiros, dados comportamentais e de emoções,⁵²⁵ o que viola o artigo 9º, do GDPR; (iv) ainda que os dados inicialmente não sejam classificados como dados pessoais, quando eles são processados por Inteligência Artificial (IA) podem se transformar em dados pessoais por meio da criação de perfis, o que necessita de uma interpretação sistemática entre a Diretiva e-Privacy e o GDPR; (v) algumas aplicações publicitárias automatizadas podem ir tão longe a ponto de “(...) minar a autonomia e a liberdade individuais (por exemplo, entregando mensagens individualizadas destinadas a explorar ou mesmo acentuar certas vulnerabilidades, valores pessoais ou preocupações)” (tradução nossa),⁵²⁶ o que exige a observância dos artigos 21 e 22 do GDPR. (vi) os titulares que se enquadram em categorias de vulnerabilidade mais acentuada, tais como crianças e idosos, podem ter seus interesses e preferências afetados pela influência manipuladora de certas técnicas publicitárias, exigindo a proteção específica constante no considerando 38 do GDPR; (vii) o rastreamento sistêmico pode ter um efeito inibidor sobre a liberdade de expressão e o acesso à informação, “se as mensagens, postagens e comentários privados estão sujeitos a análise para uso comercial ou político, isso também pode dar origem à autocensura”, (tradução nossa)⁵²⁷ o que contraria frontalmente o considerando n.4 do GDPR e exige a aplicação de outro diploma relativo às relações de consumo.⁵²⁸

É nesse sentido que a **Diretiva de Práticas Comerciais Desleais** (UCPD) também é aplicável ao tema da publicidade comportamental online, conforme indicado em estudo

⁵²⁵ Sobre as categorias e classificações jurídicas dos dados e das novas categorias preditivas baseadas em comportamentos e emoções, veja a seção 2.2, desta tese.

⁵²⁶ “Targeting mechanisms are, by definition, used in order to influence the behaviour and choices of individuals, whether it be in terms of their purchasing decisions as consumers or in terms of their political decisions as citizens engaged in civic life. Certain targeting approaches may however go so far as to undermine individual autonomy and freedom (e.g. by delivering individualized messages designed to exploit or even accentuate certain vulnerabilities, personal values or concerns). For example, an analysis of content shared through social media can reveal information about the emotional state (e.g. through an analysis of the use of certain key words). Such information could be used to target the individual with specific messages and at specific moments to which he or she is expected to be more receptive, thereby surreptitiously influencing his or her thought process, emotions and behaviour.” UNIÃO EUROPEIA. Comitê Europeu de Proteção de Dados. *Guidelines 8/2020*, op. cit., p. 7.

⁵²⁷ “If private messages, posts and comments are subject to analysis for commercial or political use, this may also give rise to self-censorship.” Ibid., p. 8.

⁵²⁸ Nessa linha, veja o considerando n. 4 do GDPR. UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*. Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bswxh6n>. Acesso em: 8 jan. 2022.

encomadado pela Comissão Europeia.⁵²⁹ O artigo 2 (d) da UCPD define prática comercial business-to-consumer (B2B) como “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação e as comunicações comerciais, incluindo a publicidade e o marketing, por parte de um profissional, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um produto aos consumidores.”⁵³⁰ Em seguida, o artigo 5º proíbe as práticas comerciais que forem contrárias aos pressupostos da diligência profissional ou que distorçam materialmente o comportamento do consumidor.

Trata-se da denominada prática comercial desleal, subdivida em enganosa (artigos 6º e 7º) e abusiva (artigos 8º e 9º). Nesse cenário, a publicidade comportamental que utiliza irregularmente dados pessoais como insumo poderia, hipoteticamente, ser considerada enganosa por não revelar a intenção comercial subjacente ao tratamento de dados baseado em rastreamento de comportamentos (aplicação do artigo 7º, item 2).⁵³¹ Por outro lado, existem estudos que apontam para o potencial manipulador das tecnologias publicitárias baseadas em perfilização e predição comportamental, que acarretariam na constituição de uma publicidade abusiva (aplicação do artigo 8º).⁵³² A temática é aprofundada no segundo e terceiro capítulos desta tese.

A interseção entre UCPD e GDPR ainda está no seu início. Muitas considerações são de natureza teórica e ainda não foram objeto de lide nos tribunais europeus.⁵³³ Contudo, uma resolução do Parlamento Europeu sobre os impactos da publicidade no comportamento de consumo, apontou que “(...) várias dificuldades com a implementação e interpretação [da UCPD] já são aparentes (especialmente no que diz respeito às novas e mais difundidas formas

⁵²⁹ Em 2018, a Comissão Europeia, por meio da *Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency* (Chafea), contratou um extenso estudo sobre as práticas de marketing e publicidade no âmbito das redes sociais virtual. O estudo abrange as sociedades empresárias Facebook, Youtube, Twitter, Reddit, LinkedIn, Snapchat e outras redes virtuais e demonstra como a Diretiva UCP deve ser aplicada nesses casos. Id. European Commission. *Behavioral study on advertising and marketing practices in online social media*. Final Report. Bruxells: GfK Consortium, jun. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/354unn27>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵³⁰ UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva UCP*. Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno [...]. Bruxelas, 11 maio 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2se99yf8>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁵³¹ UNIÃO EUROPEIA. European Commission. *Behavioral study on advertising and marketing practices in online social media*. Op. cit., p. 83.

⁵³² GALLI, Federico. Online Behavioural advertising and unfair manipulation between the GDPR and the UCPD. In: EBERS, Martin; GAMITO, Marta Cantero (eds.). *Algorithmic Governance and Governance of Algorithms: Legal and Ethical Challenges*. Cham: Springer, 2021. E-book.

⁵³³ EIJK, Nico Van; HOOFNAGLE, Chris Jay; KANNEKENS, Emile. Unfair Commercial Practices: a complementary approach to privacy protection. *European Data Protection Law Review (EDPL)*. v. 3, p. 325-337, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8dpecx>. Acesso em: 9 jan. 2022.

de publicidade).” (tradução nossa).⁵³⁴ Esse cenário exigiria, segundo a resolução, a modernização regulatória do espaço europeu.

Acerca da potencial manipulação baseada em dados pessoais, a **Autoridade Europeia para a Proteção de Dados** (AEPD ou, na sigla em inglês EDPS) publicou um parecer explanando a urgência de novos estudos empíricos e da análise harmônica do arcabouço jurídico europeu, uma vez que o problema da manipulação digital para finalidades comerciais e/ou políticas “(...) é real e urgente, e é provável que se agrave à medida que mais pessoas e coisas se conectem à Internet, e o papel dos sistemas de Inteligência Artificial aumentam.”⁵³⁵ Segundo o relatório “(...) a tecnologia e o comportamento no mercado estão a causar danos, devido a distorções e desequilíbrios estruturais.”⁵³⁶ Nesse cenário, a proteção dos dados seria uma parte importante para a solução do “uso irresponsável, ilegal ou antiético de informações pessoais”, mas que deve ser devidamente coordenada com a proteção oferecida por outras normas e controles consumeristas, concorrenciais e eleitorais.⁵³⁷

Em 2011, a AEPD solicitou à Comissão Europeia um melhor acompanhamento sobre as dificuldades regulatórias e interpretativa acerca da temática do rastreamento. Elogiou, também, a adoção de um código autorregulatório pelas duas maiores agências privadas do setor da publicidade.⁵³⁸

A AEPD se referia à **European Advertising Standards Alliance** (EASA) e à **Interactive Advertising Bureau Europe** (IAB Europe), as principais responsáveis pela implementação do Código de boas práticas na publicidade comportamental online.⁵³⁹ Tal Código está em sintonia com o seu similar no âmbito internacional, que já foi objeto de análise na seção anterior (1.2.2). Um destaque pode ser direcionado ao programa educativo “Your

⁵³⁴ “Maintains that the Unfair Commercial Practices Directive provides an essential legal framework for combating misleading and aggressive advertising, in relations between companies and consumers; recognizes that although it is not yet possible to undertake a comprehensive evaluation, several difficulties with implementation and interpretation are already apparent (especially regarding the new, more pervasive forms of advertising).” UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Impact of advertising on consumer behavior*. European Parliament resolution of 15 December 2010 on the impact of advertising on consumer behaviour (2010/2052(INI)). Brussels: European Parliament, 15 jun. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2vwx3wz9>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 61.

⁵³⁵ UNIÃO EUROPEIA. Autoridade Europeia para a Proteção de Dados. *Síntese do Parecer da AEPD sobre manipulação em linha e dados pessoais*. Parecer 208/C233/06. Bruxelas: AEPD, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8afbr6>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 1,3, 4. Tradução oficial.

⁵³⁶ Ibid.

⁵³⁷ Ibid.

⁵³⁸ UNIÃO EUROPEIA. European Commission. EDPS calls on the European Commission to ensure that safeguards for online behavioural advertising are respected. EDPS/11/8. In: *EDPS*, Brussels, 11 jul. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8p8j7k>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵³⁹ ONLINE Behavioural Advertising. In: *EASA Alliance*, Brussels, 14 abr. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/388t5jce>. Acesso em: 9 jan. 2022.

Online Choices: a guide to online behavioural advertising”, que visa informar os consumidores sobre os riscos e limites da publicidade comportamental. O Programa estabelece que as redes publicitárias aderentes devem exibir o anúncio comercial virtual conjuntamente com um ícone do Programa. Tal ícone indica ao consumidor o link de um site com informações sobre publicidade comportamental e um canal para o recebimento de denúncias.⁵⁴⁰ Entretanto, os órgãos oficiais da União Europeia entendem que, embora os mecanismos autorregulatórios apresentem “abordagens interessantes”, o “(...) Código EASA/IAB não é adequado para garantir a conformidade com o atual quadro jurídico europeu aplicável em matéria de proteção de dados.”⁵⁴¹

A **Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação (ENISA)**, responsável por desenvolver recomendações e guias de boas práticas em segurança da informação no âmbito da União Europeia, já emitiu três documentos oficiais sobre rastreamento sistêmico para fins comerciais na internet. Os relatórios publicados em 2010,⁵⁴² 2012⁵⁴³ e 2017,⁵⁴⁴ retomam as mesmas discussões expostas acima, acrescentando informações sobre a implementação técnica dos mecanismos de consentimento, de configurações de privacidade pelo usuário e da implementação do sistema “Do-Not-Track (DNT)”.⁵⁴⁵

As técnicas facilitadoras do consentimento e do exercício do direito à proteção de dados pessoais são objeto da seção 4.2, desta tese. Aqui cabe mencionar dois pontos trabalhados no Relatório de 2017 da ENISA: **(i)** o direito de oposição previsto no artigo 21, itens 2 e 3, do GDPR, que menciona o direito do titular dos dados de se opor ao tratamento de dados destinados a comercialização direta e, assim, fazer cessar qualquer tipo de coleta e tratamento de dados correlatas às operações publicitárias.⁵⁴⁶ Esse dispositivo legal fornece ferramentas

⁵⁴⁰ YOUR Online Choices: a guide to online behavioural advertising. In: *Your Online Choices*, [s.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8sew6t>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁴¹ UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 16/2011*, on EASA/IAB Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising. Brussels: UE, 8 dez. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/3nahf9xj>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 4.

⁵⁴² UNIÃO EUROPEIA. European Union Agency for Cybersecurity. *Privacy considerations of online behavioural tracking*. Brussels: ENISA, 14 nov. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9anwa4>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁴³ UNIÃO EUROPEIA. European Union Agency for Cybersecurity. *Online Tracking and User Protection Mechanisms*. Brussels: ENISA, 18 jan. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2j4zp4f7>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁴⁴ Ibid.

⁵⁴⁵ O DNT é um software que memoriza as opções de consentimento do usuário e realiza o gerenciamento junto aos sites acessados, comunicando quais cookies devem ser aceitos e quais devem ser recusados. O’NEILL, Mike. Do not track and the GDPR. In: *W3C*, [s.l.], 11 jun. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2tdkxyc8>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁴⁶ No original: “Article 21 (...) 2. Where personal data are processed for direct marketing purposes, the data subject shall have the right to object at any time to processing of personal data concerning him or her for such marketing, which includes profiling to the extent that it is related to such direct marketing. 3. Where the data

para enaltecer os interesses do titular “(...) quando seus dados são coletados para fins de marketing; uma vez que o responsável pelo tratamento nunca poderá demonstrar que o seu interesse supera os interesses, os direitos e as liberdades do titular dos dados.” (tradução nossa).⁵⁴⁷; **(ii)** a base legal para implementação de instrumentos complementares ao consentimento, que empoderem o titular de dados, está no item 5, do artigo 21, do GDPR. Para a ENISA esse dispositivo legal é uma “(...) referência implícita ao ‘Do-Not-Track’ ou a qualquer outro mecanismo semelhante que defina especificações técnicas para o direito de oposição ao processamento de dados.” (tradução nossa).⁵⁴⁸

Por outro lado, no ambiente do **Mercosul**, a disciplina regulatória da publicidade, da internet e do consumo no ecossistema digital ainda é escassa.⁵⁴⁹ Alguma coordenação é realizada por meio do Grupo Agenda Digital do Mercosul (GAD). Instituído em dezembro de 2017, o GAD possui o objetivo geral de aprimorar o desenvolvimento tecnológico digital na região, por meio de um “Plano de Ação, de prazo bienal, com propostas de políticas e iniciativas comuns, bem como prazos e metas”. Antes disso, não havia uma coordenação para a agenda da economia digital entre os Estados-membros do bloco. Um dos objetivos específicos da Agenda está na “Coerência normativa de políticas nacionais de proteção de dados pessoais”, que deve abarcar temáticas ligadas à seara publicitária. Contudo, ainda não existem relatórios finalizados no âmbito do Grupo.⁵⁵⁰

A regulamentação da atividade publicitária no Mercosul passaria a contar com a

subject objects to processing for direct marketing purposes, the personal data shall no longer be processed for such purposes.” UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR)*. Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bswxh6n>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁵⁴⁷ “These provisions empower even more the user when his/her data are collected for marketing purpose; since the controller will never be able to demonstrate that his interest overcome interests, the right and freedoms of the data subject. Practically, this specific provision suggests that a data controller can never process personal data for direct marketing purpose once the data subject has opposed.” UNIÃO EUROPEIA. European Union Agency for Cybersecurity. *Online Tracking and User Protection Mechanisms*. Brussels: ENISA, 18 jan. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2j4zp4f7>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 20.

⁵⁴⁸ “This paragraph (5) has been interpreted as an implicit reference to DoNotTrack and to any similar mechanism which would define technical specifications allowing user to oppose to his or her data being processed. This article aims at empowering data subjects with a simple solution for exercising their right to object when using information society services.” Ibid. p. 21.

⁵⁴⁹ Há uma regulação geral sobre o comércio eletrônico promovida com a adoção da Resolução GMC nº 37/19, de 15 de julho de 2019, que dispõe sobre a proteção dos consumidores nas operações de comércio eletrônico. A Resolução foi internalizada no cenário brasileiro pelo Decreto n. 10.271/2020. BRASIL. Decreto n. 10.271, de 6 de março de 2020. Dispõe sobre a execução da Resolução GMC nº 37/19, de 15 de julho de 2019, do Grupo Mercado Comum, que dispõe sobre a proteção dos consumidores nas operações de comércio eletrônico. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5e93buk4>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁵⁰ MERCADO COMUM DO SUL. Conselho do Mercado Comum. Grupo Agenda Digital do MERCOSUL. *Agenda Digital*. Uruguai, dez. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/bddarzur>. Acesso em: 9 jan. 2022.

Resolução n. 126/1996, elaborada pelo então Comitê Técnico n. 7 do Mercosul (Proteção do Consumidor), que integraria o Regulamento Comum sobre Defesa do Consumidor. A Resolução, contudo, não entrou em vigor porque dependia da aprovação do Regulamento Comum, que foi vetado pelos Estados Membros em 1997.^{551 552}

Apesar da inexistência de discussões no Mercosul, a influência da regulação dos dados pessoais na União Europeia favoreceu a implementação de novos regimes protetivos na América Latina. Países como Argentina, Brasil, Colômbia, Chile, México Peru e Uruguai já contam com alguma regulação estatal nesse sentido. Em relatório do Interactive Advertising Bureau (IAB) sobre o mercado publicitário programático latinoamericano, alertou-se que “(...) atenção dada à regulamentação de dados na América Latina é menor em comparação com outras regiões do mundo.” (tradução nossa).⁵⁵³

1.2.4 O plano nacional estrangeiro: o progresso norte-americano no controle da publicidade comportamental

Grande parte das sociedades empresárias implementadoras da publicidade comportamental online e desenvolvedoras de tecnologias de rastreamento estão situadas nos Estados Unidos da América (EUA).⁵⁵⁴ Contudo, essas técnicas publicitárias são de alcance global, como visto na seção 1.1. Isso torna importante a análise realizada neste tópico sobre alguns pontos específicos do cenário norte-americano, no que tange ao seu arcabouço jurídico e às ações tomadas pela Federal Trade Commission (FTC) na seara da publicidade comportamental.

Não há uma regulação estatal cogente para essa temática, muito menos um marco legal geral de proteção de dados em nível federal. Por outro lado, existem leis federais esparsas, que regulam alguns aspectos particulares sobre privacidade. Os EUA possuem, também, leis

⁵⁵¹ A principal crítica foi registrada pelo Brasil, ao afirmar que o Regulamento Comum trazia direitos inferiores ou deficitários ou consumidores, se comparados com aqueles já previstos na legislação interna brasileira. MERCADO COMUM DO SUL. *Resolução n. 126/96*, que aprova o capítulo referente à publicidade e que integra o Regulamento sobre Defesa do Consumidor. Fortaleza, 13 dez. 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/2fr59s69>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁵² Sobre a proteção do consumidor no Mercosul, ver: AMARAL JR., Alberto do; VIEIRA, Luciane Klein. A proteção internacional do consumidor no Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 106, n. 3, jul./ago., 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4zuktby>. Acesso em: 9 jan. 2022; CARVALHO, Andreia Benetti. Proteção jurídica ao consumidor no Mercosul. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do Uniceub*, Brasília, v.2, n.1, p. 116-137, jan./jun., 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/d3cctx9e>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁵³ “la atención que se presta a la reglamentación de los datos en América Latina es menor en comparación con otras regiones del mundo.” INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU. *Informe latinoamericano del IAB sobre la internalización de la programática*. Washington: IAB, ago. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2zttm4t9>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 20.

⁵⁵⁴ CHRISTIE, Elaine. *Tracking the trackers 2020: Web tracking’s opaque business model of selling users*. In: Ghostery, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5d2a3swb>. Acesso em: 9 jan. 2022.

estaduais sobre proteção de dados na Califórnia e Virgínia,⁵⁵⁵ que podem representar alguns limitadores à publicidade comportamental. Os aspectos jurídicos mais contundentes são desenvolvidos pela FTC, que emite diretrizes, realiza audiências públicas e ajuíza ações em face de sociedades empresárias que praticam atos “desleais ou enganosos” no setor publicitário.⁵⁵⁶

Os EUA contam com uma lei federal sobre privacidade desde 1974, a Privacy Act.⁵⁵⁷ Datada das discussões legislativas da década de 1970, a Lei inovou em temáticas ligadas à minimização do uso de dados pessoais e no estabelecimento de condições de acesso e retificação de dados. Todavia, o seu escopo é limitado aos dados tratados pelo Governo norte-americano em relação aos cidadãos, não se estendendo às relações de consumo ou aos agentes privados que tratam dados pessoais para fins comerciais. Dessa forma, a opção pela proteção de dados pessoais no nível federal foi realizada por setores específicos. Dentre eles, os dados bancários e financeiros são protegidos pela Gramm-Leach-Bliley Act (GLBA),⁵⁵⁸ os dados relacionados à saúde e planos de saúde é objeto da Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA)⁵⁵⁹ e aos dados de crianças tem como escopo a Children’s Online Privacy Protection Act (COPPA).⁵⁶⁰

Nesse rol de leis setoriais, a COPPA limita o uso de dados pessoais das crianças pelas sociedades empresárias que tratam essa categoria específica de dados. O consentimento para o tratamento de dados possui regras especiais, uma vez que deve ser concedido pelos responsáveis legais da criança, de forma clara, destacada e expressa. O §312.3 menciona as opções para essa coleta verificável do consentimento, mediante ligação telefônica, envio de carta assinada ao agente de tratamento, a realização de videochamada ou a realização de transação comercial por

⁵⁵⁵ Para acompanhar a evolução dos regulamentos e dos projetos de lei sobre a temática, veja o Diretório de Leis sobre Privacidade: LIVELY, Taylor Kay. *US State Privacy Legislation Tracker*. IAPP, 3 jan. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckwpmra>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁵⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). *Federal Trade Commission Act*. Washington, D.C., 21 mar. 1938. Disponível em: <https://tinyurl.com/33zuezn6>. Acesso em: 9 jan. 2022. Seção 5.

⁵⁵⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Justice. *Privacy Act of 1974* establishes a code of fair information practices that governs the collection, maintenance, use, and dissemination of information about individuals that is maintained in systems of records by federal agencies. Washington, D.C., 1974. Disponível em: <https://tinyurl.com/5bv6en7>. Acesso em: 9 jan. 2022. (Versão atualizada 2020).

⁵⁵⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). *Gramm-Leach-Bliley Act*. Washington, D.C., 12 nov. 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/5fd7wbxj>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁵⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Health & Human Services. *Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996*. Washington, D.C., 21 ago. 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/5fd7wbxj> <https://tinyurl.com/ycks7wav>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁶⁰ A categoria “criança” para a Lei, se refere às pessoas menores de 13 anos de idade. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). *Children’s Online Privacy Protection Rule*. Washington, D.C., 1 jul. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/5x3tftxm>. Acesso em: 9 jan. 2022.

cartão de crédito (conforme o §312.5). A COPPA foi atualizada em 2013, quando a FTC regulamentou a publicidade baseada em comportamento e em outros dados pessoais colhidos dessa categoria especial de titulares. As sociedades empresárias que tratam esses dados para finalidades comerciais e publicitárias foram expressamente abrangidas no escopo da Lei e só podem criar perfis individuais de crianças e veicular publicidade comportamental quando colhido previamente o consentimento destacado dos responsáveis sobre tal monitoramento. Da mesma forma, o incentivo à coleta de dados pessoais por meio de jogos ou outras estratégias predatórias de marketing foi expressamente proibido: “§312.7 Não condicionar a participação de uma criança em um jogo, a oferta de um prêmio ou outra atividade para que a criança revele mais informações pessoais do que o razoavelmente necessário para participar de tal atividade. (tradução não oficial).”⁵⁶¹

O ciberespaço norte-americano, portanto, não conta com um marco regulatório abrangente. Tal cenário incentivou o desenvolvimento de estudos realizados pela **Federal Trade Commission (FTC)** nas temáticas relacionadas ao comércio eletrônico e aos direitos dos consumidores.⁵⁶² Em uma dessas oportunidades, a Agência elaborou diretrizes para a publicidade comportamental online. O foco do guia, que não tem força cogente, está na utilização responsável dos dados pessoais para fins publicitários e “não se destina a incluir publicidade 'primária' [tradicional ou contextual], onde nenhum dado é compartilhado com terceiros.” (tradução nossa).⁵⁶³ A construção do documento contou com dois anos de discussões em workshops realizados com representantes do governo, da indústria, das agências de publicidade e dos consumidores, para a formação dos quatro princípios regentes do setor.⁵⁶⁴ O objetivo central do guia, portanto, é “encorajar uma autorregulação mais significativa e

⁵⁶¹ Redação original: “§312.7 Prohibition against conditioning a child's participation on collection of personal information. An operator is prohibited from conditioning a child's participation in a game, the offering of a prize, or another activity on the child's disclosing more personal information than is reasonably necessary to participate in such activity.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). *Children's Online Privacy Protection Rule*. Washington, D.C., 1 jul. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/5x3tftxm>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁶² A FTC atua na proteção de dados pessoais no ecossistema digital desde 1995, possuindo relatórios específicos sobre perfilização online desde 1999. Nesse sentido, veja: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). FTC and Department of Commerce Workshop, *Online Profiling Public Workshop 9*. Washington, D.C., 8 nov. 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/3yta6dw5>. Acesso em: 5 set. 2021; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). *Online profiling: a report to Congress*. Washington, D.C., jun. 2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p94s9nb>. Acesso em: 5 set. 2021.

⁵⁶³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *FTC Staff Report: Self-regulatory principles for online behavioral advertising (tracking, targeting and technology)*. Washington, jul. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/km2z3uxy>. Acesso em: 11 set. 2021. p. 26,29.

⁵⁶⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). *Behavioral Advertising: Tracking, targeting and technology*. Washington, D.C., 2 nov. 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/mwwapbdu> e <https://tinyurl.com/5n7757p3>. Acesso em: 5 set. 2021.

exequível" para o mercado publicitário baseado em dados pessoais.” (tradução nossa).⁵⁶⁵

Resumidamente, **(i)** o primeiro princípio refere-se à transparência e controle, recomendando que as empresas forneçam informações claras e de fácil acesso sobre as técnicas de publicidade comportamental, além de solicitar o consentimento do titular antes de começar a tratar os seus dados;⁵⁶⁶ **(ii)** o segundo princípio exige a razoável segurança das tecnologias de tratamento de dados e do estabelecimento de lapso temporal para o término do tratamento;⁵⁶⁷ **(iii)** o terceiro princípio rege as alterações nas políticas de uso de dados, estabelecendo a necessidade de informar o titular sobre quaisquer modificações nas finalidades do tratamento;⁵⁶⁸ e, **(iv)** o quarto princípio cria disposições específicas sobre dados sensíveis, que para serem utilizados para fins publicitários devem contar com o consentimento expresso afirmativo e prévio do seu titular.^{569 570}

A FTC, como agência competente para coibir os atos ou práticas desleais ou enganosas que afetem o comércio interestadual, já ajuizou dezenas de ações envolvendo questões ligadas ao e-commerce.⁵⁷¹ Dentre os casos, alguns se referem à proteção dos consumidores na temática da publicidade comportamental. São eles:

(i) Em 2012, a Google concordou em pagar uma multa de 22,5 milhões de dólares para encerrar a ação intentada pela FTC e ajuizada pelo Department of Justice, sobre uma prática classificada como enganosa na instalação sub-reptícia de cookies para publicidade comportamental nas máquinas dos usuários do browser Safari da Apple. A enganosidade estava na tecnologia empregada pela Google, por meio da DoubleClick, que contornava as configurações do Safari que recusa por padrão os cookies de terceiro, violando não apenas os termos de privacidade da Apple, como também o consentimento prévio dos consumidores, devido ao rastreamento oculto;

(ii) Ainda em 2012, a FTC ajuizou uma ação em face da sociedade empresária Rockyou, no que tange ao seu software de jogos eletrônicos. Para usufruir dos serviços, majoritariamente direcionados às crianças, o usuário deveria se cadastrar no site e informar

⁵⁶⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *FTC Staff Report*. Op. Cit., p. 1.

⁵⁶⁶ No original: “Transparency and consumer control Principle.”

⁵⁶⁷ No original: “Reasonable security, and limited data retention, for consumer data Principle.”

⁵⁶⁸ No original: “Affirmative express consent for material changes to existing privacy promises Principle.”

⁵⁶⁹ No original: “Affirmative express consent to (or prohibition against) using sensitive data for behavioral advertising Principle.”

⁵⁷⁰ Vide: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *FTC Staff Report: Self-regulatory principles for online behavioral advertising (tracking, targeting and technology)*. Washington, jul. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/km2z3uxy>. Acesso em: 11 set. 2021. p. 4-7 e 11-12.

⁵⁷¹ Nesse sentido, veja a lista de casos ajuizados sobre a temática na lista presente na nota de rodapé n.8, do documento “FTC Staff Report: Self-regulatory principles for online behavioral advertising”: Ibid. p. 5.

dados pessoais e consentir com os termos de uso. Contudo, a Rockyou não se atentou para as disposições da COPPA sobre tratamento de dados de crianças, que exige o consentimento verificável dos responsáveis legais. Dessa forma, todo tratamento realizado foi considerado ilegal. Um acordo foi celebrado e a empresa pagou uma multa de 250 mil dólares e excluiu todos os dados pessoais coletados de crianças, além de se comprometer com a correção das ilegalidades;

(iii) Em 2011, uma sociedade empresária do ramo publicitário denominada Chitika foi enquadrada pela FTC na prática enganosa de continuar rastreando virtualmente usuários que optaram pela negativa desse ato, através de opção opt-out. A Chitika concordou com os termos administrativos postos pela FTC e removeu todos os arquivos de cookie instalados nas máquinas dos consumidores que não consentiram com a prática desse ato, proibindo-a, também, de monetizar todos os dados preteritamente coletados;

(iv) Ainda em 2011, outro acordo administrativo foi realizado junto à FTC, quando a sociedade empresária *ScanScout*, rede de anúncios comerciais em vídeos, intermediária de editores de sites e anunciantes, foi acionada por utilizar cookies flash para coletar dados comportamentais dos consumidores, sem informá-los sobre a utilização dessa tecnologia. Nesse caso, a informação sobre esse tipo de cookie era importante porque ele escapa das configurações do navegador web, uma vez que fica alocado no software *AdobeFlash* e não no Internet Explorer, Safari ou Chrome, por exemplo. “Como os navegadores não podiam bloquear cookies Flash, os usuários não podiam evitar que o *ScanScout* coletasse dados sobre suas atividades na Internet ou exibisse anúncios em vídeo direcionados.” (tradução nossa).⁵⁷²

As preocupações com o “rastreamento intensivo” dos usuários da internet,⁵⁷³ levou a FTC, então, a recomendar ao **Congresso norte-americano** a adoção de uma estrutura legislativa geral para a temática da publicidade comportamental, bem como a expansão das competências da Agência, no que se refere às temáticas de proteção de dados pessoais.⁵⁷⁴ Apesar dos apelos sobre a insuficiência dos termos de uso e da autorregulação na adequação do

⁵⁷² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Senate. *Online advertising and hidden hazards to consumer security and data privacy*. Report. Washington, D.C., 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p889c9j>. Acesso em: 4 jan. 2022. p. 39.

⁵⁷³ Em 2012, a FTC publicou recomendações ao governo na adoção de políticas públicas de consumo e as boas práticas que devem ser adotadas pela iniciativa privada no que tange a proteção da privacidade e dos dados pessoais no ecossistema digital. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. *Protecting consumer privacy in an era of rapid change: recommendations for businesses and policymakers*. Washington: mar. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/msx3ufj7>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁷⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Senate. Committee on Commerce, Science, and Transportation. *Online Profiling and Privacy*. Relatório da FTC apresentado ao Senado. Washington: 13. Jun. 2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8j4m5n>. Acesso em: 9 jan. 2022.

consentimento informado, o Congresso optou por não regular a temática.⁵⁷⁵ Realizou, contudo, audiência no âmbito do Comitê sobre Comércio, Ciência e Transporte acerca das “implicações da publicidade online na privacidade”, quando considerou que “frequentemente, os indivíduos não sabem quais informações estão sendo coletadas sobre eles, como estão sendo usadas e para quem são disseminadas.” O Comitê levantou “o estado atual da indústria da publicidade online e o impacto desse mercado na privacidade dos usuários.” (tradução nossa).⁵⁷⁶

Alguns anos mais tarde, outro Comitê do Senado, ligado a Segurança Interna e Assuntos Governamentais, por meio do Subcomitê Permanente de Investigações, publicou um relatório sobre a temática da publicidade online, informando que: “o grande volume [e complexidade] de tal atividade torna difícil até mesmo para o consumidor mais vigilante controlar os dados que estão sendo coletados ou se proteger contra seu uso malicioso.” (tradução nossa).⁵⁷⁷ Oportunidade em que considerou os diplomas autorregulatórios emitidos pelo mercado publicitário como insuficientes, principalmente no que tange à implementação de padrões de segurança e fiscalização adequados. Além disso, identificou, em pesquisa empírica, que a aplicação de sanções pecuniárias tem sido fraca nos EUA.⁵⁷⁸

Diante da insuficiência regulatória federal, alguns estados norte-americanos começaram a inovar nas temáticas do ciberespaço. Dentre as iniciativas já concretizadas, a **California Consumer Privacy Act (CCPA)** é a mais abrangente dos EUA e sem equivalente nos níveis federal e estadual.⁵⁷⁹ A CCPA traz novos direitos para os titulares de dados pessoais no ambiente virtual, tais como o direito de acesso, exclusão e transparência. Abarca, também, a exigência de consentimento prévio ao tratamento de dados ou ao rastreamento virtual, ressaltando algumas exceções ligadas às outras bases legais autorizativas. Os agentes de tratamento, devem informar a finalidade do tratamento, a categoria de dados tratados e se haverá

⁵⁷⁵ Para consultar um panorama completo das discussões regulatórias na FTC, veja: BENNETT, Steven C. Regulating Online Behavioural Advertising, *The John Marshall Law Review*, v. 44, n. 4, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/5e98fa73>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁷⁶ “Individuals often are unaware what information is being collected about them, how it is being used and to whom it is disseminated. In this hearing, the Committee will consider the current state of the online advertising industry and that market’s impact on users’ privacy.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Senate. Committee on Commerce, Science, and Transportation. *Privacy implications of online advertising*. Washington: 9 jul. 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/3wz97fyt>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁷⁷ “The sheer volume of such activity makes it difficult for even the most vigilant consumer to control the data being collected or protect against its malicious use.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Senate. *Online advertising and hidden hazards to consumer security and data privacy*. Report. Washington, D.C., 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p889c9j>. Acesso em: 4 jan. 2022. p. 1. É importante frisar que o relatório se concentra nas questões dos malwares quando analisa a segurança técnica da publicidade online.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 7, 25-42.

⁵⁷⁹ GREEN, Andy. Complete Guide to privacy in the US. In: *Varonis: Inside out Security*. [s.l.], 2 abr. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p89hajr>. Acesso em: 9 jan. 2022.

o compartilhamento de dados com outras sociedades empresárias para além daquela que os coletou. Esse último ponto merece destaque, uma vez que trouxe a novidade dos destaques informativos “Do Not Sell My Personal Information” e “Limit the Use of My Sensitive Personal Information”, que devem aparecer sempre que um usuário baseado na Califórnia acessar qualquer mídia digital que trate dados pessoais.⁵⁸⁰ Os avisos requerem uma ação positiva do titular dos dados optando por não sujeitar seus dados ao tratamento com finalidade lucrativa do mercado publicitário, bem como limitar qualquer tratamento baseado em dados sensíveis. Nesses dois casos, trata-se de um direito *opt-out* dos titulares dos dados, disposto na seção “1798.135” da CCPA.⁵⁸¹

Com o objetivo de evitar a discriminação ilícita dos titulares de dados pessoais, a CCPA trouxe o princípio da não discriminação dos consumidores. O princípio denominado de “The right to non-discrimination for exercising their CCPA rights”, tem como principal escopo proteger aqueles que optarem por exercer seus direitos *opt-out* descritos acima. De acordo com a seção “1798.125”, nesses casos, os agentes de tratamento não poderão negar a oferta de bens ou serviços ao consumidor, reduzir a sua qualidade ou cobrar preços ou taxas distintas. Por outro lado, a Lei também incentiva a monetização dos dados pessoais quando prevê a licitude de incentivos financeiros (pagamentos, compensações, descontos) para aqueles que consentirem com o tratamento monetizado de dados, incluindo, nesse rol, a venda de dados pelo agente de tratamento. Os programas de incentivos financeiros devem contar com disposições contratuais claras e que permitam a revogação pelo consumidor a qualquer momento, não sendo

⁵⁸⁰ Nessa linha: “‘Sell,’ ‘selling,’ ‘sale,’ or ‘sold,’ means selling, renting, releasing, disclosing, disseminating, making available, transferring, or otherwise communicating orally, in writing, or by electronic or other means, a consumer’s personal information by the business to a third party for monetary or other valuable consideration.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *California Consumer Privacy Act of 2018 (CCPA)*, Civil Code, Division 3, part 4, (Title 1.81.5). Sacramento: 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ynhhr2k5>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁸¹ Para esta tese, é interessante observar a redação original do disposto legal californiano:

“1798.135. Methods of Limiting Sale, Sharing, and Use of Personal Information and Use of Sensitive Personal Information: (a) A business that sells or shares consumers’ personal information or uses or discloses consumers’ sensitive personal information for purposes other than those authorized by subdivision (a) of Section 1798.121 shall, in a form that is reasonably accessible to consumers:

(1) Provide a clear and conspicuous link on the business’s internet homepages, titled “Do Not Sell or Share My Personal Information,” to an internet web page that enables a consumer, or a person authorized by the consumer, to opt-out of the sale or sharing of the consumer’s personal information;

(2) Provide a clear and conspicuous link on the business’ internet homepages, titled “Limit the Use of My Sensitive Personal Information,” that enables a consumer, or a person authorized by the consumer, to limit the use or disclosure of the consumer’s sensitive personal information to those uses authorized by subdivision (a) of Section 1798.121.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *California Consumer Privacy Act of 2018 (CCPA)*, Civil Code, Division 3, part 4, (Title 1.81.5). Sacramento: 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ynhhr2k5>. Acesso em: 9 jan. 2022.

permitidas disposições contratuais de “fidelização”.^{582 583}

Além das iniciativas californianas, que em 2023 contarão com novas regras aplicáveis à privacidade na era digital, a chamada California Privacy Rights Act (CPRA),⁵⁸⁴ as iniciativas autorregulatórias nacionais norte-americanas também possuem representatividade na elaboração de diretrizes, recomendações e guias de boas práticas no setor publicitário. Tais documentos se assemelham aqueles desenvolvidos nas searas internacional e regional, uma vez que tentam harmonizar a produção de standard para o setor publicitário.

Nesse ponto se destaca a iniciativa **Network Advertising Initiative** (NAI), que abarca a regulação da publicidade comportamental.⁵⁸⁵ Os códigos de conduta desenvolvidos no âmbito desse programa são escritos e aprovados por um conglomerado de agentes da indústria publicitária, com diferentes níveis de representatividade. A participação dos consumidores ainda é demasiadamente limitada. O principal produto relacionado à publicidade comportamental está no software “OptOut”, que traz informações e opções de desativação do rastreamento virtual realizado pelas sociedades empresárias e do bloqueio de publicidade comportamental.⁵⁸⁶

Por fim, a autorregulação publicitária nacional é presente em diversos países ao redor do globo e auxilia no desenvolvimento padronizado do setor. Em muitos casos, existem marcos legais estatais que regem os aspectos gerais da publicidade e transferem a especialização regulatória às agências estatais ou ao setor privado sem fins lucrativos, através das associações que se dedicam ao tema.

Nesse meandro autorregulatório estão, por exemplo, o *Reclame Code Commissie* da Holanda, o Conselho de Publicidade da Bélgica, Associação de Agências de Publicidade da Grécia, o *Code of Advertising Standards for Ireland* da Irlanda, o *Committee of Advertising Practices* da Grã-Bretanha, o *Instituto di Autodisciplina Pubblicitaria* da Itália e o *Bureau de Vérification de la Publicité* na França.⁵⁸⁷ No Brasil, há diferentes regimes jurídicos para o setor

⁵⁸² Nesse sentido, veja todas as disposições da Seção “1798,125” da CCPA.

⁵⁸³ ROBITAILLE, Gabrielle. DGX Benchmark: CCPA and online behavioural advertising. In: *World Federation of Advertisers*. [s.l.], 20 dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/j8unhwzn>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁸⁴ Trata-se de uma atualização normativa da CCPA. Para consultar as alterações que passarão vigorar em 1 jan.2023, veja o documento: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. California. *The California Privacy Rights Act of 2020*. Sacramento: 24 nov. 2020. Disponível em: <https://theCPRA.org/>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁸⁵ NETWORK ADVERTISING INITIATIVE. *Benefits of tailored advertising: best practices - 2020 NAI Annual Report*. Washington: NAI, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/238646hr>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁸⁶ NETWORK ADVERTISING INITIATIVE. *Opt out of interest-based advertising*. Washington: NAI, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n6w7pvw>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁸⁷ ROCHA, Raquel Heck Mariano. Modelos de regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil. *Direito & Justiça*, v. 38, n. 2, p. 200-212, jul./dez., 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/yncy7cj6>. Acesso em: 9 jan. 2022.

publicitário, bem como a autorregulação desenvolvida pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), pelo Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP) e pelo Interactive Advertising Bureau (IAB Brasil). Esse quadro regulatório desconcentrado é objeto de discussão no próximo capítulo da tese.

1.2.5 Síntese da segunda categoria expositiva: a inexistência de regulação específica é respaldada pela aplicação de diplomas destinados à proteção de dados

Existem diferentes sentidos para o termo “regulação”. Utilizou-se nesta tese uma definição mais ampla que engloba tanto os comandos provenientes de regras vinculativas emitidas pelo Estado (regulamentação), quanto aqueles “padrões” que são gestados e aperfeiçoados “fora” dele, através de documentos publicados por entidades especializadas (autorregulação). Tais entidades são responsáveis pelos delineamentos dos aspectos técnicos do mercado publicitário e, por este motivo, tendem a ser observadas por diferentes atores nacionais, regionais e internacionais, e, até mesmo, pelos próprios agentes estatais, principalmente como *start* para o desenvolvimento de regras cogentes.

Especialmente no tema da publicidade, a autorregulação é central no desenvolvimento do setor, ficando a cargo do setor público o controle da enganiosidade e da abusividade, além de recentemente ter assumido a tarefa de controlar o uso de dados pessoais, no que tange às campanhas publicitárias virtuais. Esse último ponto parece ter suprimido a necessidade de uma regulação específica para a publicidade comportamental online, uma vez que inexiste regras cogentes para a temática.

A regulação faz parte de um conjunto de ações que podem ser englobadas na rubrica da governança. No ciberespaço, o conjunto regulatório é debatido, produzido e implementado concomitantemente por agentes privados, organizações internacionais, organizações não governamentais e estados, contando, ainda, com a participação da sociedade civil. Todo esse conglomerado está dentro do contexto denominado de “governança da internet.” Afirmou-se que tal governança não pressupõe a exclusão do Estado em quaisquer de seus poderes. Não se propôs a desconsideração da regulação tradicional que, inclusive, prepondera sobre qualquer modalidade regulatória extrajurídica.

No plano internacional, as temáticas do ciberespaço permanecem majoritariamente regidas por organizações internacionais e organizações não governamentais, que emitem recomendações, guias de boas práticas e incentivam a adoção de padrões técnicos para diferentes setores virtuais. Dentre eles, a publicidade comportamental online conta com uma espécie de governança que ainda está em seu nascedouro. Dentre as Organizações

Internacionais que abordam a temática, a OCDE e a ONU discorrem tangencialmente sobre a interface do mercado publicitário virtual e a necessidade de proteção da privacidade e de dados pessoais.

A OCDE e a ONU recomendam que instituições internacionais como a ICC, DAA e IAB desenvolvam suas próprias regras técnicas para o uso de dados pessoais na implementação de tecnologias publicitárias disruptivas. Foi partindo dessa perspectiva que as organizações não governamentais começaram a desenvolver standards na tentativa de harmonizar o setor ao redor do globo. Temáticas envolvendo a transparência, consentimento do usuário, uso responsável dos dados pessoais e proteção do consumidor na utilização comercial da publicidade comportamental online começaram a ser desenvolvidas em meados de 2011.

Em decorrência da ausência de cogência desses documentos autorregulatórios, instituições como a New America instituíram indicadores para testar a implementação desses padrões. Os resultados obtidos no ano de 2020 pelo Ranking Digital Rights apontaram falhas na observância das recomendações defendidas pelo setor publicitário, uma vez que as grandes sociedades empresárias do ramo ainda não estão satisfatoriamente engajadas na observância dos direitos dos “ciberconsumidores.” Direitos que são assegurados, de alguma forma, por meio de documentos internacionais, regionais e nacionais.

No plano regional, apesar de o Mercosul não contar com estudos específicos para a publicidade, algumas iniciativas para a coordenação do ciberespaço começam a ganhar vida, principalmente nas questões do e-commerce. Do outro lado, a União Europeia perfaz o principal fórum protetivo do consumidor no que tange à publicidade comportamental. Em que pese não haver uma regulação específica, o quadro jurídico europeu abrange um leque de instrumentos e iniciativas que visam restringir os abusos na utilização de dados pessoais no mercado publicitário. Três instrumentos regulatórios são representativos dessa preocupação e estão concatenados com as premissas da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que ressalta a proteção do consumidor e da proteção de dados pessoais. Trata-se da e-Privacy Directive, da UCP Directive e do GDPR. A adequação da regulação europeia se deu com os grupos de trabalho WP29 e, posteriormente, com o EDPB, que delinearão recomendações para o setor publicitário, seja na utilização comercial das novas tecnologias, seja na adoção de códigos autorregulatórios pela EASA e IAB.

No plano nacional estrangeiro abrangido nesta tese também foi observada a ausência de tratamento jurídico específico. O quadro normativo aplicável ao setor publicitário é fragmentado e setorizado. Não há uma abrangência nacional no que tange às questões ligadas à proteção da privacidade e de dados pessoais, que são abordadas apenas em alguns estados

norte-americanos, tal como a California Consumer Privacy Act (CCPA).

Diante da ausência de coordenação nacional, a FTC se incumbiu da tarefa de regular e fiscalizar o setor no que tange aos atos e práticas desleais ou enganosas que afetem o comércio interestadual. Quatro casos já foram submetidos ao crivo da Agência, que aplicou sanções administrativas às sociedades empresárias envolvidas em abusos no setor publicitário comportamental. Para além disso, o Senado norte-americano já considerou que a necessidade de aperfeiçoamento regulatório do setor da publicidade virtual, uma vez que “Os padrões de autorregulação definidos pela indústria online, embora tenham uma orientação significativa sobre privacidade, não descrevem padrões de segurança abrangentes.” (tradução nossa).⁵⁸⁸ Essa afirmação também pode ser utilizada nos demais planos geográficos mencionados nesta seção.

Por fim, o aperfeiçoamento tecnológico absorvido pelo ecossistema publicitário (seção 1.1), somado a interação das modalidades regulatórias mencionadas acima (seção 1.2), resultam na aplicação de múltiplas formas de governar o setor, dentre as quais se destacou o regime protetivo dos dados pessoais. Dessa forma, um dos aspectos da governança da internet está na regulação da publicidade online. Para as finalidades desta tese, se denomina tal conjunto de ações como “governança publicitária virtual”. O próximo capítulo utiliza este arcabouço teórico para compreender o funcionamento dos regimes jurídicos publicitários no Brasil e os limites atualmente impostos à publicidade comportamental.

⁵⁸⁸ “Self-regulatory standards set by the online industry, while having significant privacy guidance, do not outline comprehensive security standards.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Senate. *Online advertising and hidden hazards to consumer security and data privacy*. Report. Washington, D.C., 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p889c9j>. Acesso em: 4 jan. 2022. p. 2.

CAPÍTULO 2

A ABRANGÊNCIA DOS REGIMES JURÍDICOS APLICÁVEIS À DINÂMICA PUBLICITÁRIA ONLINE NO BRASIL

O presente capítulo tem como objetivo avaliar os limites legais (e autorregulatórios) da aplicação comercial da publicidade comportamental online no contexto brasileiro. Para tanto, a seção 2.1 realiza os seguintes questionamentos: Quais são as condições permissivas da publicidade comportamental online no quadro jurídico consumerista brasileiro? E, até que ponto o regime jurídico “tradicional” abarca as peculiaridades técnicas presentes nos anúncios comerciais baseados no tratamento de dados? A seção 2.2, por outro lado, aborda outro questionamento derivado da problemática central: como o novel regime jurídico de proteção de dados pessoais se aplica (e limita) o agir publicitário disruptivo?

2.1 A abrangência do regime jurídico da publicidade tradicional

O regime jurídico⁵⁸⁹ da publicidade é fragmentado, misto e administrativamente desconcentrado. É fragmentado porque conta com diferentes diplomas legais e infralegais que regem a temática. É misto tendo em vista que a regulação e a fiscalização são promovidas tanto pelo Estado quanto pelo setor privado. É administrativamente desconcentrado, uma vez que existem diferentes órgãos estatais setoriais incumbidos do controle jurídico da atividade publicitária.

Dessa forma, a seção 2.1 irá avaliar a abrangência do regime jurídico tradicional na publicidade comportamental, para identificar os seus limites legais e o escopo protetivo oferecido ao consumidor. O primeiro passo consiste em analisar o arcabouço normativo aplicável à publicidade e identificar os órgãos responsáveis pelo controle da publicidade comportamental online (seção 2.1.1). Em seguida, cabe compreender os elementos configuradores da relação de consumo aptas a atrair a incidência do CDC na seara publicitária (seção 2.1.2).

Examinados o arcabouço normativo e preenchidas as condições de aplicação do CDC

⁵⁸⁹ Para as finalidades desta pesquisa científica considera-se regime jurídico a “(...) expressão que designa o conjunto de normas que incidem sobre determinado aspecto da personalidade física ou jurídica, nos diversos papéis sociais de sua atuação, compreendendo desde as normas de origem constitucional até as disposições normativas privadas que regulam determinada situação. Nesse sentido, são usadas as expressões regime jurídico do casamento, da magistratura, do empregado etc.” SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

na publicidade comportamental, cabe analisar as hipóteses caracterizadoras da abusividade publicitária, tendo como base a literatura jurídica e as decisões administrativas da SENACON (seção 2.1.3). Por último, o papel preventivo dos atores responsáveis pela autorregulação publicitária no Brasil é alvo de análise, com o objetivo de averiguar as ações do CENP e do CONAR na temática delineada nesta tese (seção 2.1.4). A seção 2.1.5 conclui.

2.1.1 Os aspectos gerais do sistema estatal de controle publicitário

A importância social e econômica da publicidade foi delineada através do seu desenvolvimento histórico, que recentemente passou a contar com a disrupção tecnológica digital. Os novos patamares alcançados pelos anúncios comerciais têm despertado a atenção dos juristas para os seus efeitos negativos. Portanto, uma área que até pouco tempo contava com o interesse exclusivo de administradores, sociólogos, economistas e psicólogos, passa a receber atenção especial da ciência jurídica. A própria disciplina normativa brasileira para a publicidade é uma construção recente, contando com uma maior coordenação apenas com a promulgação do CDC em 1990.⁵⁹⁰ Antes disso, havia apenas leis esparsas sobre temas setoriais que tangenciavam a regulação da profissão de publicitário. Nesse contexto, o presente tópico delinea o arcabouço normativo aplicável ao controle da publicidade, dando maior ênfase às normas destinadas à proteção do consumidor. Ao final, são expostas as políticas e os órgãos estatais responsáveis por esse controle.

Originalmente, o **despertar jurídico para a temática** da publicidade se deu na seara concorrencial, tendo sido debatida intensamente pela doutrina do final do século XX e início do século XXI.⁵⁹¹ O enfoque inicial da legislação estava na proteção jurídica entre concorrentes afetados pelas práticas publicitárias.⁵⁹² Tratava-se, portanto, de uma preocupação *business-to-business* (B2B). Foi com a concorrência desleal que surgiram os primeiros instrumentos de controle estatal da publicidade. Os indícios históricos desse tipo de controle no Brasil decorrem do Decreto n. 24.507/1934, que estabelecia os preceitos normativos para a repressão da concorrência desleal. Tal conduta, posteriormente, foi tipificada como crime no art. 196 do

⁵⁹⁰ BEZERRA, Glícia Maria Pontes. Publicidade e defesa do consumidor no Brasil: histórico, cenário político e disputas sobre a implementação do Código em contraponto à autorregulamentação publicitária no país. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 111, maio/jun., 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/mtawdakh>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 198.

⁵⁹¹ MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Panorama Normativo do controle da publicidade de consumo no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 35, p. 263-274, 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/6zp5v3zc>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁹² BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 1-48, jan./mar., 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7cmwwd>. Acesso em: 17 dez. 2021, p.6.

Código Penal. Esse dispositivo, por sua vez, foi revogado pela Lei n. 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial), que tratou a temática de forma mais abrangente nos art. 2º, inciso V, art. 195 e art. 209.⁵⁹³

O **primeiro marco regulatório estatal** da publicidade no Brasil foi previsto pela Lei n. 4.680/1965, que dispõe sobre o exercício da profissão e define termos e categorias empregadas no setor.⁵⁹⁴ De acordo com o art. 1º os publicitários são aqueles que desenvolvem de forma regular e permanente as “(...) funções de natureza técnica da especialidade, nas Agências de Propaganda, nos veículos de divulgação, ou em quaisquer empresas nas quais se produza propaganda.”⁵⁹⁵ As agências realizam suas atividades de acordo com a ordem fornecida pelos clientes anunciantes. Dentre tais atividades, o art. 3º menciona “a arte e técnica publicitária, que, através de especialistas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos veículos de divulgação”, com o objetivo comercial de difundir produtos, serviços e ideias.

Os veículos de divulgação “são quaisquer meios de comunicação visual ou auditiva capazes de transmitir mensagens de propaganda ao público, desde que reconhecidos pelas entidades e órgãos de classe (...)”, conforme preceitua o art. 4º da supramencionada Lei. Já os agenciadores de propaganda perfazem aqueles que “vinculados aos veículos da divulgação, a eles encaminhem propaganda por conta de terceiros.” (vide art. 2º).⁵⁹⁶

Para a Lei n. 4.680/1965, publicidade seria “qualquer forma remunerada de difusão de

⁵⁹³ BRASIL. *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/3hhfhunf>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁹⁴ Cabe mencionar que já existiam disposições legais esparsas sobre publicidade em determinadas temáticas: a) Decreto-Lei n. 4.113/1942, sobre a publicidade de médicos, dentistas, enfermeiros e outros profissionais da saúde; b) Decreto-Lei n. 7.669/45, sobre publicidade de produtos com guaraná; c) Lei n. 4.215/63, que disciplinava a publicidade nas atividades advocatícias; d) Lei n. 5.768/71 sobre publicidade da distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso; e) Lei n. 6.643/77, tornando obrigatória a divulgação do preço total de produtos anunciados no comércio; f) Lei n. 8.884/84 sobre defesa econômica, que trazia disposições sobre publicidade. Existem, ainda, outras Leis que abordam tangencialmente o tema no Código Penal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Brasileiro de Telecomunicações, no Código Sanitário, na Lei da Copa do Mundo de 2014, entre outras.

⁵⁹⁵ Nessa linha: “As agências de propaganda são contratadas pelas empresas anunciantes para a prestação dos serviços publicitários definidos em lei (full service), que vão dos estudos e concepção à intermediação de peças publicitárias. São remuneradas pelas empresas anunciantes pelo que criam, concebem e produzem, direta ou indiretamente. Pela intermediação da publicidade, a remuneração, paga via contratantes, é fruto do desconto fixado pelos veículos em suas listas de preços, sobre o valor concreto da veiculação da publicidade. O valor mínimo desse desconto, nominado desconto-padrão, recomendado pelas Normas-Padrão, é de 20% para as agências que possuam o Certificado de Qualificação Técnica.” CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO. *Compliance na publicidade*: documento de orientação ética 1 - compliance e proposições éticas na autorregulação da publicidade. São Paulo: CENP, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdemctpz>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁹⁶ BRASIL. *Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965*. Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdesmhjm>. Acesso em: 9 jan. 2022.

ideias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado.”⁵⁹⁷ Aqui vale um retorno ao tópico 1.1.1, que dissertou sobre a utilização não técnica do termo propaganda no ordenamento jurídico brasileiro. Até mesmo o CDC utiliza ora o termo publicidade ora o termo propaganda para se referir a atividade comercial de divulgação e promoção de bens de consumo.⁵⁹⁸

Tendo em vista a vigência da Lei n. 4.680/1965 e a inexistência de regras atualizadoras desse diploma, surge a necessidade de adequar ao arcabouço normativo os novos veículos de publicidade no ambiente digital.⁵⁹⁹ A partir do arcabouço teórico desenvolvido no primeiro capítulo sobre as peculiaridades da publicidade comportamental online, entende-se que:

(i) As agências de propaganda no mundo virtual são aquelas sociedades empresárias (Ad Agencies) que produzem o material publicitário a pedido dos anunciantes que desejam proliferar seus anúncios na internet. Trata-se de uma atividade multidisciplinar que extrapola a ideia artística e que conta com o auxílio tecnológico, para superar a ideia do anúncio estático e chegar aos anúncios dinâmicos e personalizados;

(ii) Os anúncios são, então, hospedados pelos editores de sites da internet ou aplicativos mobile (os Publishers). Para a referida Lei, esses agentes são denominados de veículos de divulgação; e,

(iii) Os denominados “agenciadores de propaganda” descritos no art. 2º, da Lei n. 4.680/1965, consistem nos atores responsáveis por realizar a tarefa de intermediar a relação entre agência de propaganda e os veículos de divulgação. A leitura gramatical deste dispositivo abarcaria apenas os profissionais (pessoas físicas) que atuam nas agências de propaganda realizando tal intermediação. Contudo, em uma leitura evolutiva e diante da complexidade da atividade publicitária virtual, é possível encaixar nesse rol de agenciadores sociedades empresárias que realizam os leilões automatizados dos espaços publicitários disponibilizados pelos veículos de divulgação. Trata-se das Ad Networks e das Demand-Side Platforms, abordadas no subtópico 1.1.3, desta tese.

Feita essa breve categorização legal dos agentes publicitários, cabe explorar agora da principiologia aplicável ao setor da publicidade no direito brasileiro. Nessa linha, Jacobina

⁵⁹⁷ Capítulo I (definições), Artigos 1º a 5º da Lei n. 4.680/1965. Ibid.

⁵⁹⁸ BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁵⁹⁹ Nesse ponto, adverte-se que a Lei n. 12.323/2010, dispõe sobre as regras licitatórias e contratações realizadas pela administração pública para serviços de publicidade. A Lei não trouxe novidades para o campo publicitário em geral, sendo citada pela vertente privatística da publicidade apenas para se referir ao reconhecimento da autorregulação publicitária como um dos pilares do regime legal, conforme delineado na seção 2.1.4.

afirma que com o advento da Constituição Federal de 1988, a comunicação publicitária teve seu regramento ampliado e aperfeiçoado.⁶⁰⁰ A proteção constitucional não descuidou da análise holística do fenômeno, prevendo **três pilares para o controle jurídico da publicidade**: (i) a proteção da atividade econômica fundada na livre iniciativa e baseada na ordem econômica (art. 170, caput e parágrafo único); (ii) a proteção da livre concorrência (art. 170, IV); e, (iii) a proteção do consumidor (art. 5º, XXXII; art. 24, VIII; art. 170, V). Parte da literatura jurídica acrescenta um quarto pilar, consubstanciado na proteção da liberdade de expressão publicitária (arts. 5º, IV e 220). Todas as categorias são analisadas abaixo.

Primeiramente, é importante ressaltar que as quatro vertentes da revolução industrial trabalhadas na seção 1.1.1, indicaram que a publicidade passou a acumular diferentes funções na sociedade de consumo. Deixando de ser meramente informativa, ela passou a exercer a função de distinção entre produtos e serviços semelhantes. Concomitantemente, calhou de aperfeiçoar as suas técnicas de persuasão, criando uma atmosfera de emoção e “fetichismo” nas campanhas publicitárias.⁶⁰¹ Esse potencial de alavancar as vendas, fez da publicidade um instrumento central na conquista ou na manutenção de setores da atividade econômica pelas sociedades empresárias. Logo, a função econômica da publicidade foi capaz de promover não apenas o fomento da atividade econômica dos anunciantes, mas também favoreceu a independência dos veículos de comunicação, financiados pela atividade publicitária. Nesse rol estão tanto os veículos tradicionais (jornais impressos, rádio, televisor), quanto os veículos digitais (websites, redes sociais, aplicativos).

Mesmo diante da ausência de previsão legal para a publicidade online, há espaço para o seu desenvolvimento comercial no arcabouço constitucional brasileiro. Nesse sentido, o artigo 170 da CRFB/88, parágrafo único, garante que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”⁶⁰² A **livre iniciativa**, para além de um princípio fundamental previsto no art. 1º, inciso IV, da CRFB/88, também perfaz um dos fundamentos da ordem econômica brasileira, previstos no caput do art. 170. Tal proteção constitucional não é ilimitada e deve ser

⁶⁰⁰ JACOBINA, Paulo Vasconselos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.37.

⁶⁰¹ Conforme comenta Baumann, mencionando Karl Marx e Karl Polanyi, o fetichismo da mercadoria tem como objetivo criar uma ilusão baseada em subjetivismo e perfeição irreal. A partir dessa leitura sociológica, pode-se cogitar que a publicidade se desenvolve a partir do que Baumann chama de “fetichismo da comunicação”, se utilizando um de poderoso fluxo de informação e de livre acesso à sociedade de consumidores para aumentar a lucratividade das sociedades empresárias. BAUMANN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 22,23,139,140.

⁶⁰² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/4cba6zca>. Acesso em: 9 jan. 2022.

conjugada com a principiologia presente nos incisos do art. 170. Um desses princípios se refere à proteção da **livre concorrência** (art. 170, inciso IV, da CRFB/88), na contenção de abusos empresariais das mais diversas ordens. Foi a partir dessa previsão que a legislação infraconstitucional aperfeiçoou o regramento da concorrência desleal com a Lei n. 9.279/1996 (art. 2º, inciso V e art. 195).

Para além de gozar do livre exercício da atividade econômica, parte da literatura jurídica nacional passou a ver a publicidade como um fenômeno cultural, intelectual, artístico e de comunicação, que também merece proteção sob a rubrica constitucional da **liberdade de expressão**.⁶⁰³ “A publicidade poderia ser definida, então, como a arte de criar necessidades.”⁶⁰⁴ Estaria protegida pela disposição do artigo 5º, inciso IX da CRFB/88, que preceitua que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.” Tal leitura também encontraria reforço nos termos do artigo 220 da CRFB/88, supostamente aplicável aos anúncios publicitários, uma vez que “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.”

Tal interpretação, da publicidade como uma expressão inventiva do intelecto humano, advém do regramento previsto no próprio art. 220, que aborda as restrições constitucionais à atividade publicitária, nos seus parágrafos 3º e 4º.⁶⁰⁵ Eles limitam a liberdade de expressão publicitária no que tange aos “produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”, bem como restringe os anúncios publicitários que veiculem “tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias” que são objeto de controle estatal

⁶⁰³ Olhando a partir dessa perspectiva, estão:

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 64; DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010. p. 38; LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 116;

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão*. Coimbra: Coimbra Ed, 2002. p. 450;

BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro*. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 103.

⁶⁰⁴ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.95.

⁶⁰⁵ Nesse ponto, André Cabral defende a “(...) passagem da publicidade da condição de instrumento de ofertação pura e simples, consistindo em parte essencial da atividade empresarial, para um bem empresarial imaterial.” Caberia, portanto, a proteção multifacetada desse fenômeno, inclusive pela proteção do direito autoral. CABRAL, André Luiz Cavalcanti. Aspectos jurídicos da publicidade. *Revista Prima Facie*, ano 2, n.2, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/4412/3325>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 142.

Acerca dos aspectos autorais presentes no anúncio comercial, veja: BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. Obra atualizada por Eduardo C. B. Bittar. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

infraconstitucional. O tratamento conjugado da liberdade de expressão prevista no caput do art. 220 com as restrições dos anúncios publicitários que podem ser danosos aos cidadãos, foi consubstanciada em construções teóricas sobre a vedação da censura publicitária, por aplicação lógica do parágrafo 2º do mesmo dispositivo constitucional, que preleciona ser: “vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”⁶⁰⁶

Entretanto, existem **críticas** à inclusão da publicidade como atividade protegida pela liberdade de expressão, como uma forma de manifestação de opinião e pensamento.⁶⁰⁷ A atividade comercial de anunciar bens de consumo não possui caráter jornalístico. Quando ela emprega um discurso intelectual, artístico ou científico não o faz como atividade-fim, mas sim como instrumento destinado a “escoar a produção, através da circulação de produtos ou serviços.”⁶⁰⁸ Como parte integrante da atividade empresarial, a publicidade seria regida apenas pelas disposições constitucionais da livre iniciativa, sujeitando-se, inclusive aos limitadores da função social da propriedade, concorrência, defesa do consumidor e proteção do meio ambiente.⁶⁰⁹

Isso, contudo, não exclui o denominado “direito de publicidade”, que continua protegido pela Constituição sob a insígnia e reflexo do direito de propriedade.⁶¹⁰ “Controle da publicidade, então, nada mais é que controle sobre a empresa. Por conseguinte, sem qualquer fundamento constitucional a tese de que controlar a publicidade é instaurar a censura.”⁶¹¹

⁶⁰⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/4cba6zca>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁰⁷ Olhando a partir dessa perspectiva, estão:

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 95;

BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 1-48, jan./mar., 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7cmwwd>. Acesso em: 17 dez. 2021, p. 45;

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. v. 10 (Biblioteca de Direito do Consumidor). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 64;

NERY JR; Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n.3, p. 44-77, set./dez., 1992. Disponível em: <https://tinyurl.com/45td3t8p>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 67.

⁶⁰⁸ BENJAMIN, op. cit., p. 44.

⁶⁰⁹ Nesse ponto Gherardini afirma que: “Se a empresa possui uma função social cogente, por força do direito positivo, não há dúvida que o *marketing*, como uma atividade tipicamente empresarial, também a possui, surgindo tal função social da propriedade e da empresa, caracterizando-se, da mesma forma, como um princípio constitucional impositivo. Ou seja, o marketing, enquanto atividade empresarial, por si só, possui uma função social, da mesma forma geradora de um direito difuso, cujo cumprimento pode ser exigido, em juízo ou fora dele, por qualquer dos seus titulares.” SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 124-125.

⁶¹⁰ CENEVIVA, op. cit., p. 95.

⁶¹¹ Além disso: “Incorporar a publicidade no mesmo arcabouço de proteção da liberdade de opinião é, sem dúvida, lhe dar, diretamente, o mesmo valor que a manifestação política, religiosa ou filantrópica tem E trazer o consumo de bens, objetivo final de qualquer publicidade, e o próprio mercado ao patamar mais elevado da civilização e dos valores humanos.” BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. Op. cit. p. 46.

Dessa maneira, mesmo que se defenda a “dupla proteção constitucional da publicidade”,⁶¹² pela via da atividade econômica e pela via expressão artística, não se trata, em nenhum desses caminhos, de uma carta branca ao exercício ilimitado da atividade publicitária, que está sujeita às vedações expressamente previstas na Constituição e em leis infraconstitucionais correlatas. Entretanto, o autor desta tese entende que a publicidade não merece tratamento idêntico às garantias dos cidadãos à liberdade de expressão de pensamentos e opiniões, devendo receber apenas a proteção constitucional da atividade econômica, sujeita às limitações comentadas acima. Essa perspectiva fica mais evidente quando a publicidade deixa de ser meramente uma “arte” ou “expressão cultural” e passa a ser uma técnica disruptiva de convencimento do consumidor no ciberespaço. Grande parte do desenvolvimento da atividade publicitária passou a ser automatizado por algoritmos que adaptam os anúncios aos gostos de cada consumidor.

É nessa linha que a Constituição também impôs o dever das sociedades empresárias de compatibilizarem as suas atividades com a **proteção dos consumidores**. A previsão específica dessa harmonização está no rol principiológico do art. 170, no seu inciso V, que conjuga diferentes valores fundamentais em busca do equilíbrio econômico sustentável.⁶¹³ A urgência de um tratamento jurídico específico para as relações de consumo no cenário brasileiro ficou registrada no art. 48 da Constituição, quando impôs a obrigação do “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”⁶¹⁴ Apesar disso, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) acabou promulgado apenas dois anos mais tarde.

Vale registrar que a preocupação com os efeitos negativos da publicidade aos consumidores é uma questão recente, assim como o surgimento do próprio direito do consumidor como ramo autônomo da ciência jurídica.⁶¹⁵ Como visto, a disciplina jurídica

⁶¹² MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão*. Coimbra: Coimbra Ed, 2002. p. 450.

⁶¹³ OLIVEIRA, James Eduardo. *Constituição Federal Anotada e Comentada*. São Paulo: Grupo GEN, 2013. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8vkmsx>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 1523.

⁶¹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/4cba6zca>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶¹⁵ A literatura jurídica menciona que o marco histórico do nascimento formal do Direito do Consumidor está no discurso realizado pelo então Presidente Americano John Kennedy, no Congresso Americano, em 15 de março de 1962. Nessa oportunidade, o Presidente elencou os direitos básicos do consumidor: o direito à segurança, o direito de ser informado, o direito de escolha e o direito de ser ouvido/atendido. Esse discurso inspirou a alteração na proteção do consumidor no mundo ocidental, tanto no nível doméstico dos Estados, quanto no nível internacional. Especificamente no âmbito internacional, após alguns anos de debates no seio da ONU, em 9 de abril de 1985, a Assembleia Geral adotou as Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor (Resolução 39/248), reforçando a necessidade de proteção do consumidor pelos Estados-membros. CIPRIANO, Ana Cândida Muniz; SANTANA, Héctor Valverde. The UN Guidelines for consumer Protection: Review and next steps. In:

publicitária se concentrou inicialmente nas vertentes da regulamentação profissional e da concorrência entre sociedades empresárias. Na legislação ordinária, apesar de algumas disposições do Código Civil de 1916 serem aplicadas analogamente ao anúncio publicitário, não havia regras específicas que estabelecessem a vinculação cogente do anúncio comercial como uma oferta a ser cumprida pelo anunciante. Não existia, também, uma tutela própria para o ressarcimento de eventuais danos ao consumidor afetado pela publicidade ilícita.⁶¹⁶ Dessa forma, a proteção do consumidor não esteve na pauta do controle publicitário por um longo período.

Foi em decorrência da aplicação de pressupostos do direito dos contratos, no que tange ao consentimento do comprador, da boa-fé do anunciante e do dever de informar, que o cenário começou a ser alterado. A importância fulcral da publicidade no escoamento da produção massificada, somada a sua onipresença na vida das pessoas, fez com que ela recebesse tratamento jurídico semelhante às questões contratuais.⁶¹⁷ A publicidade e o contrato nem sempre foram vistos como fenômenos interligados.⁶¹⁸ O anúncio publicitário era visto, até certo ponto, como um mero convite à negociação e contratação (*invitatio ad offerendum*).⁶¹⁹

O estado atual do tratamento jurídico do consumidor diante da atividade publicitária foi alcançado por degraus.⁶²⁰ O primeiro passo foi dado pela literatura jurídica, esclarecendo os pressupostos dessa fase pré-contratual. Após com a jurisprudência forçando o cumprimento de ofertas publicitárias pelos anunciantes ou indenizando os consumidores pelos danos causados pela publicidade ilícita. E, concomitantemente, com a incorporação legislativa de algumas

MARQUES, Cláudia Lima; WEI, Dan (orgs.). *Consumer Law and Socioeconomic development: National and International Dimensions*. Cham: Springer, 2017. p. 25-27.

⁶¹⁶ Alguns autores citam o Código Comercial de 1850, na disposição sobre vícios redibitórios, como a única forma indireta de proteção do consumidor diante a publicidade enganosa. Contudo, tratava-se de um meio pós-contratual de resolução da lide e que depositava no requerente (nesse caso o consumidor) o *onus probandi*. Não havia um controle da publicidade em si nesse período anterior ao CDC. Mesmo o Código Civil de 1916, no artigo 1.080, que trazia a proposta do contrato como vinculante ao proponente, era insuficiente para vincular o anúncio publicitário emitido pelo fornecedor. Nesse sentido: DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010. p. 45; JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 35.

⁶¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 1-48, 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7cmwwd>. Acesso em: 17 dez. 2021, p. 19.

⁶¹⁸ Conforme ressalta Jorge Mosset Iturraspe, a massificação do consumo levou aos contratos de adesão e a não vinculação da oferta publicitária gerava fraudes e enganos à boa-fé. Citado por: BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 1-48, 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7cmwwd>. Acesso em: 17 dez. 2021, p. 18.

⁶¹⁹ BIONI, Bruno. *A proteção e dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2010. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/2562hxwz>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 59.

⁶²⁰ A evolução jurídica dos contratos tradicionais até o desenvolvimento dos chamados contratos de consumo conta com extensa literatura. Veja, por todos: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

temáticas específicas, ligadas ao controle de publicidade de alimentos, medicamentos, agrotóxicos e organismos geneticamente modificados.⁶²¹ O quadro jurídico amplo e geral da publicidade viria apenas com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor.

O CDC, como norma especial de ordem pública e interesse social, passou a cobrir as relações de consumo em todas as suas fases contratuais.⁶²² Antes, durante e depois de findada a relação contratual. O CDC previu um capítulo específico para as práticas comerciais, onde se delineou as regras específicas para a atividade publicitária (capítulo V, seções I a IV).⁶²³ Trouxe, assim, o sistema estatal de controle da publicidade por meio da tutela do consumidor nas esferas administrativa (artigos 55 a 60), penal (artigos 66 a 69) e civil.⁶²⁴ Possibilitando, ainda, que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores seja realizado por via da ação coletiva, conforme disposições do artigo 81 e seguintes.⁶²⁵ O regramento específico objetivou aperfeiçoar a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas comunicações publicitárias (arts. 4º, III, e 51, IV, do CDC), principalmente no que tange a lealdade, a transparência e a confiança na fase pré-contratual.

Partindo das regras estabelecidas no consolidado microssistema consumerista, é possível apontar alguns **princípios de proteção publicitária do consumidor**,⁶²⁶ que estão relacionados à temática desenvolvida nesta tese, quais sejam: (i) a identificação da mensagem publicitária (art. 36, caput); (ii) a necessária veracidade do anúncio (art. 37, §§ 1º e 3º); (iii) a

⁶²¹ Nesse sentido, Antonio Herman Benjamin aponta que “afora o despreparo intrínseco do ordenamento tradicional para lidar com a publicidade, podemos apontar certas dificuldades extrínsecas no tratamento da matéria. E que, não raras vezes, o legislador, no afã de regradar o tema, o faz de maneira assistemática, dispersa, pulverizando-o em uma série de leis, decretos e normas administrativas. Vamos encontrar, então, o controle da publicidade em relação a alimentos, a medicamentos, a agrotóxicos, etc., totalmente apartado de um quadro legal mais amplo e geral.” BENJAMIN, Antônio Herman. *O controle jurídico da publicidade*. Op. cit. p. 20.

⁶²² COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 77, 2011, p. 27-46.

⁶²³ As temáticas do Capítulo V do CDC abrangem a oferta, a publicidade, as práticas abusivas, a cobrança de dívidas e os bancos de dados e os cadastros de consumidores.

⁶²⁴ Conforme aponta Adalberto Pasqualotto, “considerando a publicidade apenas como oferta, o tratamento que mais frequentemente lhe é dispensado é o de declaração unilateral de vontade.” PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. v. 10 (Biblioteca de Direito do Consumidor). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 59-60.

⁶²⁵ “Em síntese, a lei de defesa do consumidor cuidou de controlar a publicidade comercial, assim compreendida como a mensagem promovida por pessoa jurídica, pública ou privada, difundida no exercício de uma atividade profissional, qualquer que seja o meio de comunicação de massa, com o escopo de promover a contratação de bens e serviços, direta ou indiretamente (publicidade promocional ou institucional).” DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010. p. 51.

⁶²⁶ Existem peculiaridades no tratamento jurídico da publicidade nos diferentes microssistemas que abordam a temática, sejam eles consumerista, concorrencial ou a autorregulação presente no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Assim, é importante estabelecer que os princípios abordados nessa seção são aqueles presentes expressa ou implicitamente no CDC, ou seja, são direcionados à proteção dos consumidores. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

transparência/informação sobre os detalhes do produto ou serviço anunciado (art. 6º, inciso III e art. 31, caput); e, (iv) a vinculação contratual da publicidade (artigo 30).⁶²⁷

Tais princípios são importantes para a publicidade comportamental porque estabelecem limites na forma e conteúdo dos anúncios divulgados nas mídias digitais.

O **princípio da identificação da mensagem publicitária**, nos termos do artigo 36, caput do CDC, aponta que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.” O consumidor não deve se esforçar para compreender que está diante de uma mensagem de caráter publicitário. A ocultação da presença da publicidade em conteúdo de entretenimento pode impactar a transparência das relações de consumo e induzir o consumidor a erro, uma vez que pode ser interpretada como uma mensagem desinteressada. Claudia Lima Marques ressalta que tal princípio “tem sua origem justamente no pensamento de que é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é o destinatário de uma mensagem patrocinada por um fornecedor (...).”⁶²⁸

Essa perspectiva é especialmente relevante diante da atuação de influenciadores digitais que se propõem a anunciar produtos em um contexto nebuloso de troca de experiências com os consumidores. Além disso, a presença de anúncios publicitários que divide espaço com o conteúdo publicado por usuários em redes sociais virtuais, merece atenção. Por este motivo, entidades de autorregulação publicitária publicaram documentos e guias sobre como aplicar esse princípio.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) traz em seu artigo 28, que “o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.” Em seguida, no artigo 30, exige-se a clara distinção da publicidade: “a peça jornalística sob a forma de reportagem, artigo, nota, texto-legenda ou qualquer outra que se veicule mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não confunda o Consumidor.”⁶²⁹ Já o “Guia de publicidade por influenciadores digitais” do CONAR informa que “(...) é necessária a menção explícita da identificação publicitária, como forma de assegurar o cumprimento deste princípio, por meio

⁶²⁷ Tais princípios são mencionados pela literatura jurídica consumerista a partir da leitura dos dispositivos legais. Quatro princípios são abordados nesta seção. Mas os autores citam outros princípios que fogem do escopo temático deste capítulo, que estão ligados à inversão do ônus da prova (art. 38 do CDC), à correção do desvio publicitário (art. 56, XII, do CDC) e à lealdade publicitária (art. 4º, VI, do CDC). Nesse sentido, ver: DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010. p. 57-93.

⁶²⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 674.

⁶²⁹ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. São Paulo: CONAR, 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 15 set. 2021.

do uso das expressões: ‘publicidade’, ‘publi’, ‘publipost’ ou outra equivalente (...).”⁶³⁰

O **princípio da veracidade**, por outro lado, exige a adequação entre a afirmação realizada no anúncio publicitário e aquilo que o produto ou serviço realmente entrega. O objetivo consiste em proteger o consumidor de informações inverídicas ou insuficientes, uma vez que podem induzi-lo em erro. O dever do fornecedor de garantir a veracidade das informações, ou seja, do conteúdo anunciado está diluído no artigo 6º, III e IV e no artigo 37, parágrafos 1º e 3º, ambos do CDC.

Nessa linha, a veracidade está conectada com a proibição da publicidade enganosa por ação ou omissão. Tal categoria abrange “(...) 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 (...)”.⁶³¹ Além disso, aplica-se o artigo 31, no que tange a oferta e a apresentação dos bens de consumo, inclusive acerca dos riscos que apresentem.⁶³²

O art. 31 do CDC, reforça que o fornecedor tem o dever de fornecer informações claras, precisas e ostensivas, bem como de todos os elementos obrigatórios, somados à exigência de informar sobre os riscos que os produtos podem causar à saúde ou a segurança dos consumidores.⁶³³ João Calvão da Silva ressalta que o direito à informação envolve a apresentação “(...) explícita, clara e sucinta, das advertências e instruções exigíveis segundo a possibilidade tecnológica, em ordem de obter o resultado pretendido - o esclarecimento adequado do consumidor.”⁶³⁴ O autor acrescenta, ainda, que a informação não se exaure no momento da colocação do produto no mercado de consumo.

⁶³⁰ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Guia de publicidade por influenciadores digitais*. São Paulo: CONAR, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/29hupzst>. Acesso em: 5 jan. 2022.

⁶³¹ Art. 37, § 1º do CDC. BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC)*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9cbn63>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶³² O STJ já se pronunciou sobre o conteúdo da informação, cindindo-o em categorias: “(...) o art. 31 do CDC é extremamente minucioso e desdobra o dever de informar, com ênfase no pré-contratual, em quatro categorias principais, imbricadas entre si, em diálogo e sobreposição: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= para que se presta e se utiliza o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento do produto ou serviço), e d) informação-advertência (= sobretudo quanto aos riscos do produto ou serviço).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial n. 586.316 MG*. Relator: Min. Herman Benjamin. 25 maio 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p97v4wx>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 18. Tal julgado refere-se ao direito de um grupo especial de consumidores de serem informados sobre a presença de glúten nos alimentos através de uma advertência no rótulo dos produtos.

⁶³³ Para aprofundar os temas elencados no art. 31 do CDC, veja: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 842-845.

⁶³⁴ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 660.

Assim, o princípio da veracidade impõe o **dever de informar** pelo fornecedor. A literatura jurídica consumerista considera o dever à informação, que dá conteúdo ao direito à informação, reflexo do princípio da transparência, ligando-o, também, ao princípio da vulnerabilidade do consumidor, na vertente informacional.⁶³⁵ ⁶³⁶ Trata-se de instrumento de reequilíbrio e busca da igualdade na relação de consumo, tendo em vista que o consumidor não possui conhecimento técnico acerca do produto que adquire, principalmente daqueles produtos que possuem elevado nível científico e/ou tecnológico. Para Gabriel A. Stiglitz, “o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança”, pois a informação confere “(...) a possibilidade de utilizar os produtos comercializados com plena segurança e de modo satisfatório aos seus interesses.” (tradução nossa).⁶³⁷

A função básica do anúncio publicitário é informar uma massa de consumidores sobre o bem de consumo ofertado. Nesse caso, a informação apenas restará assegurada se o anunciante ou agência de propaganda exercerem adequadamente o seu dever de informar.⁶³⁸ É um ônus que deriva do princípio da boa-fé objetiva. Apesar disso, não se trata apenas de um dever anexo, mas de um dever principal na relação de consumo, em razão da elevação do direito à informação ao nível de direito fundamental.⁶³⁹ Existe uma estreita ligação entre informação e boa-fé objetiva. Essa leitura parte do momento anterior ao CDC, em que o Código Civil (CC) elencava a boa-fé, tida pela literatura jurídica como um princípio geral de direito, que abarcava o princípio da informação.⁶⁴⁰

O **direito à informação** perfaz um direito fundamental, pois é uma das facetas da proteção do consumidor, descrita no art. 5º, inciso XXXII, da CRFB/88.⁶⁴¹ Constitui-se como

⁶³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 336-342.

⁶³⁶ Cabe mencionar que Malfatti e Cavalieri Filho, consideram o princípio da informação e o princípio da transparência como sinônimos. MALFATTI, Alexandre David. *O direito à informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003. p.233; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 102.

⁶³⁷ STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor: responsabilidad del empresario, publicidad comercial engañosa, crédito al consumo, prácticas mercantiles irregulares, acceso a la justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

⁶³⁸ Alexandre David Malfatti ressalta que o fornecedor também tem o direito de informação, que age como um “direito de fazer publicidade dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo.” MALFATTI, Alexandre David. *O direito à informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003. p. 97.

⁶³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 37, p. 59-76, jan./mar. 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8chm4f>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 327.

⁶⁴⁰ MALFATTI, Alexandre David. *O direito à informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003. p. 324.

⁶⁴¹ Paulo Luiz Netto Lôbo ressalta que, a partir da leitura sistemática de toda a Constituição, a ausência do direito/dever de informar nas relações de consumo de maneira expressa na CRFB/88, não retira a sua tutela

um dos direitos mais importantes e básicos. A previsão específica está contida no art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), prelecionando que é direito do consumidor: “III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (...), bem como sobre os riscos que apresentem”.⁶⁴² Sua inspiração adveio do plano internacional, através da previsão do direito à informação em um dos documentos mais importantes para a proteção dos consumidores, a Resolução da ONU n. 39/248.

Informar é levar a mensagem ao outro, compartilhando o que era de conhecimento apenas de um sujeito. Trata-se de “dar forma” e comunicar o que é adequado, necessário e interessante. Assim, “informação é, ao mesmo tempo, um estado subjetivo, é o saber ou o não saber, informação é um processo interativo, que se denomina normalmente de comunicação.”⁶⁴³ A perspectiva informacional é especialmente importante para alertar os consumidores expostos rotineiramente a publicidade digital, principalmente no que tange ao rastreamento sistêmico baseado na coleta dos seus dados pessoais. Conforme defendido na seção 1.1.1 desta tese, a “função de vigilância” da publicidade gera riscos ao consumidor que ultrapassam a violação da privacidade e proteção de dados. Pode impactar, também, a liberdade de escolha e a autonomia privada desses agentes.⁶⁴⁴

É nesse sentido que o direito à informação não se exaure em si mesmo, ou seja, não visa apenas fornecer as informações necessárias, mas pretende preservar outro direito básico, que é o da escolha livre e consciente.⁶⁴⁵ O direito de escolha ou o “consentimento informado”, é exercido quando o consumidor possui todas as informações adequadas sobre as características, composição, qualidade e riscos do produto, visando satisfazer às expectativas pessoais, tais como: segurança, saúde, estilo de vida e religião.

constitucional. LÔBO, op. cit. p. 327.

Nesse mesmo sentido: MALFATTI, Alexandre David. *O direito à informação no Código de Defesa do Consumidor*. Op. cit., p. 231;

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 31;

LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos - a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 90.

⁶⁴² Além do art. 6º, inciso III, do CDC, a presença de um “princípio da informação”, pode ser extraído dos: art. 4º (princípios); arts. 8º, 9º, 10, 12 e 13 (segurança e responsabilidade pelo fato do produto ou serviço); arts. 18, 19 e 20 (vícios do produto); arts. 30, 31 e 35 (oferta); arts. 30, 36 e 37 (publicidade); arts. 43 e 44 (banco de dados); art. 56 (sanções administrativas); e, arts. 60, 63, 64, 66, 67 e 72 (infrações penais). Nesse sentido está: LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos*. Op. cit., p. 88.

⁶⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 841.

⁶⁴⁴ Temática aprofundada no terceiro capítulo desta tese.

⁶⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 104.

Nessa linha, a **liberdade de escolha** está garantida pelo art. 6º, inciso II, do CDC. Esse direito propõe uma leitura ampla do momento pré-contratual, que envolve desde o acesso (físico e econômico) e a variedade (quantitativa e qualitativa) de bens de consumo até pressupostos básicos de instrução, informação e educação do consumidor para o exercício adequado da escolha. Assim, para que haja uma escolha livre e consciente, o mercado deve estar livre de influências ilícitas (práticas abusivas, por exemplo, a publicidade ilícita). Tal direito parte da garantia constitucional da liberdade individual prevista no art. 5º, caput, da CRFB/88.

Neste particular, a identificação e a veracidade publicitárias estão intrinsecamente conectadas pelo dever de informar do fornecedor. No contexto da publicidade comportamental online, essas duas categorias são especialmente importantes para disciplinar a participação passiva do consumidor na atividade comercial publicitária. Conforme abordado na seção 1.1 desta tese, a personalização dos anúncios comerciais depende dos dados pessoais extraídos dos usuários da internet. O objetivo principal está em persuadir o consumidor por meio da utilização de tecnologias que geram informações preciosas sobre suas preferências de consumo.

Por este motivo, a identificação desse tipo de anúncio deve levar em consideração as suas peculiaridades e, na opinião do autor desta tese, deveria contar com algum sinal distintivo diante dos anúncios que não empregam tais técnicas. Essa leitura parte do direito à informação do consumidor sobre os riscos não apenas dos bens de consumo, mas de quaisquer práticas comerciais que tenham condão de interferir na sua liberdade de escolha. Trata-se, acima disso, da observância da boa-fé objetiva nas relações de consumo que neste caso está intrinsecamente conectada aos pressupostos que autorizam a coleta de dados. Tema que alvo da seção 2.2.

Por outro lado, o **princípio da vinculação da oferta publicitária** obriga o fornecedor a cumprir aquilo que foi anunciado.^{646 647} Trata-se de uma declaração unilateral de vontade que

⁶⁴⁶ Aqui cabe pontuar a diferença entre “oferta” prevista no art. 30 do CDC, com a figura da “proposta” prevista no art. 427 do Código Civil de 2002. No geral, os dois institutos são semelhantes e preveem a vinculação da oferta/proposta realizada unilateralmente. A peculiaridade do CDC está na irrevogabilidade da oferta, uma vez que não trouxe, como no CC/02, disposição sobre a possibilidade de revogação da oferta ao público. Conforme aponta Lucia Ancona “(...) feita a oferta publicitária suficientemente precisa - irrevogável e irretroatável - e havendo a sua aceitação pelo consumidor durante o prazo fixado ou outro razoável, o contrato está concluído.” O consumidor conta, ainda, com um instrumental para fazer valer a oferta, conforme disposto no art. 35 do CDC. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010. p. 81.

⁶⁴⁷ Pontua-se, também, que o STJ já definiu que os erros grosseiros podem afastar o princípio da vinculação da oferta publicitária: “Diante da particularidade dos fatos, em que se constatou inegável erro sistêmico grosseiro no carregamento de preços, não há como se admitir que houve falha na prestação de serviços por parte das fornecedoras, sendo inviável a condenação das recorridas à obrigação de fazer pleiteada na inicial, relativa à emissão de passagens aéreas em nome dos recorrentes nos mesmos termos e valores previamente disponibilizados.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.794.991 SE*. Relator: Min. Nancy Andrighi. 5 maio 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckujtay>. Acesso em: 9 jan. 2022.

perfaz uma fonte de obrigação, uma proposta contratual.⁶⁴⁸ Apesar disso, nem toda publicidade carrega uma oferta, já que ela pode ter uma finalidade meramente institucional ou de *merchandising*, por exemplo quando se divulga um produto ou uma marca sem maiores detalhes.⁶⁴⁹ Nesses casos, não existe precisão suficiente para tornar o conteúdo publicitário vinculativo.⁶⁵⁰ Por outro lado, nem toda oferta conta com um anúncio comercial, já que pode ser realizada verbalmente ao consumidor individual, na exposição de produtos em prateleiras ou em máquinas automáticas de venda.⁶⁵¹ É por este motivo que o art. 30 do CDC trabalha com as duas categorias de oferta (publicitária e não publicitária):⁶⁵² “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.” (grifo nosso).⁶⁵³ Cláudia Lima Marques indica que o CDC trata a publicidade “(...) como ato de vontade idôneo a criar vínculos obrigacionais (com ou sem contrato) entre fornecedores e consumidores na sociedade brasileira.”^{654 655}

⁶⁴⁸ “O fornecedor é sempre o presumido ofertante; o consumidor é aquele que aceita a oferta colocada no mercado.” MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 793,796, 801.

⁶⁴⁹ A disciplina legal específica para a oferta publicitária está no art. 2º do Decreto que regulamenta o comércio eletrônico: BRASIL. *Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013*. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/yjbnmxz>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁵⁰ Nessa linha, “(...) não é qualquer informação veiculada que vincula o fornecedor. Tem ela de conter uma qualidade essencial: a precisão. Só que não se trata de precisão absoluta, aquela que não deixa dúvidas: o Código se contenta com uma precisão suficiente, vale dizer, com um mínimo de concisão. É exatamente por lhe faltar essa precisão mínima que o exagero (*puffing*), geralmente, não tem força vinculante” BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 257-258.

⁶⁵¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010. p. 77.

⁶⁵² Cabe pontuar, também, que: “A noção de publicidade se associa à ideia de comunicação de massa, dirigida a um número indeterminado de consumidores, como no caso de anúncios em jornais, na televisão e em outdoors. A oferta não publicitária tem objetivo mais restrito: ora se dirige unicamente ao comprador (informações orais prestadas pelo vendedor, informações em rótulos ou manuais), ora se apresenta em locais de acesso limitado a consumidores, como no caso de pequenos cartazes no interior de um supermercado.” BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022. Comentário artigo 30 do CDC.

⁶⁵³ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC)*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9cbn63>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 806.

⁶⁵⁵ Em julgado que tangenciou o tema, o STJ firmou que: “O direito à informação e o princípio da vinculação da publicidade refletem a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a sua publicidade desperta no consumidor, mormente no que tange ao uso coletivo de uma mesma marca. (...)”

Ultrapassada a análise normativa, cabe anotar que o arcabouço legislativo conta, também, com órgãos que compõe o **Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC)**, atualmente articulados pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), que está alocada no Ministério da Justiça e Segurança Pública. A coordenação do SNDC é nacional, mas existem diversos órgãos públicos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais que atuam na defesa do consumidor, tal como os Procons, além das entidades civis espalhadas pelo país que se dedicam à temática. Apesar disso, não há hierarquia entre a SENACON e os demais órgãos integrantes do Sistema. Esses últimos ficam livres para adotar ou não as recomendações emitidas pela SENACON. Essa visão de independência e autonomia acaba por gerar uma “(...) atuação desarticulada, com posições diversas e conflitantes, sobre interpretação a aplicação das normas de defesa do consumidor”, impactando, dessa forma, a segurança jurídica e a eficácia das normas.⁶⁵⁶ Apesar de não fazerem parte do SNDC, as promotorias do Consumidor do Ministério Público Estadual, Distrital e Federal e o próprio controle jurisdicional também auxiliam na fiscalização e aplicação das normas consumeristas.^{657 658}

Não há, contudo, um órgão estatal centralizador do controle da publicidade. O Sistema brasileiro ainda carece de uma coordenação administrativa para a fiscalização da atividade publicitária, o que traz desvantagens para o consumidor. A ausência de um controle preventivo para o setor, gera a forte dependência do acompanhamento privado realizado pelo CONAR, conforme delineado no tópico 2.1.4.

Para aqueles autores que defende uma liberdade de expressão publicitária garantida constitucionalmente, o modelo atual evita a repressão e censura prévia do conteúdo publicitário. Apesar disso, na atual fase democrática, os benefícios de um controle centralizado parecem superar os medos do retorno do autoritarismo, tendo em vista a presença de um abrangente sistema legislativo e jurisdicional de correção de abusos administrativos.⁶⁵⁹

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 1.377.899 SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 18 dez. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n98wfsn>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁵⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁵⁷ Trata-se de uma posição da literatura jurídica decorrente da autonomia e independência do MP. Contudo, Leonardo Roscoe Bessa afirma que na prática há um esforço para a coordenação das atividades direcionadas à proteção do consumidor.

⁶⁵⁸ Aqui cabe mencionar também o papel das agências reguladoras, tal como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) responsável pela fiscalização e regulamentação da rotulagem e publicidade de produtos de sua competência. Para um panorama completo da Agência, veja: GRASSI NETO, Roberto. *Segurança alimentar: da produção agrária à proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶⁵⁹ ROCHA, Raquel Heck Mariano. Modelos de regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil. *Direito & Justiça*, v. 38, n. 2, p. 200-212, jul./dez., 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/yncy7cj6>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 208.

Tal cenário não afastou o acompanhamento publicitário pela SENACON, principalmente nas áreas da publicidade infantil, de tabaco e de bebidas alcoólicas. No total foram emitidas entre 2003 e 2022, 13 (treze) Notas Técnicas de controle publicitário.^{660 661} As Notas estabelecem diretrizes para setores específicos, informaram as averiguações que estavam em andamento e a abertura de processos administrativos, além da aplicação de multas administrativas e de outras sanções pela veiculação de publicidade ilícita (enganosa ou abusiva).

Cinco Notas Técnicas tratam especificamente da publicidade na internet. Duas abordam a **abusividade da publicidade comportamental online** na prática comercial de *geopricing*, de *geoblocking* e na utilização de browser *fingerprint* em servidores de e-mail.⁶⁶² Outras duas envolvem a utilização de tráfego da internet móvel para o rastreamento de dados pessoais, por meio da inspeção profunda de pacotes (*Deep Packet Inspection*) e por meio da utilização de APIs (*Application Programming Interface*).⁶⁶³ E uma última nota trata do caso Cambridge Analytica no contexto brasileiro, que já conta com uma decisão administrativa

⁶⁶⁰ A consulta foi realizada em maio de 2022 e abrange as Notas Técnicas emitidas também pelo órgão antecessor da SENACON, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, criado no âmbito da Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça em 1997. Todas as Notas Técnicas estão disponíveis no Portal: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Notas técnicas. Brasília, 28 maio 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/4emhdbta>. Acesso em: 28 maio 2022.

⁶⁶¹ Conforme se extrai do Portal oficial da MJSP: “Nota Técnica é um documento elaborado por técnicos especializados em determinado assunto e difere do Parecer pela análise completa de todo o contexto, devendo conter histórico e fundamento legal, baseados em informações relevantes. É emitida quando identificada a necessidade de fundamentação formal ou informação específica da área responsável pela matéria e oferece alternativas para tomada de decisão.” Ibid.

⁶⁶² BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ*. Processo nº 08012.002116/2016-21. Representante: Booking.com. Representado: Decolar.com Ltda. Assunto: Prática abusiva. Brasília, 18 jun. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ydz8b63m>. Acesso em: 10 jan. 2022. (O documento foi removido do Portal oficial do MJSP por algum motivo desconhecido. Contudo, foi possível recuperá-lo pelo link aqui disponibilizado);

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 33/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo nº 08012.004630/2015-11. Representante: Ministério Público Federal - Procuradoria da República no Estado do Piauí. Representado: Google Brasil Internet LTDA. Ltda. Assunto: Prática Abusiva. Brasília, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/ywwwv7skj>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁶⁶³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 108/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo Nº 08012.000723/2018-19. Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (Ex officio). Representado: Facebook Inc. e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Assunto: Prática Abusiva. Brasília, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s3ezc7t>. Acesso em: 9 jan. 2022;

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 101/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo Nº 08012.005555/2015-13. Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (Ex officio). Representado: OI (TNL PCS S/A). Assunto: Prática Abusiva. Brasília, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/274s57p3>. Acesso em: 9 jan. 2022.

sancionatória.⁶⁶⁴ Tais casos são destrinchados no tópico 2.1.3, sobre publicidade abusiva no ambiente virtual.

Aqui apenas cabe adiantar que a SENACON possui competência para aplicar sanções administrativas diante da ofensa às normas protetivas do consumidor, além de ser autorizada legalmente a instituir políticas de educação para o consumo.⁶⁶⁵ A autorização legal advém do art. 106 do CDC, combinado com o art. 3º, inciso X, do Decreto 2.181/97, que dispõe sobre o SNDC.⁶⁶⁶

Por fim, entende-se que o **Conselho Nacional de Defesa do Consumidor**, instituído em 2020, com o objetivo de assessorar “(...) na formulação e na condução da Política Nacional de Defesa do Consumidor, e, ainda, formular e propor recomendações aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (...),”⁶⁶⁷ pode auxiliar na construção de políticas harmônicas e abrangentes de acompanhamento do setor publicitário no país. Poderá, ainda, abarcar as novas tecnologias publicitárias como uma seara que merece a atenção do SNDC, tendo como justificativa os potenciais efeitos negativos ao consumidor, conforme delineado na seção 1.1.4, desta tese.

2.1.2 A noção teórica de fornecedor e de consumidor nas atividades publicitárias

A incidência do CDC depende, como regra, da configuração fática da relação de

⁶⁶⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 109/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo Nº 08012.002467/2018-02. Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (Ex officio). Representados: Facebook Inc. e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Assunto: Prática Abusiva. Brasília, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9bnu3e>. Acesso em: 9 jan. 2022;

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 32/2019/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo Nº 08012.000723/2018-19. Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - ex officio. Representados: Facebook Inc. e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Assunto: Prática abusiva, violação aos princípios da boa-fé, ao direito à privacidade e à informação clara e adequada sobre bens e serviços. Brasília, 3 ago. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/b8epj6vu>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁶⁵ A SENACON já colheu importantes frutos com a implementação do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC), que reúne dados dos Procons espalhados pelo país e da execução bem-sucedida da plataforma virtual denominada de “consumidor.gov”. Página da Web que funciona como mecanismo alternativo de solução de conflitos entre consumidores e fornecedores aderentes ao Programa.

⁶⁶⁶ Nos termos do “art. 3º Compete à Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, a coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe: (...) X - fiscalizar e aplicar as sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 1990, e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor;” BRASIL. *Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997*. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://tinyurl.com/32ucp5r9>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁶⁷ BRASIL. *Decreto n. 10.147, de 7 de julho de 2020*. Institui o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yjxdrpec>. Acesso em: 9 jan. 2022.

consumo. Construída entre consumidor e fornecedor, ela se forma em torno de um objeto, que consiste no produto ou serviço renumerado direta ou indiretamente pelo consumidor. Tal relação jurídica abarca três elementos configuradores que auxiliam na delimitação dos sujeitos que dela participam (elemento subjetivo), na identificação do produto ou serviço ofertado (elemento objetivo) e na finalidade da operação econômica realizada, que neste caso envolve a destinação final do bem de consumo (elemento teleológico). Essa leitura doutrinária perpassa, principalmente, pela análise conjugada dos artigos 2º e 3º do CDC.⁶⁶⁸

A configuração do elemento subjetivo depende da presença do consumidor em um dos polos da relação jurídica. O conceito padrão, também denominado de conceito principal ou *standard*, está no art. 2º, caput, do CDC, que informa ser consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”⁶⁶⁹ A opção legislativa inclui além das pessoas físicas as pessoas jurídicas, pois decorre da situação de vulnerabilidade como elemento central da tutela protetiva do consumidor, que também pode estar presente em algumas sociedades empresárias. Para além disso, o dispositivo abrange tanto aqueles que adquirem o bem de consumo, quanto aqueles que o utilizam/consomem. Nesse ponto, há uma união entre elemento objetivo e teleológico.⁶⁷⁰

A ausência de delimitação legal para o conceito de “**destinação final**”, levou a doutrina a criar correntes sobre a abrangência desse termo. Para os denominados “maximalistas”, o escopo do artigo 2º deve receber uma interpretação extensiva, incluindo, inclusive, os produtos ou serviços consumidos na atividade econômica das pessoas jurídicas, salvo nos casos de revenda. “Assim, estaria sob a proteção do CDC qualquer pessoa adquirente de produtos e serviços no mercado de consumo, mesmo que estes servissem apenas de insumo ou elemento da cadeia produtiva.”⁶⁷¹ Por outro lado, os “finalistas” entendem por destinatário final, aqueles sujeitos que além de possuírem o bem (destinatários fáticos), também fornecem uma destinação econômica correlata ao uso pessoal e familiar. Trata-se de uma interpretação restritiva à lei. Essas duas leituras foram alvo de extensas discussões doutrinárias e judiciais,

⁶⁶⁸ Para uma análise aprofundada da relação de consumo, veja: BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁶⁶⁹ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC)*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9c6n63>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁷⁰ BESSA, op. cit., p. 42.

⁶⁷¹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022.

até a adoção de um “finalismo aprofundado” ou “mitigado”⁶⁷² em casos complexos, principalmente envolvendo pessoas jurídicas de pequeno porte ou empresários individuais. Nesses casos, o Poder Judiciário deixou de analisar as categorias abstratas acima mencionadas e enfocou na relação de consumo, em busca da vulnerabilidade *in concreto*.⁶⁷³

Como regra, o **conceito padrão de consumidor** é aplicado em questões que envolvam responsabilidade por vícios de produtos e serviços e nos casos de desconsideração da personalidade jurídica. Para os demais casos, que tangenciam temas de direito material, o CDC apresenta três outros conceitos identificados pela nomenclatura de “**consumidor equiparado**” (ou por equiparação). A previsão legal está nos artigos 2º, parágrafo único, art. 17 e art. 29 do CDC. Para Leonardo Roscoe Bessa, esses três conceitos foram ofuscados pelas discussões abstratas acima mencionadas. O autor menciona que durante os mais de trinta anos de vigência do CDC, se “(...) conferiu foco exagerado ao conceito padrão de consumidor do art. 2º, caput, do CDC. Praticamente não se percebeu a dimensão e aplicabilidade do conceito de consumidor por equiparação.”⁶⁷⁴

O primeiro conceito está art. 2º do CDC, ao afirmar que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de

⁶⁷² O STJ utiliza a nomenclatura finalismo mitigado para se referir ao finalismo aprofundado. Nessa linha, veja o trecho do acórdão: “Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Sociedade empresária que não ostenta condição de destinatária final (critério finalista), inexistindo, outrossim, elementos nos autos que possibilitem a análise de sua vulnerabilidade *in concreto* (finalismo aprofundado). Impossibilidade de redução da multa moratória estipulada em 10% (dez por cento) à luz do § 1º do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Ag. Int. no Recurso Especial n.º 1.216.570 SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 13 set. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8e36fa>. Acesso em: 9 jan. 2022. Item 2 da Ementa. p. 1.

⁶⁷³ Nesse sentido, veja o Recurso Especial n. 1.195.642, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi que aponta a preponderância da corrente finalista no STJ:

“A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. (...)”

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.195.642 RJ*. Relator: Min. Nancy Andrighi. 13 dez. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8u52ey>. Acesso em: 9 jan. 2022. Ementa. p. 1.

⁶⁷⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022.

consumo.” De acordo com a literatura jurídica, o dispositivo reforça a tutela coletiva do consumidor, mas não traz detalhes ou novidades para o direito material ou processual, já que o arcabouço normativo dos direitos difusos coletivos e individuais homogêneos independe da sua observância. O segundo conceito está no art. 17, quando preceitua que todas as vítimas do acidente de consumo são equiparadas a consumidores, quando elas não se encaixam no conceito padrão.⁶⁷⁵ As pessoas atingidas pelo fato danoso são chamadas de consumidoras *bystander*.⁶⁷⁶ Por último, o terceiro conceito está no art. 29, estabelecendo que “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”⁶⁷⁷ É neste ponto que se concentram as principais divergências.⁶⁷⁸

Para a temática desta tese, o conceito de consumidor equiparado do art. 29 é central, uma vez que se aplica tanto para as práticas comerciais da oferta, da publicidade, das práticas abusivas, da cobrança de dívidas e dos bancos de dados e cadastros de consumidor, quanto nas questões contratuais gerais, cláusulas abusivas e contratos de adesão. Tal conceito perpassa por diversos pontos da presente pesquisa, ora para definir a figura do consumidor exposto à prática publicitária disruptiva, ora para identificar as falhas e abusos presentes nos contratos de adesão que abarcam as condições de coleta e tratamento de dados.⁶⁷⁹

O conceito do art. 29, reforça a proteção preventiva desse público exposto às mais variadas práticas comerciais, pois não há necessidade de aquisição ou utilização do produto ou serviço ofertado.⁶⁸⁰ Qualquer pessoa exposta à publicidade, mesmo que ela não seja uma

⁶⁷⁵ “O art. 17 do CDC prevê a figura do consumidor por equiparação (*bystander*), sujeitando à proteção do Código de Defesa do Consumidor aqueles que, embora não tenham participado diretamente da relação de consumo, sejam vítimas de evento danoso decorrente dessa relação. 4. Em acidente de trânsito envolvendo fornecedor de serviço de transporte, o terceiro vitimado em decorrência dessa relação de consumo deve ser considerado consumidor por equiparação. Excepciona-se essa regra se, no momento do acidente, o fornecedor não estiver prestando o serviço, inexistindo, pois, qualquer relação de consumo de onde se possa extrair, por equiparação, a condição de consumidor do terceiro” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.125.276 R.J.* Relator: Min. Nancy Andrigui. 28 fev. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2vsj9thh>. Acesso em: 9 jan. 2022. Ementa. p. 1.

⁶⁷⁶ A figura do consumidor *bystander* é de criação do direito anglo-saxão. *Ibid.*, p. 7 (trecho do voto da Relatora).

⁶⁷⁷ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC)*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9cbn63>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁷⁸ ZANELATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, p. 172-191, jan./mar. 2003. p. 175.

⁶⁷⁹ “No Superior Tribunal de Justiça, observa-se também reflexo das discussões doutrinárias que se concentram excessivamente no elemento teleológico – destinação final – da relação de consumo, desconsiderando-se, invariavelmente, o disposto no art. 29 do CDC, ainda que a matéria, pela sua localização na Lei, esteja em capítulo sob a influência do referido conceito de consumidor.” BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁸⁰ Apesar disso, esse dispositivo não traz novidades ao microsistema do CDC. A proteção do consumidor na fase

potencial consumidora, será com ela equiparada. Essa é a leitura feita por Leonardo Roscoe Bessa ao afirmar que “exigir, ao interpretar o art. 29, que o consumidor seja um potencial adquirente final de produtos ou serviços retira toda e qualquer eficácia do dispositivo.”⁶⁸¹

A completude da relação de consumo depende, por outro lado, da figura do **fornecedor**, pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, pública ou privada, ou, ainda, os entes despersonalizados, “que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”⁶⁸² Apesar da amplitude desse conceito previsto no art. 3º do CDC, ele não se adequa completamente às perspectivas do mercado publicitário, que possui peculiaridades intrínsecas e uma miríade de atores.⁶⁸³

A atividade publicitária sempre se mostrou importante para o mercado de consumo, desde a publicidade tradicional até as novas formas tecnológicas de anunciar no ciberespaço. Além de persuadir os consumidores para impulsionar a aquisição de produtos e serviços, ela funciona como ferramenta informacional para a divulgação desses bens de consumo. Dessa forma, ela não poderia ficar de fora da incidência do CDC apenas pela inadequação do conceito de fornecedor à complexidade dessa atividade. Como visto anteriormente, o próprio CDC foi o primeiro diploma a dar tratamento jurídico abrangente à publicidade, definindo seus pressupostos legais e as vedações aos anúncios ilícitos.

O paradigma de incidência da relação de consumo no Brasil leva em consideração, em primeiro plano, a situação de vulnerabilidade do consumidor. Por este motivo, todos aqueles que estão, direta ou indiretamente, envolvidos em qualquer das fases de produção ou divulgação da publicidade, são considerados pela literatura jurídica como “**fornecedores equiparados**” e se sujeitam à disciplina do CDC.⁶⁸⁴

pré-contratual já está garantida por outras disposições do CDC, além de ser o pressuposto da aplicação da boa-fé objetiva (arts. 4º, III, e 51, IV, do CDC).

⁶⁸¹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 98.

⁶⁸² Art. 3º do CDC. BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC)*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9cbn63>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁸³ A perspectiva padrão de fornecedor também não parece se adequar a lógica dos bancos de dados de proteção ao crédito (SPC, Serasa, Quod), que oferecem serviços específicos que estão abrangidos nas relações de consumo.

⁶⁸⁴ Nessa linha de raciocínio estão:

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022;

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações*

A partir dessa perspectiva, podem ser considerados fornecedores: (i) os anunciantes do produto ou serviço (comerciantes, fabricantes, importadores); (ii) as agências de propaganda intermediadoras ou cocriadoras do conteúdo publicitário; (iii) os veículos de comunicação (tradicionais e digitais); e, (iv) os chamados influenciadores digitais. Todos esses agentes devem observar as regras e os princípios estabelecidos no CDC.⁶⁸⁵

Por outro lado, a **natureza jurídica da publicidade** é de prestação de serviço. Exige-se, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC, que tal serviço seja remunerado pelos consumidores. Nesse ponto, dúvidas poderiam surgir sobre a aparente ausência de remuneração do serviço publicitário pelo consumidor, que apesar de exposto a tal prática comercial não colabora diretamente para a sua veiculação. A temática da remuneração dos serviços já foi abordada pela doutrina e pela jurisprudência, no sentido de dispensar a necessidade de pagamento direto pelo consumidor. Dessa forma, a atividade pode ser remunerada por uma coletividade de consumidores e disponibilizada gratuitamente para alguns deles. O exemplo corriqueiro está no transporte urbano terrestre de idosos, nos termos do art. 230, parágrafo segundo da CRFB/88.

Cláudia Lima Marques ressalta que na atividade publicitária, a remuneração indireta pelos anúncios comerciais será refletida no preço final do produto ou do serviço ofertado pelo fornecedor-anunciante.⁶⁸⁶ Assim, em que pese o consumidor não remunerar o veículo de divulgação, este último é remunerado pelo anunciante que embute o preço das campanhas publicitárias nos produtos ou serviços que vende no mercado de consumo.⁶⁸⁷ Nesse ponto,

contratuais. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010;

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

⁶⁸⁵ Até mesmo aqueles que não exercem habitualmente a atividade econômica, podem ser caracterizados como fornecedores equiparados quando praticam alguma atividade publicitária. É o caso, por exemplo, de uma pessoa que divulga em veículos de comunicação um produto ou imóvel, sem fazer isso como uma atividade habitual ou profissional.

⁶⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 418.

⁶⁸⁷ Nessa linha, é possível citar dois acórdãos importantes:

Primeiro acórdão: “Direito do consumidor e responsabilidade civil - recurso especial - indenização - art. 159 do CC/16 e arts. 6º, vi, e 14, da Lei nº 8.078/90 - deficiência na fundamentação - Súmula 284/STF - provedor da internet - divulgação de matéria não autorizada - responsabilidade da empresa prestadora de serviço - relação de consumo - remuneração indireta - danos morais - *quantum* razoável - valor mantido. (...) 2 - Inexiste violação ao art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto, para a caracterização da relação de consumo, o serviço pode ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração obtida de forma indireta. (...)” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 566.468 RJ*. Relator: Min. Jorge Scartezzini. 23 nov. 2004. Disponível em: <https://tinyurl.com/ye29ut6u>. Acesso em: 9 jan. 2022. Ementa. p. 1.

Segundo acórdão: “A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo ‘mediante remuneração’, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma).

Rizzatto Nunes faz um alerta sobre a diferenciação entre “publicidade” e “produção”. A importante distinção revela que “a publicidade não é produção primária, mas instrumento de apresentação e/ou venda dessa produção.”⁶⁸⁸

Dessa forma, a publicidade não perfaz um serviço primário, mas um instrumental para a divulgação de produtos ou serviços propriamente ditos.

Em se tratando de publicidade comportamental online, a remuneração indireta pode ficar ainda mais evidente. Quando o usuário consente em compartilhar seus dados pessoais como “moeda de troca” pelo uso de algum serviço oferecido online, ele está colaborando com a atividade econômica desenvolvida e financiada pela rede publicitária. Estaria, em última análise, remunerando indiretamente as plataformas de mídia digital. Essa concepção ainda é alvo de críticas sobre a monetização de dados pessoais, mas já perfaz uma prática corriqueira no ciberespaço.⁶⁸⁹

O tema foi alvo de discussão no STJ, quando a Relatora do Recurso Especial n. 1.316.921, Ministra Nancy Andrighi, defendeu ser “inegável a relação de consumo nos serviços de internet, ainda que prestados gratuitamente.”⁶⁹⁰ ⁶⁹¹ No seu voto, a Ministra discorre especificamente sobre o funcionamento da publicidade online, como uma ferramenta de monetização dos serviços prestados virtualmente:

No caso da GOOGLE, é clara a existência do chamado *cross marketing* ação promocional entre produtos ou serviços em que um deles, embora não rentável em si, proporciona ganhos decorrentes da venda de outro. Apesar de gratuito, o ORKUT exige que o usuário realize um cadastro e concorde com as condições de prestação do serviço, gerando um banco de dados com infinitas aplicações comerciais. Ademais, o

Recurso Especial n.º 1.316.921 RJ. Relator: Min. Nancy Andrighi. 26 jun. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrn8hyf>. Acesso em: 9 jan. 2022. Ementa. p. 1.

⁶⁸⁸ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8 ed. Disponível em: <https://tinyurl.com/3rxk4ztx>. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. p. 511.

⁶⁸⁹ Trata-se da lógica econômica do “mercado de dois lados” já abordado na seção 1.1.3. Aqui cabe acrescentar que “(...) o mero fato de o preço de um produto ou serviço ser preço zero, não significa que os consumidores não estão pagando ao renunciar a alguma coisa em troca pelos produtos ou serviços que recebem. Como exemplo, tanto dados pessoais quanto a atenção dada às propagandas constituem o preço que os consumidores efetivamente pagam pelos produtos e serviços. Portanto, ainda que na hipótese de uma plataforma ser gratuita para ambos os lados, não é possível dizer que não há relação de consumo se o consumidor está abdicando de sua privacidade, fornecendo à empresa os seus dados, histórico de navegação e revelando suas preferências que poderão ser monetizadas em algum momento no futuro.” 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 (orgs). *Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Singular, 2019. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc3a74st>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 164.

⁶⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.186.616 MG*. Relator: Min. Nancy Andrighi. 23 ago. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/3r3ez5hd>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁶⁹¹ Para além disso, a Ministra Nancy Andrighi já havia decidido em 2004 pela irrelevância da natureza jurídica do serviço prestado, bastando que os fornecedores “(...) desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 519.310 SP*. Relator: Min. Nancy Andrighi. 20 maio 2004. Disponível em: <https://tinyurl.com/2wyba8tx>. Acesso em: 10 jan. 2022. Ementa. p. 1.

ORKUT é importante ferramenta de divulgação e crescimento da marca GOOGLE a mais valiosa do mundo, cujo valor, em 2009, foi estimado em mais de 100 bilhões de Dólares, diretamente atrelada à venda de produtos da GOOGLE, em especial espaços de publicidade em outros sites por ela mantidos.^{692 693}

A ampliação do conceito de fornecedor e o maior alcance da ideia de “remuneração” dos serviços oferecidos no mercado de consumo, partem da noção de “preponderância da atividade”. Isso ocorre porque há grande preocupação com os impactos negativos da publicidade ao consumidor, principalmente no que tange à dignidade da pessoa humana frente ao seu “alto grau de convencimento e potencial agressividade”.⁶⁹⁴ Conforme explica Leonardo Roscoe Bessa:

É secundário, ou mesmo desnecessário, exigir os requisitos indicados pelo caput do art. 3º para concluir pela incidência da disciplina própria do CDC. Não importa pesquisar se a atividade foi remunerada (direta ou indiretamente) ou, ainda, se o autor e todos aqueles que colaboraram para sua criação e veiculação atuam profissionalmente no mercado de consumo. Em relação à publicidade, todos que, direta ou indiretamente, a promovem são fornecedores equiparados.⁶⁹⁵

Equiparar tais agentes à fornecedores funciona para prevenir danos ao consumidor, uma vez que eles devem agir de acordo com as normas do CDC, levando em consideração a situação especial do consumidor, diante da complexidade da atividade publicitária online. Para além disso, a incidência do CDC também auxilia na atividade repressiva de imputar responsabilidade aos que agirem em desconformidade com o CDC, por exemplo, quando incorrerem em publicidade ou prática ilícitas.

Não existem dúvidas quanto à **imputação de responsabilidade civil** aos anunciantes do produto ou serviço. Contudo, existem divergências sobre a responsabilização dos demais fornecedores que fazem parte da rede publicitária, principalmente a responsabilidade civil da agência de propaganda e do veículo de comunicação. Enquanto o tratamento da publicidade pelo art. 30 “obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar”, imputando responsabilidade diretamente ao anunciante, o art. 38 preceitua que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”⁶⁹⁶

⁶⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.186.616 MG*. Op. cit. p. 10.

⁶⁹³ A Ministra Relatora Nancy Andrigui utilizou exatamente os mesmos fundamentos teóricos para fundamentar outro voto sobre temática semelhante: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.316.921 RJ*. Relator: Min. Nancy Andrigui. 26 jun. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrn8hyf>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 9.

⁶⁹⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 92.

⁶⁹⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁹⁶ Art. 30 e 38 do CDC. BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC)*. Dispõe sobre a proteção do

Portanto, os dois dispositivos esclarecem que a responsabilização ficaria a cargo do patrocinador do anúncio, ou seja, do anunciante do bem de consumo, que responde objetivamente. Nada diz sobre as agências de propaganda e dos veículos de divulgação.

Nesse sentido, é importante ressaltar a distinção entre responsabilidade civil pelo incumprimento da oferta publicitária (art. 35 do CDC), daquela relacionada com a publicidade ilícita (art. 37 do CDC). No primeiro caso, o cumprimento forçado de uma oferta ou a aceitação pelo consumidor de bem equivalente àquele anunciado ou a opção pela rescisão contratual, parecem ser obrigações de exclusiva responsabilidade do anunciante do produto ou serviço.⁶⁹⁷ ⁶⁹⁸ No segundo caso, a responsabilidade civil é extracontratual derivada da atividade ilícita. Assim, “o fundamento da responsabilidade civil deve ser buscado na cláusula geral prevista no art. 6º, VI, do CDC, que, repita-se, prevê o direito básico do consumidor a ‘efetiva reparação de danos morais e materiais.’”⁶⁹⁹

Não há, contudo, uma resposta definitiva sobre os responsáveis pela veiculação da publicidade ilícita. Existem divergências doutrinárias e judiciais sobre quais agentes seriam responsabilizados, se apenas o fornecedor-anunciante, se todos aqueles mencionados acima, ou se apenas alguns deles deveriam responder perante o consumidor. Duas correntes teóricas se formaram em torno dessa discussão.

A **primeira corrente teórica** entende caber apenas ao fornecedor-anunciante a responsabilidade pelos danos decorrentes da publicidade ilícita.⁷⁰⁰ Para Fábio Ulhoa Coelho,

consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9cbn63>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁹⁷ Essa é, inclusive, a leitura positivada no art. 13, inciso VI, do Decreto 2.181/1997, que regulamentou o CDC: “art. 13 (...) VI - deixar de cumprir a oferta, publicitária ou não, suficientemente precisa, ressalvada a incorreção retificada em tempo hábil ou exclusivamente atribuível ao veículo de comunicação, sem prejuízo, inclusive nessas duas hipóteses, do cumprimento forçado do anunciado ou do ressarcimento de perdas e danos sofridos pelo consumidor, assegurado o direito de regresso do anunciante contra seu segurador ou responsável direto.” BRASIL. *Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997*. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://tinyurl.com/32ucp5r9>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁶⁹⁸ Conforme ressalta Herman Benjamin: “O art. 30 do CDC exclui a responsabilidade civil da agência e do veículo, porque se cuida de hipótese objetiva de responsabilização. Contudo, este e aquela, se agirem com culpa, estarão igualmente obrigados a indenizar o consumidor lesado, em pé de igualdade com o anunciante.” GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR.; Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/4y69y8am>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 368.

⁶⁹⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 20, n. 120, p. 20-43, fev./maio 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/3wvehkyj>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 32.

⁷⁰⁰ No sentido da irresponsabilidade civil dos veículos de comunicação na literatura jurídica:

principal defensor dessa ideia, o anunciante é responsável por desenvolver ou aprovar o anúncio publicitário. O *briefing* elaborado pela agência de propaganda e entregue ao anunciante, é o documento que contém o descritivo da publicidade a ser veiculada, capaz de gerar força vinculante apenas para esse anunciante. Ademais, o veículo de divulgação apenas cumpre a sua função de disseminar o anúncio publicitário, conforme contrato formalizado entre as partes. Por esses motivos, a agência e o veículo estariam isentos de qualquer responsabilidade civil.⁷⁰¹

Em alguns julgados, o STJ acatou o entendimento da irresponsabilidade civil dos veículos de divulgação.⁷⁰² De acordo com o voto do Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, no Recurso Especial n. 604.172, “o art. 38 exclui a responsabilidade dos veículos de comunicação por eventual publicidade enganosa ou abusiva, pois o ônus de provar a veracidade e correção (ausência de abusividade) é do fornecedor anunciante (...)”⁷⁰³ Neste caso, o Ministério Público moveu ação coletiva em face do jornal “O Estado de São Paulo”, para que este se abstinhasse de veicular publicidade que oferecesse crédito com taxa de juros superior a 12% ao ano, sob pena de multa. A obrigação de não fazer foi julgada procedente pelo Tribunal de origem e, ao final, revertida no Superior Tribunal de Justiça porque “tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, Arts. 3º e 38). O CDC, quando

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito empresarial: direito de empresa*, v.1. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/22v94snu>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷⁰¹ “As repercussões em nível civil e administrativo, envolvem unicamente o empresário anunciante. Ele é quem define os objetivos e alguns dos contornos básicos da publicidade, ao elaborar o *briefing*, e, em última instância, aprova a proposta de campanha e os filmes, anúncios e peças publicitárias correspondentes. Nada é feito pela agência de propaganda sem o conhecimento, a orientação e a aprovação o anunciante, que por tudo assume integral responsabilidade. (...) o veículo também não responde civil ou administrativamente pela transmissão de mensagem publicitária alheia julgada enganosa ou abusiva, uma vez que não exerce e não pode exercer qualquer controle sobre o respectivo conteúdo.” COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito empresarial: direito de empresa*, v.1. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/22v94snu>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 480.

⁷⁰² No sentido da irresponsabilidade civil dos veículos de comunicação na jurisprudência:

Primeiro acórdão: “A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei n. 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 1.157.228 RS*. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. 3 fev. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/3ef38mx4>. Acesso em: 10 jan. 2022. Ementa. p. 1;

Segundo acórdão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.046.241 SC*. Relator: Min. Nancy Andrighi. 12 ago. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/5bece73u>. Acesso em: 10 jan. 2022;

Terceiro acórdão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 604.172 SP*. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. 21 maio 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/37yz3aaz>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 604.172 SP*. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. 21 maio 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/37yz3aaz>. Acesso em: 10 jan. 2022.

trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não às empresas de comunicação (Art. 3º, CDC).”⁷⁰⁴

Por outro lado, o STJ também possui julgados que reconhecem a responsabilidade civil nesses casos.⁷⁰⁵ Nos termos do voto do Relator, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no Recurso Especial n. 1.391.084, “o disposto no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor disciplina tão somente o sujeito e o objeto da prova, não afastando, em momento algum, a responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo (...).”⁷⁰⁶ Neste caso, a lide envolveu a veiculação pela “Televisão Executiva”, mantida pela Embratel, de anúncio publicitário enganoso da anunciante “ICOMAQ”, que solicitava depósitos prévios para concretizar a venda de tratores rurais em condições mais vantajosas que aquelas normalmente praticadas no mercado, mas não efetuava a entrega do produto, ao final da transação. Provou-se, nas instâncias inferiores, se tratar de crime de estelionato.

O posicionamento do Recurso Especial n. 1.391.084, revela, na verdade, a **segunda corrente teórica**, que imputa responsabilidade civil objetiva a todos os agentes que fazem parte da rede publicitária, sem realizar distinções entre eles.⁷⁰⁷ A fundamentação jurídica para essa extensão da responsabilização civil estaria no art. 7º, parágrafo único, do CDC, ao afirmar que

⁷⁰⁴ Ibid.

⁷⁰⁵ No sentido da responsabilidade civil dos veículos de comunicação na jurisprudência:

Primeiro acórdão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.391.084 RJ*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 26 nov. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/3eh9wunz>. Acesso em: 10 jan. 2022;

Segundo acórdão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 436.135 SP*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. 17 jun. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2etf5m6x>. Acesso em: 10 jan. 2022;

Terceiro acórdão: “A questão jurídica posta pela decisão impugnada, como já consignado, é apenas uma: responde o veículo que divulga a mensagem publicitária por seu eventual caráter falacioso, podendo ser responsabilizado pelos danos que disso advenham para o consumidor? Creio que, quanto a isso, correto o acórdão.” O acórdão decidiu pela responsabilização civil do veículo de comunicação. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 92.395 RS*. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. 5 fev. 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p953mhs>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.391.084 RJ*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 26 nov. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/3eh9wunz>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷⁰⁷ No sentido da responsabilidade civil dos veículos de comunicação na literatura jurídica:

BESSA, Leonardo Roscoe. Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 20, n. 120, p. 20-43, fev./maio 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/3wvehkyj>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 32;

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 170;

CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Paulista, 1996. p. 286;

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 450.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 160.

“tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”⁷⁰⁸ Combina-se, também, a aplicação do art. 34 do CDC, presente no capítulo relativo às práticas comerciais, que reforça: “O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.”⁷⁰⁹

Nessa linha, Antônio Herman Benjamin complementa que o dever de vigilância fundamenta a reponsabilidade civil dos veículos de divulgação.⁷¹⁰ Tal vínculo obrigacional fica ainda mais evidente quando os veículos de divulgação “recebem comissão proporcional à adesão dos consumidores.”⁷¹¹ Essa observação é especialmente relevante no caso das novas tecnologias publicitárias que adotam a lógica de taxa de cliques em anúncios digitais (*cost per click*), quando o anunciante ou agência de propaganda remunera o veículo de acordo com o número de cliques em cada anúncio.⁷¹²

Já as agências de propaganda, como “coautoras” dos anúncios publicitários também responderiam pelos danos gerados ao lado do fornecedor-anunciante e do veículo de comunicação. Assim, “por estarem diretamente envolvidas com o produto ou serviço e por darem vida e forma à publicidade, são as agências também responsáveis objetiva e solidariamente pelos anúncios ilícitos.”⁷¹³ A partir dessa perspectiva, ficaria a cargo do consumidor propor a ação em face de todos esses agentes publicitários.⁷¹⁴ A escolha dependeria da conveniência a ser observada no caso concreto.⁷¹⁵

⁷⁰⁸ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC)*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9cbn63>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁷⁰⁹ Ibid.

⁷¹⁰ Nesse sentido, veja o julgado do STJ sobre o concurso televisivo “Show do Milhão”, transmitida por veículo de comunicação e que prometia recompensas sob critérios que poderiam prejudicar os participantes: “A emissora de televisão presta um serviço e como tal se subordina às regras do Código de Defesa do Consumidor. Divulgação de concurso com promessa de recompensa segundo critérios que podem prejudicar o participante. Manutenção da liminar para suspender a prática” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 436.135 SP*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. 17 jun. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2etf5m6x>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷¹¹ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. Op. cit., p. 259.

⁷¹² Além da lógica do custo por clique (*cost per click*), existe também o custo por mil impressões (*cost per mile*) e o custo por aquisição de espaço publicitário (*cost per acquisition*). Existem algumas variáveis que influenciam na definição do preço a ser pago pelo anunciante ao veículo de divulgação. O funcionamento técnico desses mecanismos de monetização já foi alvo da seção 1.1.3, desta tese.

⁷¹³ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010. p. 302.

⁷¹⁴ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 161.

⁷¹⁵ Nesse sentido, veja o acórdão:

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP), no seu art. 45, reforça a responsabilidade solidária das agências e dos veículos, estabelecendo o dever de cuidado tanto na elaboração, quanto na veiculação da publicidade. Além disso, o Código “(...) recomenda aos veículos que, como medida preventiva, estabeleçam um sistema de controle na recepção de anúncios”. Os veículos poderiam, assim, recusar a veiculação dos anúncios que violem a legislação ou os princípios estabelecidos no Código. A recusa independe de consulta prévia ao Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), mas se a consulta ocorrer, os termos acordados devem ser observados, uma vez que “a responsabilidade do Veículo será equiparada à do Anunciante sempre que a veiculação do anúncio contrariar os termos de recomendação que lhe tenha sido comunicada oficialmente pelo CONAR.”⁷¹⁶

Todavia, existem **novas categorias de agentes publicitários** que ainda não foram alvo de discussão doutrinária ou autorregulatória.⁷¹⁷ Trata-se das sociedades empresárias que gerenciam plataformas de compra e venda de mídia digital. Nesse rol, estariam as *Ad Exchanges*, as *Demand-Side Platforms* e as *Supply Side Platforms*, que foram abordadas na seção 1.1.3, desta tese. Tais agentes intermediadores não são responsáveis pela criação ou veiculação da publicidade. Ao contrário, eles se encarregam apenas do ato automatizado da negociação de preços e da escolha dos locais para a hospedagem dos anúncios. De acordo com os fundamentos expostos acima, é possível considerá-los como fornecedores equiparados, o

“(…) 1. A melhor exegese dos arts. 14 e 18 do CDC indica que todos aqueles que participam da introdução do produto ou serviço no mercado devem responder solidariamente por eventual defeito ou vício, isto é, imputa-se a toda a cadeia de fornecimento a responsabilidade pela garantia de qualidade e adequação. 2. O art. 34 do CDC materializa a teoria da aparência, fazendo com que os deveres de boa-fé, cooperação, transparência e informação alcancem todos os fornecedores, diretos ou indiretos, principais ou auxiliares, enfim todos aqueles que, aos olhos do consumidor, participem da cadeia de fornecimento. 3. No sistema do CDC fica a critério do consumidor a escolha dos fornecedores solidários que irão integrar o polo passivo da ação. Poderá exercitar sua pretensão contra todos ou apenas contra alguns desses fornecedores, conforme sua comodidade e/ou conveniência. (...)” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.077.911 SP*. Relator: Min. Nancy Andrigui. 4 out. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdfzb2tt>. Acesso em: 10 jan. 2022. Ementa. p. 1.

⁷¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. São Paulo: CONAR, 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 15 set. 2021. Vide art. 45.

⁷¹⁷ Como visto, as pessoas físicas que agem como influenciadoras digitais, divulgando bens de consumo na internet, também perfazem uma nova categoria de agentes publicitários. Para a caracterização da publicidade por influenciador, é necessário cumulativamente: “1 - a divulgação de produto, serviço, causa ou outro sinal a eles associados; 2 - a compensação ou relação comercial, ainda que não financeira, com anunciante ou agência; 3 - a ingerência por parte deles sobre o conteúdo da mensagem.” Além disso, “O Guia do Conar define a chamada ‘mensagem ativada’, que acontece quando o influenciador cita em suas postagens produtos, serviços, causas ou outro sinal característico a eles associados, sem remuneração e controle editorial. Nesses casos, mesmo não tendo havido publicidade de fato, o Guia considera ser necessária a menção da relação que originou a referência. Já se o anunciante compartilhar as mensagens em seus próprios perfis e canais oficiais, passa a praticar publicidade, devendo seguir todas as regras do Código.” CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Guia de publicidade por influenciadores digitais*. São Paulo: CONAR, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/29hupzst>. Acesso em: 5 jan. 2022.

que os obrigaria a observar o CDC. Apesar disso, parece distante uma possível responsabilização civil pela veiculação de publicitária ilícita, já que eles apenas facilitam as transações econômicas realizadas entre anunciantes, agências e veículos.

Leitura interessante pode ser realizada a partir do posicionamento do STJ sobre a solidariedade entre prestadores de serviço no caso das bandeiras de cartão de crédito, que respondem solidariamente com as instituições financeiras e as administradoras de cartão de crédito, pelos danos gerados pela má prestação de serviços.⁷¹⁸ Trata-se de analogia que pode demonstrar uma possível inclinação do STJ em reconhecer, também, a responsabilidade civil dos intermediadores acima relacionados.⁷¹⁹ Sob outra perspectiva, discussões podem surgir no que tange aos anúncios destinados ao público infantil, haja vista que tais intermediadores da rede publicitária também possuem dever de vigilância e não poderiam preencher espaços publicitários destinados a esse público com anúncios inadequados para tal faixa etária ou, ainda, que explorassem a sua situação de hipervulnerabilidade.

As dificuldades teóricas de encaixar as novas técnicas publicitárias nos pressupostos legais da relação de consumo, decorrem das bases teóricas tradicionais alheias ao rápido desenvolvimento das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs).

Benjamin aponta que “(...) o consumidor tem sido obrigado a buscar amparo em um sistema legal centenário, divorciado da conflituosidade de consumo massificada, que é a marca dos nossos tempos.”⁷²⁰ Apesar disso, Leonardo Roscoe Bessa compreende que o intérprete pode se valer do “Diálogo das Fontes” para atualizar o ordenamento jurídico, pois o caráter geral e princiológico do CDC “(...) é capaz de apresentar respostas aos novos possíveis questionamentos decorrentes das técnicas publicitárias desenvolvidas no século XXI.”⁷²¹ É nesse sentido que o próximo subtópico busca compreender se a publicidade comportamental

⁷¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 548.900 RJ*. Relator: Min. Marco Buzzi. 16 fev. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc5pv269>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷¹⁹ Em outro julgado semelhante, o STJ delineou que “cuida-se, portanto, de hipótese de responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco da atividade, que alcança todos os agentes econômicos que participaram da colocação do serviço no mercado de consumo. (...) O caso, portanto, não pode ser tratado como culpa exclusiva de terceiro, pois o hotel conveniado integra a cadeia de consumo referente ao serviço introduzido no mercado pela Bancorbrás. Em verdade, sobressai a indissociabilidade entre as obrigações de fazer assumidas pela Bancorbrás e o hotel credenciado.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 1.378.284 PB*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 8 fev. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdmtb9y3>. Acesso em: 10 jan. 2022. Ementa. p. 1. Adverte-se que o julgado ressalva as questões ligadas aos profissionais liberais, que exigiria a verificação da culpa.

⁷²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 1-48, 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7cmwwd>. Acesso em: 17 dez. 2021. p. 20.

⁷²¹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022. A teoria do “diálogo das fontes” foi aprofundada na seção 4.1.1, desta tese.

online incorre em alguma das modalidades de práticas abusivas previstas no CDC.

2.1.3 O controle consumerista baseado na abusividade publicitária

O controle jurídico da publicidade vai além da mera enunciação principiológica da identificação, veracidade, vinculação e transparência dos anúncios comerciais. Ao proibir expressamente a veiculação de campanhas publicitárias abusivas e enganosas, o art. 6º, inciso IV, do CDC, estabelece uma rede de proteção contra qualquer modalidade de publicidade ilícita. Tal Diploma veda, também, a adoção de quaisquer outros métodos coercitivos e desleais nessa prática comercial. Inclusive, estabelece a cláusula geral de proibição da abusividade nas relações de consumo.

O adjetivo “abusivo” é previsto em diversas passagens do CDC. Ele permeia a atividade publicitária (art. 37), as cláusulas contratuais (art. 51), as práticas comerciais (art. 39) e o abuso de direito na desconsideração da personalidade jurídica (art. 28).

Cabe pontar que a construção teórica do **abuso de direito** foi utilizada para dar significado à abusividade comercial.⁷²² A ideia de excesso e desproporção no exercício da atividade econômica foi empregada pelo legislador para viabilizar a valoração de condutas que extrapolem a razoabilidade do ato, mas que nem sempre possuem uma vedação expressa no ordenamento jurídico.⁷²³ Trata-se de uma leitura regulatória que reconhece a impossibilidade da previsão exaustiva de todas as modalidades de práticas e condutas comerciais ilícitas.

Portanto, a linha de raciocínio do legislador esteve em não deixar escapar novas formas de conduta abusiva (publicidade, cláusula ou prática comercial) da abrangência e incidência do CDC, pois todas elas são consideradas ilícitas, mesmo sem previsão expressa, e, portanto, sujeitas às respectivas sanções administrativas, civis e penais.

Tal constatação é central nesta tese, uma vez que a publicidade comportamental online, em primeira análise, não perfaz uma atividade ilícita, pois não é proibida no CDC ou em qualquer outro diploma legal brasileiro. Assim, partindo da ideia de abuso de direito, o presente tópico utiliza essa construção teórica como parâmetro para a valoração das condutas dos agentes publicitários no ciberespaço, com o objetivo de identificar possíveis arbitrariedades no exercício dessa atividade e a conseqüente ilicitude.

⁷²² Cabe mencionar que a função social na ciência jurídica derivou dos estudos de *Louis Josserand*, principalmente da ideia de abuso de direito e da relatividade dos direitos, criando a ideia de respeito às finalidades sociais. JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1939, p. 320. Apud. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 128.

⁷²³ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 220.

A transição e surgimento de novas tecnologias publicitárias ficou evidente no primeiro capítulo desta tese. Cabe mencionar que “em um primeiro momento da análise [jurídica] da publicidade digital, preocupava-se em investigar questões envolvendo o SPAM, uso de palavras-chaves escondidas nos sites, o uso de cookies nos navegadores, banners pop-ups etc.”⁷²⁴ Agora, as preocupações são outras. Existem maneiras mais sofisticadas tecnologicamente de captura e tratamento dos dados pessoais e que são igualmente, ou, ainda mais lesivas, que as formas tradicionais de publicidade, o que merece o olhar cuidadoso do jurista. Nesse contexto, Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias já defendia, nos anos iniciais do Século XXI, o **princípio da não captura abusiva do consumidor** ao explicar que a invasão da intimidade e vida privada dos consumidores decorre do “envio descontrolado e a qualquer hora” de SMS, spam, e-mails marketing e ligações de telemarketing constituem práticas abusivas.⁷²⁵ A realização dessas práticas seria lesiva pela captura a todo custo da atenção dos consumidores e da ausência do dever de informar e de solicitar o consentimento para a realização de publicidade digital. Para a autora:

O fundamento do princípio da não captura abusiva do consumidor insere-se, portanto, dentro de um contexto maior de inaceitável invasão da esfera privada do consumidor com a indevida e não autorizada conversão da sua intimidade em um cenário de luta concorrencial entre empresas; em um palco constantemente iluminado para o anúncio non-stop de produtos. Tais práticas, cada vez mais sofisticadas e invasivas, molestam a intimidade e o sossego do consumidor, turbam a sua possibilidade de escolha minimamente refletiva e, portanto, exigem o seu prévio consentimento, sob pena de se configurarem abusivas, privilegiando-se o seu direito à liberdade e à intimidade.⁷²⁶

O CDC foi pioneiro na sistematização da teoria do abuso de direito no Brasil, uma vez que o Código Civil de 1916 não previa expressamente tal cláusula geral.⁷²⁷ Apesar disso, a doutrina e a jurisprudência já reconheciam a sua aplicação a partir da leitura do art. 160, inciso I do Diploma revogado. O dispositivo dispunha que perfaziam atos lícitos aqueles que fossem “praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”⁷²⁸ Em interpretação *contrario sensu*, entendia-se que “(...) o exercício irregular - isto é - abusivo -

⁷²⁴ COLOMBO, Cristiano; GOULART, Guilherme Damásio. Inteligência Artificial aplicada a perfis e publicidade comportamental: proteção de dados pessoais e novas posturas em matéria de discriminação abusiva. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (coords.) *Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 286.

⁷²⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010. p. 93-95.

⁷²⁶ *Ibid.* p. 95.

⁷²⁷ FERNANDES NETO, Guilherme. *Abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

⁷²⁸ BRASIL. *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: <https://tinyurl.com/ywj2s45e>. Acesso em: 9 jan. 2022. Legislação revogada.

poderia caracterizar-se, como ilícito no sistema do Código Civil de 1916.”⁷²⁹

Com o Código Civil de 2002, o abuso de direito ganhou previsão expressa e esclareceu os pressupostos legais de análise. Foi nessa linha que o art. 187, estabeleceu que: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.⁷³⁰

A amplitude da abusividade nas relações de consumo é extraída dos arts. 37 e 39 do CDC, quando esclarecem que o rol de práticas comerciais é meramente exemplificativo. As expressões “é proibida *toda* publicidade enganosa ou abusiva”, “é abusiva, *dentre outras* a publicidade (...)” e “é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, *dentre outras* práticas abusivas (...)”, claramente coíbem condutas nocivas e contrárias aos legítimos interesses dos consumidores.⁷³¹ O STJ já ratificou esse posicionamento,⁷³² reconhecendo, também, novas práticas abusivas não previstas expressamente no CDC, como, por exemplo, no cancelamento de voos pelas empresas aéreas, sem que haja comprovação pelo fornecedor de razões técnicas ou de segurança.⁷³³

Por outro lado, a ausência de um rol taxativo de práticas comerciais abusivas no CDC, pode ser vista com preocupação nas relações empresariais. Quando o fornecedor não possui segurança sobre quais são as “regras do jogo” e quais são os limites concretos do agir publicitário, existem dificuldades no estabelecimento dos custos e dos riscos da atividade empresária. Assim, ao deixar a tarefa definitiva com o intérprete, abrir-se-ia uma grande margem para o subjetivismo e insegurança jurídica.⁷³⁴

Caberia, aqui, ainda, uma consideração sobre a opção europeia na adoção de um rol

⁷²⁹ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8^aed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 220.

⁷³⁰ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/3v7thc4y>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁷³¹ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC)*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9cbn63>. Acesso em: 9 jan. 2022. grifo nosso.

⁷³² Nesse sentido, veja a ementa do acórdão: “2. Prática abusiva (*lato sensu*) é aquela que contraria as regras mercadológicas de boa e leal conduta com os consumidores, sendo, de rigor, sua prevenção, reparação e repressão. O Código de Defesa do Consumidor traz rol meramente exemplificativo de práticas abusivas (art. 39), cabendo ao juiz identificar, no caso concreto, hipóteses de violação dos princípios que orientam o microsistema. 3. Independentemente do número de consumidores lesados ou do abuso de poder econômico pelo fornecedor, a presença da cláusula abusiva no contrato é, por si só, reprovável, pois contrária à ordem econômica e às relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor elenca as cláusulas abusivas de modo não taxativo (art. 51), o que admite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial n.º 1.539.165 MG*. Relator: Min. Humberto Martins. 23 ago. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/3fuexv66>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial n.º 1.469.087 AC*. Relator: Min. Humberto Martins. 18 ago 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/nhcss3u>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷³⁴ Nesse sentido: BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022.

taxativo de práticas comerciais proibidas na Diretiva sobre práticas desleais (UCP Directive), que prevê o “anexo I” denominado de “blacklist of unfair commercial practices”.⁷³⁵ Esse poderia ser o principal exemplo na defesa da adoção de uma lista ampla e exaustiva de práticas comerciais ilícitas. Contudo, o documento não tem força vinculante, assim como a própria Diretiva UCP. Ademais, o Anexo funcionaria apenas como diretriz suplementar para a orientação da atividade empresarial exercida nos limites do UE.⁷³⁶

Cabe mencionar que o termo “práticas abusivas” no CDC engloba uma série de atos comissivos e omissivos praticados pelos fornecedores.⁷³⁷ A previsão do artigo 39, acima comentado, não indica a integralidade do tratamento jurídico no direito brasileiro. As práticas abusivas estão previstas em diversos dispositivos espalhados pelo CDC e, também, em outros diplomas legais. Elas abrangem para além das 14 (quatorze) hipóteses de abusividade expressamente vedadas no art. 39, a proibição da comercialização de produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade (art. 10), a venda de produtos impróprios para o consumo (art. 18, § 6º e art. 20 § 2º), o não emprego de peças de reposição adequadas (art. 21), a cobrança irregular de dívidas de consumo (art. 42), as cláusulas contratuais abusivas (art. 51) e a publicidade abusiva (art. 37).

Neste tópico, são abordadas **duas categorias centrais de abusividade** para a publicidade comportamental online.⁷³⁸ A primeira perspectiva está ligada ao **conteúdo da publicidade**, no que tange à feitura do anúncio publicitário e à concepção intelectual desenvolvida pelos anunciantes e pela agência de propaganda. Trata-se do anúncio em si. Busca-se compreender se há caracterização de publicidade abusiva quando os dados comportamentais são utilizados como fonte de personalização de preços, condições de pagamentos, além da seletividade na exibição de anúncios baseados no sexo, na moradia, no ofício, na renda e na localização geográfica do consumidor. Já a segunda perspectiva está relacionada com os **meios técnicos empregados na publicidade**, quando os fornecedores

⁷³⁵ A Diretiva estabelece uma “lista negra” de práticas desleais vedadas no âmbito europeu. Nesse sentido, ver: CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetization of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 312.

⁷³⁶ NAMYSLOWSKA, Monika. The Blacklist of Unfair Commercial Practices: The Black Sheep, Red Herring or White Elephant of the Unfair Commercial Practices Directive? In: BOOM, Willem Van; GARDE, Amandine. (orgs.). *The European Unfair Commercial Practices Directive*. Londres: Routledge, 2014. Cap. 3.

⁷³⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 294.

⁷³⁸ Trata-se de uma divisão meramente didática, pois em alguns momentos a linha tênue entre as duas categorias pode se desfazer e apresentar uma abusividade dos meios técnicos que contamina o anúncio publicitário. Nesse sentido, veja o caso da Decolar abordado abaixo, ainda neste tópico.

empregam tecnologias de extração de dados e veiculam a publicidade comportamental online. Neste ponto, o objetivo está em compreender se tal método é coercitivo ou desleal, ou seja, se caracteriza uma espécie de prática abusiva nos termos do CDC.

O tópico 2.1.2 desta tese, revelou que a publicidade tradicional foi parcialmente regulada no Brasil. Ela recebeu um tratamento jurídico uniforme e coletivo, já que se baseava no conteúdo publicitário direcionado à grande massa de consumidores. Por óbvio que distinções baseadas em preferências e segmentações mercadológicas já eram empregadas. Entretanto, tais distinções não visavam alcançar a personalização individual, tal como promete a fase atual da publicidade comportamental. É nesse ponto que dúvidas surgem no que tange à abrangência dessa “regulação tradicional” no desenvolvimento atual do mercado publicitário, mesmo diante do caráter amplo do CDC.

Alguns questionamentos poderiam surgir até mesmo sobre a qualificação da oferta personalizada pelos meios digitais, como uma modalidade de oferta publicitária, já que não alcançaria a massa de consumidores. O exemplo corriqueiro da literatura especializada sobre anúncios não publicitários em comércios locais (mercadinhos, mercearias), pode ganhar uma nova faceta com a complexidade tecnológica do ciberespaço. Não obstante, a atual fase da personalização ainda está fortemente ligada à veiculação publicitária e não ao anúncio em si. Personalizações de design e de condições de pagamento podem ocorrer, mas elas continuam a ser distribuídas para vários consumidores. Inexistem dados empíricos seguros para afirmar que há ofertas não publicitárias (individuais e automatizadas) empregadas em larga escala.⁷³⁹ Por este motivo, a presente tese trata a personalização de anúncios como forma disruptiva de publicidade.

A análise do **conteúdo publicitário ilícito** no Brasil se subdivide em enganoso e abusivo. “A publicidade enganosa leva ou induz o consumidor a erro na aquisição do bem ou serviço.”⁷⁴⁰ Para a caracterização do ilícito civil, basta a “potencial capacidade de enganar” os consumidores, mediante manifestações publicitárias escritas, orais, visuais, estáticas, cinéticas ou mistas. A vedação legal abrange qualquer modalidade de veículo de divulgação. Ela não precisa ser inerentemente falsa, já que “qualquer outro modo” que seja capaz de levar o consumidor à engano, será considerada publicidade enganosa. Para a literatura especializada, a

⁷³⁹ Como visto na seção 1.1.3, inexistem dados de mercado específicos para a publicidade comportamental. A abordagem parte da categoria geral de publicidade digital.

⁷⁴⁰ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 116.

análise da potencialidade de induzir a erro depende do perfil do destinatário.⁷⁴¹

A credulidade de uma criança, idoso ou pessoa com deficiência não pode ser analisada comparativamente com a perspectiva do *homo medius*. Essa leitura parte da ideia do dever anexo de cuidado, decorrente do princípio da boa-fé objetiva.⁷⁴² Foi partindo desta constatação que Gustavo Ghidini desenvolveu o conceito de “consumidor típico”, que analisa dados econômicos, sociológicos e culturais atrelados ao fenômeno publicitário em consonância com a figura do “consumidor concreto”, que não está familiarizado ou informado com novos produtos, ou, até mesmo, com novas técnicas publicitárias disruptivas.⁷⁴³ Por outro lado, para Leonardo Roscoe Bessa, “deve-se considerar o consumidor mais vulnerável e não um padrão do que se poderia denominar ‘consumidor médio.’” Para o autor, “preza-se, em última análise, o dever anexo de cuidado que é decorrência natural do princípio da boa-fé objetiva.”⁷⁴⁴

Portanto, a publicidade enganosa envolve o conteúdo do anúncio comercial, que carrega dados falsos ou qualquer outra informação enganosa sobre os produtos ou serviços divulgados. Uma análise mais apurada desta modalidade de publicidade ilícita está fora do escopo desta tese porque não se relaciona de forma direta com a sua problemática central eleita.⁷⁴⁵

Por outro lado, a publicidade abusiva possui correlação intrínseca com a temática desta tese. Ela diz respeito ao uso anormal do direito de os fornecedores anunciarem produtos e serviços no mercado de consumo. “É, em resumo, a publicidade antiética, que fere a

⁷⁴¹ Nesse sentido, estão:

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 91-92;

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR.; Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/4y69y8am>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 199.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 122-123.

⁷⁴² SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. V. 14 (Biblioteca de Direito do Consumidor). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 209-217.

⁷⁴³ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 124.

⁷⁴⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁷⁴⁵ Fabio Ulhoa Colho afirma que: “É enganosa a publicidade capaz de induzir consumidores em erro quanto ao produto ou serviço em promoção. A mera inserção de informações inverídicas, por si só, nada tem de ilegal, uma vez que pode representar a lícita tentativa de mobilizar a fantasia do espectador, com objetivos de promover o consumo. Em outras palavras, para se caracterizar a publicidade enganosa, não basta a veiculação de inverdades. É necessário também que a informação inverídica seja, pelo seu conteúdo, pela forma de sua apresentação, pelo contexto em que se insere ou pelo público a que se dirige, capaz de ludibriar as pessoas expostas à publicidade.” COELHO, Fábio Ulhoa. A publicidade enganosa na Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 1, out./dez., 1993. p. 70.

vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo.”⁷⁴⁶ O controle estatal da abusividade publicitária decorre do art. 220, inciso II, da CRFB/88, quando se exige que a lei preveja os “meios legais” que garantam o direito de defesa diante da publicidade que seja nociva à saúde humana e ao meio ambiente ou, ainda, que viole a ordem social, nos termos do art. 221.

Foi partindo dessa autorização constitucional que o CDC estabeleceu o regime legal da publicidade, exemplificando, dentre outras matérias já abordadas, quais são os interesses juridicamente tutelados no âmbito da abusividade publicitária.⁷⁴⁷ O escopo de proteção na publicidade abusiva não está nas inverdades que possam contaminar os anúncios, mas na possível manipulação da psiquê dos consumidores,⁷⁴⁸ diante da “impertinência de informações persuasivas”.⁷⁴⁹ Conforme aponta Teresa Ancona Lopez:

(...) quando o Código de Defesa do Consumidor define cláusulas abusivas, práticas abusivas e publicidade abusiva vai muito além dos atos que não cumprem a função econômica e social do Direito. A noção de abusividade do Direito do Consumidor vem diretamente ligada à cláusula geral de boa-fé, princípio do sistema e norma jurídica obrigatória, cogente, que vai dar a dimensão do exercício dos direitos dentro da relação fornecedor/consumidor. Dessa forma, haverá uma apreciação e um julgamento objetivos das condutas das empresas e sua adequação com princípios e valores, sempre fundados na ética e na justiça, que doravante foram colocados como aqueles que melhor servem à sociedade e à dignidade da pessoa humana.⁷⁵⁰

O parágrafo segundo do art. 37 do CDC, proíbe a veiculação de publicidade que infrinja os valores constitucionais ligados à segurança, à saúde, à paz social e ao meio ambiente. Valores esses que também estão presentes no rol de direitos básicos do consumidor no art. 6º do CDC. Nada impede que haja o reconhecimento da abusividade em outra categoria de valores constitucionais. Como visto, trata-se de um rol exemplificativo. Apesar disso, o dispositivo legal é suficientemente amplo para abarcar parte dos riscos da publicidade comportamental online no que tange a **discriminação injustificada de pessoas e de preços**.⁷⁵¹

⁷⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 294.

⁷⁴⁷ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 128.

⁷⁴⁸ BARIFOUSE, Leonardo. O controle jurídico da publicidade na trincheira do consumismo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 116, ano 27, p. 95-125, mar./abr., 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/4mjzrm6m>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. A publicidade enganosa na Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 1, out./dez., 1993. p. 75.

⁷⁵⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos - a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 121.

⁷⁵¹ O delineamento técnico desta categoria de riscos foi realizado na seção 1.1.4, desta tese. Um resumo pode ser extraído em: FRAZÃO, Ana. Geopricing e geoblocking: as novas formas de discriminação de consumidores. In: Jota, Coluna Direito do Consumidor. São Paulo, 15 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckryh33>. Acesso em: 10 jan. 2022.

É nesse sentido que o ordenamento jurídico veda expressamente a publicidade discriminatória de qualquer natureza.⁷⁵² Trata-se de decorrência lógica do art. 3º, IV da CRFB/88, ao prever como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do “(...) bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”⁷⁵³

Nesse ponto é importante esclarecer que a segmentação dos consumidores para veiculação de publicidade não é uma atividade ilícita.⁷⁵⁴ Ela parte da ideia de economicidade e eficiência do alcance da mensagem a ser divulgada. Utilizam-se dados que abrangem idade e sexo, por exemplo, para direcionar um produto ou serviço específico para determinado público de consumidores. Trata-se de prática costumeira no mercado publicitário desde o surgimento de jornais impressos. Porém, a partir do momento que os fornecedores possuem dados pessoais que englobam diferentes traços comportamentais, financeiros e de consumo, utilizando-os para direcionar publicidade, excluir ou diferenciar determinados grupos de pessoas, há grandes chances de caracterização da abusividade publicitária.⁷⁵⁵

O caso Decolar é o principal exemplo de publicidade discriminatória no âmbito do rastreamento comportamental. Analisado pela SENACON, o Processo Administrativo (PA) instaurado no Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) em 2016, contou

⁷⁵² Para além disso, o conteúdo incendiário presente na internet carrega informações falsas e preconceituosas. Apesar de não perfazer uma modalidade de publicidade, as *fake news* acabam impulsionando a publicidade comportamental. Trata-se de uma técnica utilizada pelos veículos de divulgação para captação da atenção dos consumidores, denominada de mercado de atenção. Tal conteúdo incendiário aumenta a taxa de cliques em anúncios que saltam na tela do consumidor e, conseqüentemente, geram maior rentabilidade para a rede publicitária. Essa e outras técnicas publicitárias não possuem relação com o conteúdo da publicidade em si, mas estão ligadas aos meios empregados para concretizá-la. Da mesma forma, elas poderão incorrer em diferentes abusividades.

⁷⁵³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/4cba6zca>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁷⁵⁴ Em 2018, quando a decisão administrativa foi tomada no caso decolar, a LGPD ainda não havia sido publicada, mas parece importante adiantar o conteúdo do art. 6º, inciso IX, desse Diploma, que dispõe sobre a proibição do tratamento de dados para fins discriminatórios ilícitos e abusivos. Dessa maneira, nem toda forma de discriminação comportamental realizada na publicidade será considerada automaticamente proibida. Nesse sentido, ver:

MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) - A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 117-125;

COLOMBO, Cristiano; GOULART, Guilherme Damásio. Inteligência Artificial aplicada a perfis e publicidade comportamental: proteção de dados pessoais e novas posturas em matéria de discriminação abusiva. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim de Cerqueira. (coords.). *Inteligência Artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 281-308.

⁷⁵⁵ Cabe apontar que o exagero publicitário não constitui, via de regra, um ato ilícito. O objetivo das hipóteses publicitárias é utilizar advérbios e adjetivos em grau superlativo que ressaltam as qualidades do produto. Elas não são capazes de induzir os consumidores a erro porque mesmo aquele mais despercebido acaba notando a presença do exagero. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010. p. 237.

com a representação da sociedade empresária Booking.com em face da Decolar.com.⁷⁵⁶

O ponto de controvérsia estava na utilização de tecnologias de rastreamento para discriminar consumidores a partir da sua localização geográfica. De acordo com a representação, a Decolar utilizou o endereço IP para favorecer consumidores estrangeiros em detrimento dos consumidores brasileiros, no que tange às ofertas publicitárias de hotelaria.

A técnica empregada consistiu no *geopricing*, que permite o direcionamento de anúncios com preços distintos a depender do IP do usuário. A prática de *geoblocking* também foi identificada quando determinados serviços de hotelaria ainda disponíveis na rede, eram ocultados dos consumidores brasileiros e ofertados apenas para consumidores estrangeiros, com tarifas mais vantajosas. Segundo a alegação da Booking, quando comparada a publicidade realizada no Brasil e na Argentina, o mesmo anúncio de hotelaria apresentava uma diferença de preço em torno de 29% a mais para o consumidor brasileiro.

Portanto, a discriminação no caso concreto estaria no tratamento diferenciado a partir da nacionalidade do consumidor. A Decolar se manifestou nos autos do PA afirmando que “não existe ferramenta disponibilizada pela Decolar aos hotéis parceiros, por meio da qual seja possível dar tratamento diferenciado aos consumidores a partir da localização geográfica destes.”⁷⁵⁷ Declarou, também, que a diferença tarifária realizada no seu portal virtual é gerida pelos próprios hotéis, já que ela atuaria como mera intermediária das transações realizadas entre hotéis e consumidores.

A ideia de abuso de direito conduziu toda a fundamentação da decisão administrativa. De acordo com o órgão responsável pelas sanções administrativas na SENACON, “a conduta da Representada, ao extrapolar prerrogativa que lhe é perfeitamente assistida [direito de publicidade], comete infração à ordem consumerista.”⁷⁵⁸ O excesso estaria justamente na adoção injustificada de práticas comerciais baseadas em *geopricing* e de *geoblocking*, quando o “favorecimento (ou desfavorecimento), bem como a discriminação por conta de etnia, localização geográfica ou qualquer outra característica extrínseca ao ato comercial causa

⁷⁵⁶ https://www.cmlagoasanta.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/PRATICAS_ABUSIVAS_DECO_LARCOM?cdLocal=2&arquivo=%7BBBCA8E2AD-DBCA-866A-C8AA-BDC2BDEC3DAD%7D.pdf BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ*. Processo nº 08012.002116/2016-21. Representante: Booking.com. Representado: Decolar.com Ltda. Assunto: Prática abusiva. Brasília, 18 jun. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ydz8b63m>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷⁵⁷ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ*. Processo nº 08012.002116/2016-21. Representante: Booking.com. Representado: Decolar.com Ltda. Assunto: Prática abusiva. Brasília, 18 jun. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ydz8b63m>. Acesso em: 10 jan. 2022.p. 2.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 9-10.

desequilíbrio no mercado e nas relações de consumo.”⁷⁵⁹

O abuso publicitário foi qualificado em duas práticas abusivas ligadas: (i) à recusa injustificada no oferecimento de serviço (art. 39, incisos II e IX, do CDC), quando a utilização de geoblocking oculta a oferta publicitária ao consumidor brasileiro, discriminando-o; e, (ii) à elevação sem justa causa do preço do produto ou serviço, uma vez que a decisão administrativa considerou a utilização da localização geográfica (geopricing) como insuficiente para justificar a diferença tarifária (art. 39, inciso V, do CDC).⁷⁶⁰ Ao final, a decisão administrativa sugeriu a aplicação de penalidade no valor de R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais) à Decolar. O valor final da sanção administrativa levou em consideração a gravidade da prática abusiva, a extensão do dano (difuso) e a condição econômica do fornecedor (sociedade empresária de grande porte). A decisão foi ratificada pela Diretoria da SENACON em 2018.⁷⁶¹

⁷⁶²

⁷⁵⁹https://www.cmlagoasanta.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/PRATICAS_ABUSIVAS_DECO_LARCOM?cdLocal=2&arquivo=%7BBCA8E2AD-DBCA-866A-C8AA-BDC2BDEC3DAD%7D.pdf Ibid., p. 10.

⁷⁶⁰ “(...) ao precificar – ou permitir que se precifique – o serviço de acomodação de acordo com a localização geográfica do usuário, a Decolar se conduz de forma a extrapolar o direito de precificar (ou permitir que serviço por ele anunciado seja precificado) de acordo com as práticas do mercado. (...) Quanto à não exibição da disponibilidade total de acomodações, a infração à ordem jurídica é ainda mais evidente: a Decolar extrapola de seu direito de praticar o comércio e de ofertar o produto, prejudicando o consumidor brasileiro, ao não mostrar serviço que não queira vender a determinado consumidor (no caso, o consumidor brasileiro).” Ibid., p. 11.

⁷⁶¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. *Despacho n. 299/2018*. Assunto: Decisão de Aplicação de Sanção Administrativa. Processo nº 08012.002116/2016-21. Representada: Decolar.com Ltda. Brasília, 16 jun. 2018. Diário Oficial: Edição 115, Seção 1, p. 73. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdu4wk8u>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷⁶² Em 2016, o Ministério Público do Rio de Janeiro instaurou inquérito civil n. 347/2016 para investigar as supostas transgressões coletivas cometidas pela Decolar.com, tendo como base a representação da Booking.com na SENACON. Utilizou-se os mesmos argumentos elencados acima, somando-se a narrativa do suposto cometimento de crime de concorrência desleal, quando a Decolar.com empregou meio tecnológico fraudulento para desviar a clientela em proveito próprio, preenchendo o núcleo do tipo penal descrito no art. 195, inciso III, da LPI. Ao final da sua tramitação, o *Parquet* concluiu pelo ajuizamento de ação civil pública em face da Decolar.com, pelo cometimento de discriminação injustificada de consumidores brasileiros e por ter permitido que os hotéis que utilizam a plataforma digital também os discriminassem com base na origem geográfica ou nacional (*geoblocking* e *geopricing*). O processo judicial tramita em segredo de justiça na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. De acordo com a decisão relativa ao segredo de justiça, a exposição pública do caso poderia comprometer o modelo de negócio algorítmico da sociedade empresária ré. Por este motivo, o autor desta tese não se obteve acesso integral aos autos do processo. O MPRJ, inclusive, impetrou mandado de segurança com pedido liminar para que a decisão para que o sigilo do caso se concentrasse apenas no algoritmo utilizado pela Decolar para diferenciar preços e consumidores, deixando as demais questões abertas à consulta pública. Contudo, a segurança foi denegada por unanimidade pela 27ª Câmara Cível do RJ, pelos riscos de dano à Ré. Nenhuma decisão de mérito havia sido tomada no caso até dezembro/2021.

Para consultar alguns dos documentos juntados aos autos do processo, veja:

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Ação Civil Pública n. 0018051-27.2018.8.19.0001*. 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital RJ. Processo distribuído em 25/1/2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/mtpbdvd4>. Acesso em: 10 jan. 2022;

Íntegra da Ação Civil Pública com pedido de liminar ajuizada pelo MPRJ: BRASIL. Ministério Público do Estado

O caso Decolar é o principal exemplo da relação intrínseca entre publicidade abusiva e prática abusiva na utilização das tecnologias comportamentais na internet.⁷⁶³ Ainda na década de 1990, Paulo Vasconcelos Jacobina, afirmava que a publicidade vai além do seu conteúdo, da definição de preços e do detalhamento do bem de consumo pelo fornecedor no encarte publicitário. Para o autor ela “não traz, tão-somente, a informação sobre o produto ou serviço, ela é forma, isto é, veicula uma mensagem que busca despertar na mente do consumidor a necessidade de consumir.”⁷⁶⁴

É neste ponto que se encontram as mais variadas práticas comerciais publicitárias praticadas no mercado de consumo digital. Elas abrangem todo o seu ciclo produtivo e a cada dia apresentam novas formas de persuadir e de alcançar os consumidores em momentos estratégicos de experimentação emocional (positiva ou negativa). Na temática da publicidade comportamental, a seção 1.1.2 trouxe a ideia do tripé tecnológico baseado na extração de dados, divulgação e segmentação comportamental. Afirma-se, portanto, que tais tecnologias são exemplos concretos de práticas comerciais propriamente ditas.

Dessa forma, as práticas comerciais “opondo-se à atividade de produção empresarial, correspondem aos mecanismos, às técnicas e aos métodos que, direta ou indiretamente, servem para o escoamento da produção.”⁷⁶⁵ Elas englobam as fases pré-contratual, contratual e pós-contratual. Aqui cabe expor apenas as práticas comerciais abusivas praticadas na fase pré-contratual, onde se situa a publicidade.

No rol das quatorze práticas expressamente vedadas no art. 39 do CDC, para além

do Rio de Janeiro. 5ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital do Rio de Janeiro. *Protocolo da Ação Civil Pública, referente ao Inquérito Civil n. 347/5ª PJDC/2016*. Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/4j2ykdwf>. Acesso em: 10 jan. 2022;

Íntegra do Mandado de Segurança impetrado pelo MPRJ: RIO DE JANEIRO. Ministério Público. 5ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital. *Protocolo do Mandado de Segurança com pedido liminar*. Rio de Janeiro, 25 de junho de 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bxms23p>. Acesso em: 10 jan. 2022;

Íntegra da Decisão da 27ª Câmara Cível negando provimento ao agravo de instrumento interposto pelo MPRJ, em face da decisão proferida pelo juízo da 7ª Vara Empresarial do RJ que indeferiu, liminarmente, a tutela de urgência: RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 008914-24.2018.8.19.0000. 27ª Câmara Cível. Agravante: MPRJ. Agravado: Decolar.com. Relator: Des. João Batista Damasceno, 12 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/5c5hzzm2>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷⁶³ Acerca dos efeitos concorrenciais da prática comercial adotada pela Decolar.com, veja o artigo científico específico sobre a temática: DIAS, José Carlos Vaz; SANT’ANNA, Leonardo da Silva; KELLER, Gabriel Muller Frazão. Novos horizontes negociais nas plataformas digitais: a concorrência desleal sob a prática do geo-bloking e geo-pricing. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 1914-1938, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/27vpz7fe>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁷⁶⁴ JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 95.

⁷⁶⁵ SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. v. 14 (Biblioteca de Direito do Consumidor). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 132-133.

daquelas duas hipóteses já abordadas no caso Decolar, estão outras duas que podem apresentar relevância para a caracterização da ilicitude da publicidade comportamental online. Trata-se dos incisos IV e V do referido dispositivo legal. É nesse meandro que se encaixam os **meios técnicos da publicidade** comportamental online.

A primeira hipótese (art. 39, inciso IV) está na exploração abusiva da vulnerabilidade do consumidor, prevalecendo-se “(...) da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.”⁷⁶⁶ De acordo com Cláudia Lima Marques, o inciso reforça a proteção dos “hipervulneráveis” (crianças, idosos, analfabetos), diante de práticas agressivas de oferta de bens de consumo e de crédito. A principal conduta que dá significado concreto à essa abusividade está na oferta de empréstimos via telefone para pessoas idosas.^{767 768}

A “hipervulnerabilidade” é empregada para densificar esse dispositivo legal, pois se refere à construção doutrinária acerca da maior proteção oferecida ao grupo específico de consumidores que não se encaixam no conceito de “homem médio”, pois experimentam uma situação (permanente ou temporária) de vulnerabilidade agravada.⁷⁶⁹

Diante do cenário altamente complexo da publicidade comportamental e dos conceitos abertos presentes no inciso IV, também é possível encaixar nesse rol, a utilização dos perfis comportamentais como uma ferramenta de exploração da fraqueza ou da ignorância do consumidor. Como visto na seção 1.2.1, o direcionamento de anúncios se beneficia das tecnologias de extração e tratamento de dados para compreender e dominar o “agir decisório” de cada consumidor. Essa perspectiva disruptiva explora o “estado de espírito” da pessoa para

⁷⁶⁶ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC)*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9cbn63>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁷⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 891-893.

⁷⁶⁸ Nesse sentido, veja decisão do STF em 2021: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.727 PR*. Plenário. Proibição da Lei paranaense n. 20.276/2020 a instituições financeiras, correspondentes bancários e sociedades de arrendamento mercantil realizarem telemarketing, oferta comercial, proposta, publicidade ou qualquer tipo de atividade tendente a convencer aposentados e pensionistas a celebrarem contratos de empréstimos resulta do legítimo exercício da competência concorrente do ente federado em matéria de defesa do consumidor, suplementando-se os princípios e as normas do Código de Defesa do Consumidor e reforçando-se a proteção de grupo em situação de especial vulnerabilidade econômica e social. [...]. Requerente: CONSIF. Relatora Min. Cármen Lúcia, 12 de maio de 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n6fmdup>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁷⁶⁹ Sobre o tema ver: NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 19, n. 76, p.13-45, out./dez. 2010; DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e hipervulneráveis: limitar, proibir ou regular? *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, ano 24, n. 99, p. 285-305, maio/jun. 2015.

indicar o momento mais favorável para disparar anúncios comerciais específicos.⁷⁷⁰ Assim, os fornecedores conseguem alcançar os espaços mais íntimos da vida privada do consumidor, com a formação de perfis individuais ou segmentados por grupos.

Portanto, quando o art. 39, inciso IV menciona a exploração da fraqueza ou ignorância para “impingir”, ou seja, para forçar a oferta de produtos ou serviços, é razoável incluir nesse rol as técnicas publicitárias comportamentais. Todos os consumidores que utilizam a internet estão em um grau mais elevado de vulnerabilidade diante da predição comportamental, já que a prática publicitária é onipresente e invisível ao consumidor padrão. Ela, em última análise, tangencia as diferentes vulnerabilidades desse público, conforme exposto abaixo.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor é a base e a identidade do CDC e fundamenta todo o microsistema. A vulnerabilidade, que não deve ser confundida com hipossuficiência, significa mais que “(...) o mero reflexo de uma desigualdade econômica, existente de regra entre empresário e adquirente final dos produtos e serviços.”⁷⁷¹ Abrange também a carência ou o excesso de informações, as manobras fraudulentas praticadas pelos fornecedores, entre outros atos incompatíveis com a sistemática da proteção do vulnerável.⁷⁷² Cláudia Lima Marques menciona que o conceito legal de vulnerabilidade é indeterminado, cabendo ao intérprete delimitá-lo. Contudo, a autora afirma que é possível extrair quatro leituras prévias desse princípio: as vulnerabilidades técnica, jurídica, fática e informacional.^{773 774}

⁷⁷⁰ Por exemplo, quando os agentes publicitários programam os algoritmos para enviar anúncios de *junk food* aos sábados no período noturno, tendo em vista os hábitos de consumo do consumidor para esse dia da semana.

⁷⁷¹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 42.

⁷⁷² Nesse sentido, em julgado do STJ entendeu-se que “(...) não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 476.428 SC*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 14 abr. 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/5dwpzhtz>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁷⁷³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 322-323.

⁷⁷⁴ Cabe mencionar que o posicionamento da autora foi utilizado pelo STJ na fundamentação do acórdão assim ementado: “Direito do consumidor. Administrativo. Normas de proteção e defesa do consumidor. Ordem pública e interesse social. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Princípio da transparência. Princípio da boa-fé objetiva. Princípio da confiança. Obrigação de segurança. Direito à informação. Dever positivo do fornecedor de informar, adequada e claramente, sobre riscos de produtos e serviços. Distinção entre informação-conteúdo e informação-advertência. Rotulagem. Proteção de consumidores hipervulneráveis. Campo de Aplicação da lei do glúten (lei 8.543/92 ab-rogada pela lei 10.674/2003) e eventual antinomia com o art. 31 do código de defesa do consumidor. Mandado de segurança preventivo. Justo receio da Impetrante de ofensa à sua livre iniciativa e à comercialização de seus produtos. Sanções administrativas por deixar de advertir sobre os riscos do glúten aos doentes celíacos. Inexistência de direito líquido e certo. Denegação da segurança.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial n. 586.316 MG*. Relator: Min. Herman Benjamin. 25 maio 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/5xad4uuf>. Acesso em: 11 jan. 2022.

Resumidamente, a vulnerabilidade técnica parte da presunção do desconhecimento pelo consumidor dos detalhes e especificidades técnicas do bem adquirido. Já a vulnerabilidade jurídica ou científica, refere-se aos conhecimentos específicos do consumidor sobre as temáticas jurídica, contábil e econômica. Por outro lado, a vulnerabilidade fática pode ser vista na posição de superioridade econômica do fornecedor ou na essencialidade do serviço por ele prestado, que deixa o consumidor em uma situação de potencial fragilidade. Essa última expressão tem uma vertente processual que se refere à hipossuficiência econômica. Já a vulnerabilidade informativa, que foi acrescentada pela autora na quinta edição do seu livro, é considerada essencial para a proteção do consumidor em uma sociedade marcada pelos riscos do desenvolvimento científico e tecnológico, bem como pela grande dimensão que os dados físicos e virtuais tomaram nas últimas décadas.

Como visto na seção 1.1.4, há uma precariedade no exercício do dever de informação sobre as técnicas comportamentais impostas ao consumidor que utiliza a internet, o que acaba por enaltecer a vulnerabilidade informacional desse público.

Leonardo Roscoe Bessa menciona uma quinta espécie de vulnerabilidade, denominada de “vulnerabilidade psíquica”. Tal leitura parte dos instrumentos tecnológicos empregados pelos fornecedores para instigar a aquisição de produtos ou serviços, que o consumidor não necessita, mas adquire movido por um desejo psíquico criado pelo fornecedor. Utilizam-se os avanços da neurociência para construir campanhas de divulgação publicitária.⁷⁷⁵ Como visto, a publicidade não é apenas arte, ela conta com um arsenal tecnológico construído com base na “computação afetiva”.⁷⁷⁶

A segunda hipótese de prática abusiva, que apresenta relevância para a temática aqui delineada, está no art. 39, inciso V do CDC. Trata-se de “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”. Nessa linha, os termos de adesão para a utilização de alguns serviços de mídia digital exigem como contrapartida ao acesso às plataformas, que o consumidor consinta com o tratamento de dados, embutindo nessa categoria a coleta contínua de dados e a formação de perfis individuais com fins publicitários.

⁷⁷⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 44.

⁷⁷⁶ Conforme ressalta Lindstrom “graças às empresas de data mining (ou Big Brothers, como gosto de chamá-las), todas as vezes que pesquisamos no Google, escrevemos na página do Facebook de um amigo, usamos o cartão de crédito, baixamos uma música do iTunes, procuramos um endereço pelo celular ou fazemos compras no mercadinho perto de casa, um coletor de dados invisível está nos espionando. O sistema se incumbem de registrar todas as informações e detalhá-las, analisá-las e vende-las a lojas e empresas de marketing.” LINDSTROM, Martin. *Brandwashed: o lado oculto do marketing - controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós?* Tradução de Rosemarie Ziegelmaier. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018. p. 240.

A prática corriqueira no mercado publicitário está em utilizar o consentimento do consumidor para explorar o mercado de análise comportamental. O chamado “preço zero” para o consumidor só é possível com a adoção de instrumentos indiretos de monetização, conforme mencionado na seção 1.1.3. A monetização baseada em publicidade comportamental utiliza esse arsenal de dados para obter lucro. A questão jurídica principal que surge é se a cláusula geral da vantagem excessiva pode abarcar a noção de rastreamento sistêmico e perfilização comportamental.

Para que tal prática possa ser considerada abusiva pela presença de vantagem manifestamente excessiva em detrimento do consumidor, o intérprete deveria partir da premissa da monetização dos dados pessoais e realizar uma grande excursão pela noção econômica entre o preço dos dados coletados e o benefício auferido com a utilização do serviço oferecido. Para além disso, o exagero e conseqüente abuso necessitaria da presença da ofensa aos princípios fundamentais do sistema jurídico ou das demais condições presentes no art. 51, § 1º do CDC.⁷⁷⁷ A violação neste caso, poderia ser colhida através da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), quando verificado a ilegalidade do tratamento de dados. Apesar disso, essa leitura necessita de uma abordagem teórica mais densa e depende do arcabouço teórico desenvolvido na segunda parte deste capítulo.

Porém, o esforço interpretativo não precisa alcançar níveis tão elevados e que poderiam transbordar à razoabilidade lógica das práticas abusivas expressas no CDC.⁷⁷⁸ A natureza exemplificativa do art. 39 combinada com a redação do art. 6º, IV, que reputa abusivo qualquer “método coercitivo” empregado pelos fornecedores, já é suficiente para explorar a noção de “publicidade invasiva” e de “rastreamento invasivo”, duas práticas que ofendem os valores constitucionais e infraconstitucionais acima mencionados e podem gerar danos concretos ao consumidor.

A chamada “**publicidade invasiva**”⁷⁷⁹ é considerada abusiva pela literatura jurídica porque ofende os direitos da personalidade dos consumidores em geral, principalmente no

⁷⁷⁷ Antônio Herman Benjamin entende que vantagem excessiva (art. 39, V do CDC) é sinônimo de vantagem exagerada (art. 51, § 1º, do CDC). O autor afirma que: “Mas o que vem a ser a vantagem excessiva? O critério para o seu julgamento é o mesmo da vantagem exagerada (art. 51, § 1º). Aliás, os dois termos não são apenas próximos. São sinônimos.” Vide: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR.; Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/4y69y8am>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 382.

⁷⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 104, p. 99-127, mar./abr. 2016.

⁷⁷⁹ SANTANA, Héctor Valverde. CHERMAM, Yuri César. Publicidade invasiva ofensa a direitos da personalidade. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 112, ano 26. p. 177-199, jul./ago. 2017. p. 181.

tocante à proteção à privacidade e aos dados pessoais. Telemarketing, e-mail marketing e pop-ups publicitários são mencionados como formas coercitivas de publicidade, já que adentram na esfera privada dos consumidores através de equipamentos eletrônicos.

Contudo, essa invasão já existia antes mesmo do surgimento comercial da internet. Equipamentos de TV e rádio já ofereciam suporte para a entrada sorrateira da publicidade na vida privada do consumidor. A caracterização da publicidade invasiva, por outro lado, pode ser identificada na utilização das tecnologias que extraem os dados pessoais para fins publicitários e não nos meios de divulgação (aparelhos celulares, notebooks) e da mídia digital utilizada. É aqui que se encontra o ponto chave da invasão: o rastreamento sistêmico.⁷⁸⁰ Oportuno colacionar outros dois processos administrativos analisados pela SENACON.

Em 2019, a Coordenação Técnica da SENACON emitiu notas recomendando a instauração de três processos administrativos em face das sociedades empresárias Google Brasil, Facebook Brasil e Oi (TNL PCS S.A.). No caso Facebook, uma decisão administrativa foi proferida em 2020.

Por intermédio da Nota Técnica n. 33/2009, a SENACON passou a investigar supostas violações ao CDC e ao MCI cometidas pela Google na prática abusiva de instalar cookies para monitorar os hábitos dos consumidores, sem coletar o adequadamente o consentimento. A decisão pela instauração se baseou na necessidade de consentimento expresso do MCI, já que a LGPD ainda não estava em vigor à época. Os fundamentos da decisão estão na suposta abusividade dos termos de uso do serviço de e-mail Gmail, que possuía cláusulas sobre a leitura dos e-mails para direcionamento publicitário.⁷⁸¹ Trata-se, na verdade, da utilização da tecnologia *browser fingerprint*, já abordada na seção 1.1.3, desta tese. O processo administrativo ainda não foi instaurado e nenhuma decisão posterior foi tomada pela SENACON.

Já com as Notas Técnicas n. 101/2019 e 108/2019, a SENACON resolveu analisar o

⁷⁸⁰ Os autores Santana e Chermam abordam a publicidade invasiva do ponto de vista dos veículos de divulgação online para caracterizar a abusividade publicitária. O autor desta tese entende, contudo, que a invasão é marcada pela coleta e processamento de dados para a publicidade comportamental por todos os agentes que fazem parte da rede publicitária. Além disso, a mera exposição do consumidor à publicidade na sua vida privada e intimidade já acontece desde o surgimento do rádio e do televisor. A extensão da exibição dos anúncios pelos novos equipamentos eletrônicos não parece, por si só, justificativa suficiente para caracterizar a ilicitude da publicidade. Por outro lado, o envio frequente e desarrazado dessas mensagens pode ser utilizado como parâmetro para a análise da abusividade. Para consultar o artigo, veja: SANTANA, CHERMAM, op. cit., p.182.

⁷⁸¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 33/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo n.º 08012.004630/2015-11. Representante: Ministério Público Federal - Procuradoria da República no Estado do Piauí. Representado: Google Brasil Internet LTDA. Ltda. Assunto: Prática Abusiva. Brasília, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/ywwv7skj>. Acesso em: 10 jan. 2022.

suposto desvio de tráfego de internet para fins publicitários pela sociedade empresária OI (provedora de acesso à internet) e Facebook Brasil (provedora de hospedagem).⁷⁸² Existem semelhanças entre os dois casos no que tange ao “desvio” destinado à coleta de dados pessoais. Contudo, o primeiro caso disserta especificamente sobre a utilização da chamada “inspeção profunda de pacotes” e o segundo acerca da utilização de “tecnologias de API”.⁷⁸³

A investigação preliminar realizada pela SENACON acerca das práticas comerciais e publicitárias realizadas pela sociedade empresária OI, identificou que o sequestro e “redirecionamento de erro de DNS” dos computadores dos consumidores que com ela possuíam contratos de prestação de serviço de banda larga. Quando o erro ocorria, a OI direcionava o conteúdo do erro para um endereço eletrônico “dnserros.oi.com.br” e compartilhava as informações com uma agência de propaganda (Barefruit). A função da agência estava na realização de publicidade a partir do direcionamento de erro DNS, o que “poderia propiciar à empresa a coleta de dados de navegação do usuário, relativas ao erro.”⁷⁸⁴

Realizadas consultas técnicas, a SENACON descobriu a monetização do erro de DNS gerava consequências negativas aos usuários, uma vez que eles eram identificáveis e rastreáveis. Em nenhum momento os usuários eram informados sobre o tratamento dos seus dados. Para além disso, a prática comercial gerava “a violação da privacidade, negação de serviço, possibilidade de roubo de informações e exposição a softwares maliciosos.”⁷⁸⁵

Partindo desse cenário, a SENACON recomendou, naquela oportunidade, além da instauração do processo administrativo, que as sociedades empresárias não deveriam realizar o direcionamento de tráfego de erro para fins publicitários porque se tratava de publicidade abusiva.⁷⁸⁶ No mérito, afirmou-se que:

⁷⁸² Os provedores de acesso são as pessoas jurídicas fornecedoras de serviços de acesso à internet aos seus clientes, por meio de internet banda larga, conexão discada, internet móvel (Exemplos: Vivo, Net, Oi, Claro). Já os provedores de hospedagem oferecem plataformas prontas que permitem o compartilhamento e divulgação de conteúdo pelos usuários em um formato preestabelecido. Eles reúnem um número grande de usuários (exemplo: Facebook, Instagram, Youtube). Para aprofundar a temática dos provedores de serviços de internet, veja: LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 9-18.

⁷⁸³ Em ambos os casos, não há utilização expressa dos termos DPI e/ou API, mas a exposição e o delineamento dos fatos apontam para a utilização dessas tecnologias, que já foram abordadas na seção 1.1.2, desta tese.

⁷⁸⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 101/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo Nº 08012.005555/2015-13. Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (Ex officio). Representado: OI (TNL PCS S/A). Assunto: Prática Abusiva. Brasília, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/274s57p3>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 2.

⁷⁸⁶ Conforme apontou a Coordenação de sanções administrativas da SENACON: “De fato, a suposta conduta de redirecionar os erros de DNS, ainda que por meio de empresa de publicidade, pode estar sendo feita de forma enganosa e distorcida, como instrumento de auxílio à navegação e busca na Internet. O consumidor não parece ter sido avisado de que poderia encontrar publicidade da empresa em determinados casos, quando estivesse navegando

Ao se analisar o tratamento de dados pessoais realizado no âmbito da relação de consumo, é fundamental considerar a vulnerabilidade do consumidor nesse processo. Isso porque os dados pessoais, assim como as demais informações colhidas a partir deles, constituem-se em uma representação virtual da pessoa perante a sociedade, ampliando ou reduzindo suas oportunidades no mercado, conforme o seu emprego. O risco que tem os seus dados coletados e processados ocorre, principalmente, quando o tratamento dos dados é realizado de forma equivocada ou discriminatória, acarretando a sua classificação e discriminação no mercado de consumo. Isso enseja por afetar expressivamente o seu acesso a bens e serviços e as suas oportunidades. (Grifo nosso).⁷⁸⁷

O segundo caso consistiu na prática da Facebook de possibilitar o compartilhamento irregular de dados pessoais dos seus usuários com uma sociedade empresária que utilizava a sua plataforma para fins comerciais. A partir da tecnologia de API, a Cambridge Analytica desenvolveu aplicativos que rodavam dentro da plataforma Facebook, com o objetivo declarado de realização de testes de personalidade para fins acadêmicos.⁷⁸⁸ Contudo, havia o desvio de finalidade no tratamento de dados quando, sem consentimento dos usuários, os dados coletados para fins acadêmicos eram utilizados para criação de perfis comportamentais e de direcionamento publicitário individualizado para campanhas eleitorais.⁷⁸⁹ Em razão da suposta prática ilícita, a SENACON decidiu, então, pela instauração do Processo Administrativo.

Em 2020, o caso foi decidido pela SENACON.⁷⁹⁰ Com a Nota Técnica n. 109/2019, deu-se andamento ao processo administrativo, que condenou a Facebook Brasil e Facebook Inc. pelas práticas abusivas de tratamento de dados (sem o consentimento dos usuários) e de perfilização comportamental para fins eleitorais (extrapolando as finalidades do tratamento) executadas pela Cambridge Analytica, por intermédio da plataforma Facebook.⁷⁹¹

na Internet. Tal prática poderia induzir o consumidor a erro sobre a natureza da ação, em clara violação aos arts. 31 e 37 do CDC.” Ibid., p. 5.

⁷⁸⁷ Ibid., p. 3-4.

⁷⁸⁸ O Caso Cambridge Analytica foi alvo do tópico 1.1.4, desta tese.

⁷⁸⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 108/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo Nº 08012.000723/2018-19. Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (Ex officio). Representado: Facebook Inc. e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Assunto: Prática Abusiva. Brasília, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s3ezc7t>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁷⁹⁰ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 32/2019/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo Nº 08012.000723/2018-19. Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - ex officio. Representados: Facebook Inc. e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Assunto: Prática abusiva, violação aos princípios da boa-fé, ao direito à privacidade e à informação clara e adequada sobre bens e serviços. Brasília, 3 ago. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/b8epj6vu>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁷⁹¹ “Como se pode ver, o que se investiga, no presente caso, é a ocorrência de prática abusiva, à luz do CDC e da legislação de regência (notadamente o Marco Civil da Internet, além da própria Constituição Federal), cuja autoria é atribuída às Representadas [Facebook Brasil e Facebook Inc.], no sentido de permitir a exposição indevida de dados dos usuários brasileiros, independente de efetivo tratamento ulterior de tais dados para fins de direcionamento de publicidade de produtos e serviços ou para fins de indução de comportamento, dentre outras aplicações possíveis.” Ibid., p. 20.

De acordo com a decisão administrativa, a violação de dados pessoais atingiu milhares de brasileiros, uma vez que os termos de uso da Plataforma não previam consentimento específico para a coleta e tratamento de dados para fins políticos. A ilicitude também esteve na formação e manutenção indevida de perfis comportamentais de consumidores brasileiros, o que contaminou o tratamento de dados e gerou a publicidade abusiva. A sanção imposta consistiu na aplicação de multa no valor de R\$ 6.600.000,00 (seis milhões e seiscentos mil reais).⁷⁹² Em 2018, a temática também foi alvo de investigação pelo MPDFT⁷⁹³ e uma ação civil pública está em trâmite no Tribunal de Justiça de São Paulo.⁷⁹⁴

Por outro lado, alguns autores partem da figura de “**assédio de consumo**” para caracterizar a publicidade digital como abusiva.⁷⁹⁵ O assédio de consumo é uma construção legislativa europeia consubstanciada no art. 9º da Diretiva sobre práticas desleais (UCP Directive), que caracteriza a publicidade por assédio, coerção ou influência indevida quando

⁷⁹² Conforme apontou a Coordenação de sanções administrativas: “No presente caso, o fornecedor incorreu em prática abusiva, infração esta qualificada em grau médio. A extensão dos danos e a vantagem auferida com o fato, embora não mensurados, podem ser avaliadas como não triviais, na medida em que fizeram parte de seu modelo de negócios atingindo seus consumidores de forma significativa, tendo afetado mais de quatrocentos e quarenta mil consumidores brasileiros com a exposição indevida de seus dados ao aplicativo thisisyourdigitallife, com as repercussões daí decorrentes. Os infratores são empresas de grande porte. Diante disso, sugere-se a fixação da pena-base em R\$ 6.600.000,00 (seis milhões e seiscentos mil reais). BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 32/2019/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo N° 08012.000723/2018-19. Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - ex officio. Representados: Facebook Inc. e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Assunto: Prática abusiva, violação aos princípios da boa-fé, ao direito à privacidade e à informação clara e adequada sobre bens e serviços. Brasília, 3 ago. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/b8epj6vu>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 25.

⁷⁹³ DISTRITO FEDERAL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Comissão de Proteção dos Dados Pessoais. 1ª Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor. *Portaria n. 02/2018*, que instaura o Inquérito Civil Público para apuração de fatos. Brasília, DF: MPDFT, 20 de março de 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/yzpffc9v>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁷⁹⁴ Em 30 de janeiro de 2022, a processo estava em tramitação na segunda instância para julgamento da apelação cível. Ainda não há nenhuma decisão de mérito envolve o caso. Para consulta a tramitação, acesse: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Ação Civil Pública n. 1042450-05.2018.8.26.0100*. Requerente: Associação Civil SOS Consumidor. Requerido: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. 7ª Vara Cível. Juiz: Sang Duk Kim. Disponível em: <https://tinyurl.com/j65nuk6c>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁷⁹⁵ Nessa linha estão:

BASAN, Arthur Basan. O direito de proteção de dados pessoais e a busca pelo sossego na sociedade da informação: publicidades virtuais e o assédio de consumo como dano. Tese (doutorado em direito). Programa de pós-graduação em direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2020;

SOARES, Dennis Verbicaro; RODRIGUES, Lays; ATAÍDES, Camille. Desvendando a vulnerabilidade comportamental do consumidor: uma análise jurídico-psicológica do assédio de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 119, p. 349-384, set./out. 2018;

SOARES, Dennis Verbicaro. O controle da publicidade ilícita: uma análise reflexiva dos sistemas consumeristas brasileiro e espanhol. *Revista Cesumar Ciências Humanas e Sociais Aplicadas*, v.21, n.2, p. 261-285, jul./dez. 2016;

COLOMBO, Cristiano; GOULART, Guilherme Damásio. Inteligência Artificial aplicada a perfis e publicidade comportamental: proteção de dados pessoais e novas posturas em matéria de discriminação abusiva. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim de Cerqueira. (coords.). *Inteligência Artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 298.

ela: (i) utiliza linguagem ou comportamento abusivo ou ameaçador; ou, (ii) explora as fragilidades do consumidor, principalmente aquelas vulnerabilidades que são do conhecimento do fornecedor e que podem manipular o seu agir decisório.⁷⁹⁶

A Diretiva UCP não define assédio, apenas oferece os seus elementos caracterizadores. Para Carballo-Calero, ela pode ser definida como a prática publicitária que “persegue, bombardeia ou importuna o consumidor com conteúdo ou solicitações inconvenientes.” (tradução nossa).⁷⁹⁷ A alínea 25 do “anexo I” da Diretiva UCP, aborda uma espécie de assédio de consumo, que pode ser caracterizada quando há violação da privacidade e intimidade do consumidor, principalmente no recebimento “persistente e indesejado” de publicidade por telefone, fax, e-mail ou outro equipamento eletrônico.⁷⁹⁸

Por outro lado, a “influência indevida” possui definição expressa na Diretiva UCP e revela o comportamento do fornecedor que se utiliza da sua “posição de poder” diante do consumidor para “(...) exercer pressão, mesmo sem usar ou ameaçar usar força física, de uma forma que limite significativamente a capacidade do consumidor de tomar uma decisão informada.”⁷⁹⁹ Trata-se de hipótese de manipulação ilícita do comportamento do consumidor apta a viciar a sua declaração de vontade. A influência indevida pode estar presente tanto nos anúncios publicitários, quanto nas demais práticas comerciais.

No Brasil, o direito do consumidor de não ser molestado ou perturbado com os excessos da atividade publicitária na internet, foi alvo dos Projetos de Lei nº 3.514/15 e nº

⁷⁹⁶ Conforme redação original do dispositivo: “Article 9 - Use of harassment, coercion and undue influence: In determining whether a commercial practice uses harassment, coercion, including the use of physical force, or undue influence, account shall be taken of: (a) its timing, location, nature or persistence; (b) the use of threatening or abusive language or behaviour; (c) the exploitation by the trader of any specific misfortune or circumstance of such gravity as to impair the consumer's judgement, of which the trader is aware, to influence the consumer's decision with regard to the product; (d) any onerous or disproportionate non-contractual barriers imposed by the trader where a consumer wishes to exercise rights under the contract, including rights to terminate a contract or to switch to another product or another trader; (e) any threat to take any action that cannot legally be taken.” UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva UCP*. Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno [...]. Bruxelas, 11 maio 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2se99yf8>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁷⁹⁷ “(...) pursuing, bombarding or pestering the consumer with inconveniences or requests” CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández. Aggressive Commercial Practices in the Case Law of EU Member States. *Journal of European Consumer and Market Law*. [s.l.], v. 5, n. 6, p. 255-261, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2sybk3rd>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁷⁹⁸ Anexo I da UCPD, alínea 25: “Making persistent and unwanted solicitations by telephone, fax, e-mail or other remote media except in circumstances and to the extent justified under national law to enforce a contractual obligation. (...)”. EUROPEIA. *Diretiva UCP*. Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno [...]. Bruxelas, 11 maio 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2se99yf8>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁷⁹⁹ “art. 2 (definitions) (...) (j) “undue influence” means exploiting a position of power in relation to the consumer so as to apply pressure, even without using or threatening to use physical force, in a way which significantly limits the consumer's ability to make an informed decision.” Ibid.

3.515/15, da Câmara dos Deputados.

O primeiro Projeto visa atualizar o CDC em diferentes temáticas ligadas ao comércio eletrônico. Dentre elas, prevê dispositivos específicos instituindo expressamente a figura do assédio de consumo.⁸⁰⁰ Almeja criar o inciso XII ao art. 6º do CDC, que dispõe sobre: “a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados, vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo.”⁸⁰¹ Pretende, ainda, instituir o art. 45-F, que veta o envio não autorizado de publicidade por meio eletrônico, partindo do consentimento prévio do consumidor para o exercício da atividade publicitária virtual.

Por outro lado, O Projeto nº 3.515/15, abarcou o art. 54-C, inciso IV, vedando expressamente o assédio de consumo praticado por meios eletrônicos ou por telefone, principalmente quando o destinatário da mensagem publicitária é um consumidor hipervulnerável.⁸⁰²

O Projeto foi convertido na Lei n. 14.181, de 1º de julho de 2021, sendo que o CDC passou a vigorar com o “Capítulo VI-A: da prevenção e do tratamento do superendividamento”.

Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, *publicitária* ou não:

I - (VETADO);

II - indicar que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor;

III - ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo;

IV - *assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio;*

V - condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas

⁸⁰⁰ “O assédio de consumo é caracterizado pela prática de condutas agressivas, que afetam diretamente a liberdade de escolha do consumidor e, em situações mais graves e continuadas, seus próprios projetos de vida, atentando contra sua esfera psíquica, que, em meio a tantas estratégias manipuladoras, é subjugado e levado a ceder às pressões do mercado. O que assusta é a velocidade com que esse fenômeno vem se sofisticando, já que, diante da reiteração de tais práticas, o consumidor acaba por assimilá-las como algo natural e, por conseguinte, aceitável. Desse modo, a vulnerabilidade típica das relações consumeristas deve ser ressignificada à luz dessa nova realidade, sendo compreendida também em seu sentido comportamental e não apenas econômico.” VERBICARO, Dennis; RODRIGUES, Lays; ATAÍDES, Camille. Desvendando a vulnerabilidade comportamental do consumidor: uma análise jurídico-psicológica do assédio de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 119, p. 349-384, set./out. 2018.

⁸⁰¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei PL 3514/2015*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8anczk>. Acesso em: 12 jan. 2022.

⁸⁰² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei PL 3515/2015*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e o art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: Acesso em: 12 jan. 2022.

à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais.
Parágrafo único. (VETADO).
(Destaques nossos).⁸⁰³

Pontua-se que a Lei n. 14.181, de julho de 2021 não trouxe inovações significativas ao CDC, uma vez que o microsistema já contava com as cláusulas gerais aptas a proteger o consumidor também do assédio de consumo.

Para além disso, com a vigência da LGPD, o conteúdo do Projeto de Lei n. 3.514/15, parece ter perdido parcialmente o sentido lógico, principalmente quando as proposições envolvem questões ligadas à privacidade, à proteção de dados e ao consentimento informado do consumidor no comércio eletrônico. Não haveria necessidade de atualização dessa temática no CDC, na medida que o ordenamento jurídico brasileiro conta com outros diplomas especializados em internet (Marco Civil da Internet) e no uso de dados pessoais (LGPD). Novas leituras podem surgir a partir da interpretação sistemática desses Diplomas.

Nessa perspectiva, Cristiano Colombo e Guilherme Goulart defendem uma nova forma de assédio de consumo realizada no ciberespaço. O chamado “assédio de consumo digital”, consiste na utilização comercial das aplicações de inteligência artificial para explorar as vulnerabilidades psicológicas do consumidor. Os autores citam especificamente a publicidade comportamental como uma nova forma de prática abusiva, principalmente quando ela está baseada em discriminação ilícita ou se aproveita das fraquezas do consumidor, mediante a análise abusiva de dados pessoais.⁸⁰⁴

Dessa forma, a visão tradicional de assédio vista pela doutrina, ao abranger apenas a exploração e manipulação e idosos, crianças, analfabetos e pessoas com deficiência, precisa ser revista para incluir as novas formas digitais de assédio que podem atingir todos os consumidores. A vulnerabilidade psicológica no contexto da publicidade comportamental pode ameaçar todas as pessoas no cenário disruptivo das práticas comerciais de criação de perfis e inferência de comportamentos em massa.⁸⁰⁵

A constatação de uma prática abusiva não parte apenas do CDC, ela pode advir da

⁸⁰³ BRASIL. *Lei n. 14.181, de 10 de julho de 2021*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/sz26evay>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸⁰⁴ COLOMBO, Cristiano; GOULART, Guilherme Damásio. Inteligência Artificial aplicada a perfis e publicidade comportamental: proteção de dados pessoais e novas posturas em matéria de discriminação abusiva. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim de Cerqueira. (coords.). *Inteligência Artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 298-299.

⁸⁰⁵ Ibid.

aplicação de outras normas ou tratados (ratificados pelo Brasil) incidentes no caso concreto.⁸⁰⁶ Partindo do disposto no art. 7º do CDC, sobre a não exclusão de outros direitos do consumidor para além do microssistema consumerista, combinado com o art. 64 da LGPD e o art. 1º, parágrafo único, do MCI, que trazem idêntica disposição legal, é possível ampliar o escopo da análise das práticas abusivas para a publicidade comportamental online, mediante interpretação sistemática dos dispositivos legais.⁸⁰⁷ Fornecendo, assim, contornos concretos e seguros para esclarecer quais são os limites legais dessa prática comercial. Trata-se de tema densificado na segunda parte deste capítulo.

Antes disso, cabe pontuar a existência de um controle misto da publicidade no Brasil, através da previsão de instituições privadas que emitem padrões autorregulatórios, inspirados na construção estrangeira delineada na seção 1.2, desta tese.

2.1.4 A coordenação internacional autorregulatória realizada pelo CENP e pelo CONAR

Enquanto o controle publicitário estatal é repressivo e posterior à sua veiculação no mercado de consumo, o controle autorregulatório é preventivo e dependente da adesão dos agentes publicitários.⁸⁰⁸ Quando esses dois sistemas convivem harmonicamente, a forma de controle é chamada de mista, já que conta com um marco legal estatal (amplo e generalista) e standards (setoriais e detalhistas). Esses últimos criados pelos agentes privados responsáveis pela representação do setor publicitário. É nesse sentido que o presente tópico aborda os principais atores responsáveis pela autorregulação publicitária no Brasil e o seu papel diante dos riscos da publicidade comportamental online.

A maioria expressiva da literatura jurídica considera o modelo brasileiro de regulação da publicidade como “misto”.⁸⁰⁹ A principal justificativa está na previsão legal da criação de

⁸⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR.; Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/4y69y8am>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁸⁰⁷ Pode-se citar ainda o art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) ao dispor que: “§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior; § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.” BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB)*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/3p2ebnh8>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸⁰⁸ BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 1-48, 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7cmwwd>. Acesso em: 17 dez. 2021. p. 38.

⁸⁰⁹ Nesse sentido:

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. P. 38;

RAMSEY, Ian. O controle da publicidade em mundo pós-moderno. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 4,

códigos de ética e padrões emitidos por instituições privadas de fiscalização publicitária. Essa leitura parte da análise combinada dos art. 17 da Lei n. 4.680/65 (sobre regulação da atividade do publicitário),⁸¹⁰ do art. 4º, § 1º da Lei n. 12.323/10 (sobre regras gerais para licitação e contratação pública de serviços de publicidade)⁸¹¹ e do art. 7º do Decreto 57.690/66 (que regulamenta a Lei n. 4.680/65).⁸¹² A partir desses dispositivos legais, seria possível defender a licitude das práticas autorregulatórias e de fiscalização pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) e do Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP), pois as duas associações civis sem fins lucrativos são expressamente mencionadas nos

out./dez. 1992, p. 3;

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 30;

RODYCZ, Wilson Carlos. O controle da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 8, out./dez. 1993, p. 66;

ROCHA, Raquel Heck Mariano. Modelos de regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil. *Direito & Justiça*, [s.l.], v. 38, n. 2, p. 200-212, jul./dez., 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/yncy7cj6>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 208;

ALMEIDA, Alette Marisa S. D. N. Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 53, jan./mar. 2005, p. 12;

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR.; Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/4y69y8am>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 303;

CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 28;

MAZON, Marília. O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 78, abr./jun. 2011, p. 255.

⁸¹⁰ “Art. 17 A atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro.” BRASIL. *Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965*. Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdesmhjm>. Acesso em: 9 jan. 2022.

⁸¹¹ Redação do dispositivo legal: “Art. 4 Os serviços de publicidade previstos nesta Lei serão contratados em agências de propaganda cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei no 4.680, de 18 de junho de 1965, e que tenham obtido certificado de qualificação técnica de funcionamento. § 1 O certificado de qualificação técnica de funcionamento previsto no caput deste artigo poderá ser obtido perante o Conselho Executivo das Normas-Padrão - CENP, entidade sem fins lucrativos, integrado e gerido por entidades nacionais que representam veículos, anunciantes e agências, ou por entidade equivalente, legalmente reconhecida como fiscalizadora e certificadora das condições técnicas de agências de propaganda.” BRASIL. *Lei n. 12.232, de 29 de abril de 2010*. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/427k9fnk>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸¹² Redação do dispositivo legal: “Art. 7 Os serviços de propaganda serão prestados pela Agência mediante contratação, verbal ou escrita, de honorários e reembolso das despesas previamente autorizadas, tendo como referência o que estabelecem os itens 3.4 a 3.6, 3.10 e 3.11, e respectivos subitens, das Normas-Padrão da Atividade Publicitária, editadas pelo CENP - Conselho Executivo das Normas-Padrão, com as alterações constantes das Atas das Reuniões do Conselho Executivo datadas de 13 de fevereiro, 29 de março e 31 de julho, todas do ano de 2001, e registradas no Cartório do 1º Ofício de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da cidade de São Paulo, respectivamente sob no 263447, 263446 e 282131. (Redação dada pelo Decreto nº 4.563, de 31.12.2002)” BRASIL. *Decreto n. 57.690, de 1º de fevereiro de 1966*. Aprova o Regulamento para a execução da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965. Brasília-DF: 1966. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p94sf4h>. Acesso em: 11 jan. 2022.

textos legais.

Abrindo divergência, Adalberto Pasqualotto entende que o controle publicitário passou a ser exclusivamente estatal a partir da promulgação do CDC, não se podendo defender um sistema misto no Brasil. A linha de raciocínio adotada pelo autor parte da inexistência no CDC de espaços para a previsão autorregulatória obrigatória para a publicidade, bem como da ausência de coordenação entre controle público e privado, pois “o aparecimento de regulamentação estatal, de caráter imperativo, ocupou inteiramente o espaço antes deixado livre à autonomia privada.”⁸¹³ Conforme aponta o autor em artigo científico publicado em 2017:

Outra questão a saber é se no Brasil se pratica um regime misto de regulação. Essa afirmativa é feita por existirem duas esferas de regulação: uma legal, feita especialmente no Código de Defesa do Consumidor (embora outras leis também contenham dispositivos esparsos sobre publicidade) e outra privada, exercida pelo CONAR sob a forma de autorregulamentação. Em um modelo misto, as duas esferas de competências devem se articular de modo complementar, uma atuando nos espaços não ocupados pela outra, como se viu especialmente nos modelos francês e inglês. Não é o caso brasileiro. Aqui há dois regramentos paralelos. O oficial, que está nas leis, e o privado, constante do Código de Ética do CONAR. Não só não são complementares como são opostos, haja vista as posições públicas do CONAR.⁸¹⁴

Contudo, Pasqualotto não menciona em nenhum momento os dispositivos legais supramencionados, que trazem a previsão expressa do CONAR e do CENP. O autor também não enfrenta o autorizativo legal dado pelo art. 17 da Lei n. 4.680/65, que informa que “a atividade publicitária nacional *será* regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda (...). (grifo nosso)”⁸¹⁵ Ao nosso ver, os argumentos do autor não prosperam diante da previsão legal prevista para além do CDC. Apesar de ter sido instituída na década de 1960, a legislação publicitária ainda está em vigor e de acordo com o art. 119 do CDC, apenas as disposições em contrário foram revogadas, o que não aconteceu neste caso.

Alguns autores são críticos ao sistema misto por entenderem que ele esconde uma deficiência estatal no controle jurídico da publicidade. A ausência de um órgão central de controle publicitário e a morosidade da fiscalização pelos órgãos de proteção do consumidor (SENACON, Procons, Ministério Público), levam a manutenção de um sistema ineficiente, que apesar de ser misto, não trabalha em sintonia para a prevenção da veiculação de publicidade

⁸¹³ PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 69.

⁸¹⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. Autorregulamentação da publicidade: um estudo de modelos europeus e norte-americano. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 112, ano 26, p. 115-148, jul./ago. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/22ku4sm5>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 137-138.

⁸¹⁵ BRASIL. *Lei n° 4.680, de 18 de junho de 1965*. Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdesmhjm>. Acesso em: 9 jan. 2022.

ilícita ou da utilização de métodos coercitivos e desleais.⁸¹⁶ Tais críticas não invalidam a importância da autorregulação da publicidade. Elas apenas clamam pela maior coordenação entre as iniciativas públicas e privadas para o aperfeiçoamento da proteção do consumidor. Apesar das críticas, os argumentos apontados pela literatura jurídica majoritária, sobre a importância do controle misto da publicidade, parecem prosperar.⁸¹⁷

Dessa forma, Tércio Sampaio Ferraz Junior, em comentário sobre a autorregulação publicitária, aponta que ela consiste em uma forma de governança privada responsável pela “(...) formalização do controle, estabelecimento e imposição de regras voluntariamente aceitas e passíveis de autocoordenação.” O papel principal dessa forma auxiliar de controle publicitário consiste em “(...) internalizar padrões de comportamento aceitos pelo mercado e pela comunidade, monitorando seus membros de forma a criar reputação positiva para o grupo.”⁸¹⁸ Trata-se de uma tentativa de equilibrar a constante tensão concorrencial entre esses agentes, por meio da cooperação intersetorial.

A incidência da autorregulação depende de adesão aos padrões estabelecidos pelas entidades que coordenam a atividade publicitária, pois “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II, da CRFB/88) e “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado” (art. 5º, inciso XX, da CRFB/88).⁸¹⁹

Para Anthony Ogus, quando as sociedades empresárias reconhecem os benefícios de aderir à autorregulação, resultados eficientes poderão ser alcançados para todos os membros do setor. A voluntariedade desses padrões não impediria, assim, o funcionamento sustentável do

⁸¹⁶ Esse posicionamento também pode ser encontrado em:

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/nrbnwz4j>. Acesso em: 11 jan. 2022;

ROCHA, Raquel Heck Mariano. Modelos de regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil. *Direito & Justiça*, [s.l.], v. 38, n. 2, p. 200-212, jul./dez., 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/yncy7cj6>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 208;

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 128.

⁸¹⁷ CASTRO, Daniel. Benefits and Limitations of Industry Self-Regulation for Online Behavioral Advertising. *The Information Technology and Innovation Foundation*. Report. Washington, DC: ITIF, 13 dez. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/5zvtdtj9>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸¹⁸ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. A autorregulação do mercado publicitário: O CENP. In: BARSOTTI, Caio; FARIA NETTO, João Luiz; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; BRITO, Thiago (coords). *Compliance na publicidade: documentos de orientação ética I*. São Paulo: CENP, 2014. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/5e6n98yn>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸¹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/4cba6zca>. Acesso em: 9 jan. 2022.

sistema misto de controle da atividade empresária.⁸²⁰ ⁸²¹ Em complemento, o Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP), uma das principais instituições de autorregulação publicitária no Brasil, afirma que:

A beleza de um sistema combinado como o nosso, é que a legislação é impositiva sobre aspectos básicos e permanentes, mas circunscritos, e as normas de autorregulação podem descer a detalhes importantes, sem as amarras legais e permitindo revisões quando necessário, por sua natureza de adoção voluntária. Assim, na prática diária, o sistema se adapta melhor a uma atividade dinâmica por natureza, evitando abalar seus fundamentos, sob o risco de gerar catástrofes capazes de destruir a própria atividade com óbvios prejuízos para todos seus integrantes.⁸²²

Apesar disso, a construção da autorregulação não parte dos mesmos pressupostos estatais da regulação cogente baseada nos pilares da transparência, legalidade, legitimidade e eficácia.⁸²³ Como visto na seção 2.1.1, a parcialidade dos agentes que atuam na elaboração dos padrões pode revelar um viés tendencioso na defesa ou conivência com certas práticas que violem os direitos de terceiros.⁸²⁴

No caso da publicidade, a quase inexistência de representantes dos consumidores na elaboração dos padrões podem indicar falhas nesse conjunto autorregulatório.⁸²⁵ Contudo, os padrões existentes preveem mecanismos de proteção do público exposto à publicidade. Nesse sentido, o Código brasileiro de Autorregulamentação Publicitária no seu art. 23, afirma que “os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade.” O termo “consumidor” é encontrado em 58 passagens do documento, repetindo, por vezes, as

⁸²⁰ OGUS, Anthony. Rethinking self-regulation. *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, v. 15, n. 1, p. 97-108, 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/djse82c8>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸²¹ O posicionamento institucional do CENP é: “No caso da publicidade, adicionalmente, esse sistema misto de governança tem se provado, ao longo dos anos, uma boa solução para assegurar a liberdade dos agentes econômicos nele inseridos, de modo produtivo e sem criar restrições e amarras que seriam contraproducentes para todos.” FÓRUM DA AUTORREGULAÇÃO DO MERCADO PUBLICITÁRIO. Documentos CENP: Legislação e normas da publicidade no Brasil. São Paulo: CENP, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8cwdx2>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸²² *Ibid.*, p. 1.

⁸²³ Jacobina faz um alerta essencial sobre a natureza privada desses Códigos de Ética: “Não se pode, no entanto, afirmar que o código de ética possui força legal, tão-somente porque o art. 17 da Lei n. 4.680/65 fez menção a ele; de fato, para integrar o conteúdo da lei, seria necessária que ele fosse, ao menos, com ela publicado, não sendo suficiente, para os fins de transformação de um texto em lei, a mera menção a este por aquela.” JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 26-27.

⁸²⁴ IVES, Marc Tarrés. *Normas técnicas y ordenamento jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 239-240. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=85678>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁸²⁵ ROCHA, Raquel Heck Mariano. Modelos de regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil. *Direito & Justiça*, [s.p.], v. 38, n. 2, p. 200-212, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/yncy7cj6>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 206;

PASQUALOTTO, Adalberto. Autorregulamentação da publicidade: um estudo de modelos europeus e norteamericano. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 112, ano 26, p. 115-148, jul./ago. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/22ku4sm5>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 137.

disposições do CDC sobre os princípios da publicidade.⁸²⁶

A avaliação da legalidade da autorregulação é feita com base no ordenamento jurídico, uma vez que a existência paralela desse produto regulatório que está fora do Estado não exclui a preponderância da regulação estatal. Especificamente sobre as normas-padrão da atividade publicitária, em 2017 o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) apresentou opinião favorável sobre a licitude dessa construção regulatória pelos agentes privados.⁸²⁷ O Processo Administrativo instaurado em 2005, para investigar a licitude das normas-padrão foi arquivado com o fundamento no conjunto normativo estatal, que autoriza e incentiva a adoção da autorregulação no setor.

A importância central da autorregulamentação publicitária está na coordenação realizada junto às organizações não governamentais estrangeiras responsáveis pela coordenação internacional e regional da temática. Trata-se das associações e alianças trabalhadas na seção 1.2, desta tese. A troca de experiências permite a constante atualização regulatória dos padrões adotados no setor, tal como a recente recomendação do CONAR sobre publicidade por influenciadores digitais.⁸²⁸ O primeiro “considerando” do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP) traz os itens 2 e 3, sobre a adoção das recomendações da ICC (International Chamber of Commerce) e da IAA (International Advertising Association).⁸²⁹ Cabe mencionar que em 2019, o CONAR enviou representante à Conferência de Cúpula sobre Publicidade Digital.⁸³⁰ O evento discutiu a importância da autorregulação da publicidade comportamental online e do tratamento estatal e regional uniformes nessa temática, tendo em vista a crescente coleta e uso irregular dos dados pessoais para fins publicitários.⁸³¹

O CONAR como principal instituição nacional responsável pela coordenação da

⁸²⁶ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. São Paulo: CONAR, 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸²⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ata da 97ª Sessão Ordinária de julgamento*. Processo Administrativo Nº 08012.008602/2005-0. Representante: SDE *ex officio*. Representado: Conselho Executivo de Normas Padrão. Decisão: O processo foi arquivado nos termos do voto do Conselheiro Relator. Brasília, DF: CADE, 24 jan. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/you4k929f>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸²⁸ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Guia de publicidade por influenciadores digitais*. São Paulo: CONAR, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/29hupzst>. Acesso em: 5 jan. 2022.

⁸²⁹ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Op. cit.

⁸³⁰ DAA Summit 19: D.C. Effective self-regulation in a privacy-first world. Washington: DAA, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dm8ann5>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁸³¹ DADOS pessoais, publicidade e autorregulamentação. IAB Brasil, São Paulo, 28 out. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/3pmeaccy>. Acesso em: 13 set. 2021.

atividade publicitária, foi fundada em 1980, com base nas diretrizes da legislação publicitária acima mencionadas, que autorizava a criação da associação e a adoção do seu respectivo Código (CBARP). O objetivo inicial estava em proteger a atividade publicitária da ação estatal, principalmente pelo receio de eventuais censuras ao conteúdo publicitário.⁸³² O Código defende veementemente a liberdade de expressão publicitária.⁸³³ Não se trata de um órgão de defesa do consumidor, mas a sua atuação conseqüentemente gera reflexos ao destinatário da mensagem publicitária.⁸³⁴

Quando os anúncios publicitários ferem as disposições do CBARP, o Conselho de Ética pode aplicar determinadas sanções, decorrentes da violação das disposições estatutárias e contratuais. Elas são graduais e consistem na advertência sobre a desconformidade publicitária, na recomendação de reformulação ou retificação do anúncio, na suspensão da veiculação do anúncio e na divulgação de nota pública sobre o descumprimento de alguma dessas medidas pelos anunciantes, agências ou veículos (art. 50 do CBARP e art. 61 do Estatuto Social). Há, inclusive, a previsão de “medida liminar” de sustação do anúncio a ser veiculado, conforme disposição do art. 30 do Regimento Interno do Conselho de Ética.⁸³⁵ Essa disposição é um importante instrumento preventivo de possíveis danos aos consumidores e à concorrência, pois atua na fase prévia à veiculação massificada.

O cumprimento dessas sanções decorre da adesão dos agentes publicitários ao CONAR, uma vez que as disposições decorrem de contrato. Como associação privada, o CONAR não tem “poder de polícia” para estabelecer sanções pecuniárias (multas) ou exercer

⁸³² DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010. p. 41.

⁸³³ Veja uma abordagem completa do tema em: KOTSCHO, Ricardo (coord.). *Autorregulamentação e liberdade de expressão: a receita do Conar*. São Paulo: CONAR, 2011. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/yv6ey6n5>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸³⁴ O CONAR é composto por três órgãos: o Conselho Superior, a Diretoria Executiva e o Conselho de Ética. O Conselho Superior tem competência para editar e atualizar os padrões regulatórios e eleger a Diretoria Executiva. A Diretoria, por outro lado, desempenha função de administração e o Conselho de Ética fiscaliza, julga e delibera sobre qualquer pauta presente no CBARP. Existem meia dúzia de câmaras de julgamento espalhadas pelo país, que deliberam, por exemplo, sobre a recomendação de suspensão da veiculação sobre determinado anúncio publicitário.

⁸³⁵ Redação do dispositivo: “Artigo 30 – A Medida Liminar é cabível quando: I – Houver justo receio de que a reprovação do anúncio – ao tempo do julgamento pela Câmara ou pelo Plenário – possa resultar ineficaz. II – A infração ética configurar flagrante abuso da liberdade de expressão comercial, ou provocar clamor social capaz de desabonar a ética da atividade publicitária, ou possa implicar grave risco ou prejuízo do consumidor. III – A infração ética imputada ao anúncio for objeto de súmula de jurisprudência do CONAR. IV – O anúncio, já reprovado pelo Conselho de Ética, voltar a ser veiculado, ainda que com variações e apresente a(s) mesma(s) infração(ões) que lhe tenha(m) sido imputada(s).” CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Regimento Interno do Conselho de Ética (RICE)*. São Paulo: Conar, 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/4s8k82pe>. Acesso em: 11 jan. 2022.

ações de fiscalização mais contundentes.⁸³⁶ Além disso, a abrangência de sua atuação está apenas no conteúdo do anúncio publicitário. Não existem disposições sobre as práticas abusivas que permeiam o exercício da atividade publicitária, tal como a coleta irregular de dados pessoais para esses fins.

Por outro lado, o CENP foi fundado em 1998 e estabelece os padrões técnicos para o exercício da atividade publicitária, emite certificados de boas-práticas e estabelece os preços de referências para os serviços publicitários contratados entre os agentes econômicos (anunciantes, redes de propagandas e veículos de divulgação).⁸³⁷ O CENP não está vinculado ao CONAR. Não existe hierarquia entre eles. Também não há uma distinção fixa da área de atuação, que continua a abranger toda a rede publicitária.

Enquanto o CENP atua na regulação concreta da relação B2B na proteção concorrencial, o CONAR tem como enfoque os parâmetros éticos do conteúdo publicitário e da preservação da liberdade de expressão do setor, respeitados os parâmetros legais limitadores (referentes à publicidade de cigarro, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e produtos perigosos). Apesar disso, há uma semelhança dos seus mantenedores, que na grande maioria aderem às duas associações.⁸³⁸

Em 2017, o CENP elaborou proposta de autorregulação da publicidade digital. O chamado “Anexo D”, ainda em debate, pretende instituir os padrões para a comercialização de mídia digital, tal como a compra programática (leilões automatizados e as plataformas unificadoras da oferta e da demanda). Os membros do Conselho Executivo afirmam que a publicidade digital “está sujeita à mesma legislação de regência da publicidade”, mas que precisa de aperfeiçoamentos.

O item 4.1 da proposta esclarece quais são os agentes publicitários atuantes nesse novo mercado: “A negociação de espaço/tempo publicitário em ambiente de internet ocorre entre anunciantes, agência de publicidade e veículos de comunicação, e pode ser suportada tecnologicamente por formas inovadoras de comunicação publicitária.”⁸³⁹ Portanto, a proposta defende que os atores da publicidade digital permanecem os mesmos da sua antecessora, a

⁸³⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010. p. 43.

⁸³⁷ FÓRUM DA AUTORREGULAÇÃO DO MERCADO PUBLICITÁRIO. Documentos CENP: Legislação e normas da publicidade no Brasil. São Paulo: CENP, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8cwdx2>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 5-6.

⁸³⁸ COSTA, Rafael Klautau Borba. A autorregulação do mercado – CONAR e CENP. In: *Arcos*. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p932dc7>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸³⁹ CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Proposta de Anexo referente à comercialização de mídia em ambiente digital (Anexo D). In: *CENP em Revista*. São Paulo, ano 13, n. 52, set./nov. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycxh273w>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 30.

publicidade tradicional. As novas tecnologias e sociedades empresárias que realizam a intermediação de compra e venda de mídia, seriam intermediadores da relação B2B, não integrando a rede publicitária. Por fim, todas as disposições da proposta se concentram na proteção dos investimentos dos anunciantes na mídia em ambiente digital, nada mencionando ou esclarecendo sobre a exposição dos consumidores à publicidade comportamental online.

2.1.5 Síntese da primeira categoria protetiva: os regimes legais e estatutários limitam o conteúdo e os meios empregados na publicidade comportamental

A publicidade conta com um marco regulatório desde a década de 1960. Foi com a Lei n. 4.680/65, que a profissão dos publicitários foi regulada e as definições de anunciante, agência de propaganda e veículo de divulgação foram delineadas. Durante os 25 anos seguintes à adoção da referida Lei, o controle publicitário continuou a ser realizado precipuamente pela via empresarial, por meio do controle concorrencial na relação B2B. Tal controle alcançava o consumidor apenas de forma colateral e indireta. Promulgado o CDC, o marco regulatório da publicidade ampliou-se e passou a contar com um diploma específico para as relações jurídicas formadas entre duas categorias de agentes econômicos: os fornecedores e os consumidores.

Nesse meio tempo, a CRFB/88 trouxe os pilares da publicidade, incluindo tal atividade na categoria da comunicação social. Assim, a proteção da livre iniciativa e da livre concorrência, foram concatenadas com a proteção do consumidor, por meio do art. 5º, XXXII, do art. 24, VIII, e do art. 170, V da Carta Maior. Parte da literatura jurídica defendeu, ainda, a proteção da liberdade de expressão publicitária, em leitura extensiva dos arts. 5º, IV e 220 da CRFB/88. Contudo, o autor desta tese entende que a publicidade não merece tratamento idêntico às garantias dos cidadãos à liberdade de expressão de pensamentos e opiniões, devendo receber apenas a proteção constitucional da atividade econômica, sujeita às limitações estabelecidas nos parágrafos 3º e 4º do art. 220.

O comprometimento dos fornecedores envolvidos na rede publicitária passou, então, a contar com contornos ainda mais delineados quando o CDC estabeleceu os deveres de identificação da mensagem publicitária, de veracidade do anúncio, de transparência/informação sobre os detalhes do produto ou serviço anunciado e de vinculação contratual da publicidade. Além disso, como microssistema, o CDC trouxe um controle publicitário estatal que traz sanções civis, administrativas e penais, além de um complexo sistema administrativo de proteção do consumidor com órgãos espalhados pelo país.

Notou-se, contudo, a necessidade de exploração teórica dos conceitos de fornecedor, de consumidor e do objeto da relação jurídica no que tange à veiculação de publicidade. O

conceito de consumidor que mais se adequa aos propósitos desta tese está no art. 29 do CDC (consumidor equiparado), pois exige-se apenas a exposição da pessoa ao conteúdo publicitário, dispensando a presença de um consumidor em potencial. Defendeu-se, portanto, a exclusão do elemento teleológico para a equiparação legal. Situação semelhante ocorreu com o conceito de fornecedor, que deve ir além do art. 3º do CDC, pois ele não se adequa completamente às perspectivas do mercado publicitário, que possui diferentes atores envolvidos. A natureza jurídica da publicidade é de prestação de serviço. Não como um serviço-fim, mas como um serviço-meio. A publicidade perfaz um instrumento de divulgação dos bens de consumo na fase pré-contratual da relação de consumo. Uma espécie de prática comercial. Quando concretizada, o objeto da relação passa a ser o produto ou serviço final.

Apesar de todos os agentes mencionados acima serem caracterizados teoricamente como fornecedores equiparados, ainda existe um certo receio de imputar responsabilidade à agência de propaganda e ao veículo de divulgação, principalmente no ambiente digital. Os veículos são utilizados como meio de divulgação, não participando da elaboração do anúncio publicitário ou partilhando de alguma outra fase da atividade produtiva dos anunciantes e das agências de propaganda. O controle prévio da ilicitude da publicidade por tais veículos de comunicação digital também seria dificultado pelo volume e pela velocidade das contratações de espaços publicitários. Como visto na seção 1.1.3, o preenchimento desses espaços é realizado em milissegundos e, em muitos casos, de forma automatizada.

Já existem ferramentas tecnológicas que são utilizadas no mercado de consumo virtual para evitar as fraudes comuns de anúncios publicitários enganosos ou abusivos em plataformas de rede social, que contam, também, com mecanismos de denúncia pelo próprio consumidor. Trata-se da Inteligência Artificial auxiliando a manutenção da licitude da atividade publicitária. Apesar desse esforço, a tecnologia ainda apresenta falhas e os anúncios ilícitos continuam a ganhar espaço nos veículos de comunicação digital.

Nessa linha, o autor desta tese entendeu que os veículos e as agências podem ser responsabilizados objetivamente pela veiculação da publicidade ilícita, principalmente pela incidência do art. 7º, parágrafo único e do art. 34, do CDC.

As tecnologias publicitárias disruptivas estão modificando fundamentalmente a configuração das relações de consumo, principalmente no relacionamento B2C. É nesse sentido que a leitura jurídica também deve acompanhar essa evolução e adequar as normas e conceitos presentes no CDC à nova perspectiva. Foi essa a visão adotada para identificar as potenciais ilicitudes da publicidade comportamental online.

O primeiro recurso adotado foi aquele relativo à abertura interpretativa da cláusula

geral do abuso de direito, tendo em vista a ausência de previsão legal ou vedação à temática da publicidade comportamental. Viu-se que a primeira etapa da verificação da licitude da prática comercial consiste na observância da finalidade econômica e social, da boa-fé objetiva e dos bons costumes normalmente empregados no mercado publicitário. Quando ultrapassadas tais limites, qualquer abuso no agir publicitário, mesmo que não haja uma vedação expressa, poderá ser caracterizada como ato ilícito pelo microsistema do CDC, não cabendo discutir, geralmente, a presença de dolo ou culpa nessas práticas comerciais.

A potencial abusividade da publicidade comportamental online partiu de duas categorias de análise: (i) da observância do conteúdo da publicidade (publicidade abusiva); e, (ii) da verificação dos meios utilizados para a veiculação da publicidade (práticas abusivas). Ambas dizem respeito ao uso anormal do direito de os fornecedores veicularem produtos e serviços no mercado de consumo virtual. Identificou-se, a partir da análise do “Caso Decolar”, que a publicidade comportamental pode ser caracterizada como abusiva quando discrimina injustificadamente os consumidores, tendo como base a utilização de tecnologias de *geopricing* e *geoblocking*. Por outro lado, a análise das averiguações realizadas na SENACON nos casos Google (*browser fingerprint*) e Facebook (*cookies*), apontam que essa modalidade publicitária também pode perfazer, em determinados casos, uma nova forma de prática abusiva, seja pela adoção de métodos coercitivos, seja pela utilização de técnicas desleais que violem a privacidade dos consumidores.

Ademais, o caráter exemplificado dos arts. 37 e 39 do CDC, permite ao intérprete a ampliação, *in concreto*, do rol de abusividades, tendo como base: (i) o fundamento teórico do abuso de direito; e (ii) os “parâmetros genéricos” de análises ligados à finalidade da prática comercial, da boa-fé objetiva e dos bons costumes. Contudo, essa construção tradicional é insuficiente para fornecer os “parâmetros objetivos” de análise da conformidade da publicidade comportamental online com o direito brasileiro.

Por outro lado, quando se perquiriu por padrões na autorregulação publicitária no Brasil, que supostamente poderiam auxiliar o intérprete, observou-se a inexistência de qualquer regra técnica sobre o tema. Os códigos privados nacionais permanecem desatualizados frente às novas tecnologias disruptivas. Ressalva-se, nesse ponto, a existência ainda tímida de recomendações adotadas pelo Conar sobre publicidade por influenciadores digitais (2021) e a proposta ainda não aprovada de autorregulação da mídia programática pelo Cenp (2017).

Entende-se que, para além do CDC, os diplomas correlatos ao tema da publicidade comportamental, tais como o Marco Civil da Internet (MCI) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) devem ser aplicados de forma harmônica e simultânea. A fundamentação jurídica dessa

leitura encontra respaldo legal na interpretação combinada dos art. 7º do CDC, art. 64 da LGPD e art. 1º, parágrafo único, do MCI. Dessa forma, a insuficiência do CDC no estabelecimento dos parâmetros objetivos para a legalidade no tratamento de dados, pode ter sido reduzida com a promulgação desses outros diplomas normativos, que trazem os novos limites legais da prática publicitária no direito brasileiro. Trata-se de quarta hipótese secundária testada a seguir.

2.2 A abrangência do regime jurídico especializado no manejo comercial do “superávit comportamental”⁸⁴⁰

Ultrapassada a análise do regime jurídico tradicionalmente aplicável ao mercado publicitário, surge a necessidade de compreender em que medida as disposições normativas sobre proteção de dados são aplicáveis ao setor. A justificativa para tal análise deriva das conclusões alcançadas até esse ponto da tese. Como visto acima, a coleta de dados realizada nos equipamentos eletrônicos dos usuários da internet, é condição primeira para execução da publicidade comportamental online. Práticas comerciais ilícitas e/ou abusivas também foram observadas em casos concretos envolvendo publicidade digital. Contudo, os casos analisados são anteriores à promulgação da LGPD e não colaboraram com a análise acerca da licitude do rastreamento comportamental sob o viés do regime protetivo dos dados pessoais. Dessa forma, cabe compreender como a LGPD e, também, os demais diplomas correlatos à proteção da privacidade e dos dados, se aplicam e limitam o agir publicitário disruptivo.

O primeiro passo está em identificar a abrangência do escopo material da LGPD, o que perpassa pelo exame dos conceitos de dado pessoal e de tratamento de dados, com o fulcro de aplicá-los à temática delineada nesta tese (seção 2.2.1). Em seguida, a análise se concentra na atividade de perfilização individual e coletiva, para compreender a abrangência da aplicação da LGPD nesses casos (seção 2.2.2).

Para além do estudo sobre os dados pessoais e sobre perfilização, os agentes publicitários, que já foram abordados sob a perspectiva do CDC e enquadrados como fornecedores equiparados, são reanalisados a partir da perspectiva da LGPD, como agentes de

⁸⁴⁰ Conforme exposto na seção 1.1.3, a expressão “superávit comportamental” foi cunhada por Shoshana Zuboff para se referir ao tratamento excessivo de dados pessoais dos usuários da internet que, para usufruir dos serviços virtuais, são paulatinamente expostos às mais variadas práticas comerciais ligadas ao “capitalismo de vigilância” pelas sociedades empresárias atuantes no ramo. A autora explica que “(...) as atividades que parecem ser variadas e até mesmo dispersas através de toda uma seleção aleatória de indústrias e projetos são, na verdade, todas elas a mesma atividade, guiada pelo mesmo objetivo: captura de superávit comportamental. Cada uma é uma configuração um pouco diferente de hardware, software, algoritmos, sensores e conectividade projetada para imitar um carro, camisa, celular, livro, vídeo, robô, chip, drone, câmera, córnea, árvore, televisão, relógio, nanorrobô, flora intestinal ou qualquer serviço on-line, mas todas compartilham o mesmo propósito: captura de superávit comportamental.” ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 154.

tratamento - controladores, operadores e suboperadores (seção 2.2.3). Após explorar o aspecto normativo, a abordagem se concentra no papel dos agentes estatais responsáveis pela fiscalização do setor publicitário sob a ótica da proteção de dados. Esclarecendo a obrigatoriedade da coordenação da ANPD junto aos órgãos estatais que possuem relevância para a temática, tais como a SENACON e o Cade (seção 2.2.4). A seção 2.2.5 conclui.

2.2.1 O tratamento jurídico dos dados empregados nas práticas publicitárias

A aplicação do regime jurídico protetivo dos dados pessoais ao contexto da publicidade comportamental online não é uma temática serena.⁸⁴¹ A complexidade da prática comercial, devidamente registrada no primeiro capítulo desta tese, gera dúvidas sobre a incidência desse regime jurídico frente às múltiplas categorias de dados e tecnologias empregadas na realização de segmentação e predição comportamental. À primeira vista, a publicidade comportamental parece apontar para o inevitável tratamento de dados pessoais, pois envolve preferências, emoções, gostos e detalhes da vida privada dos usuários da internet, o que desencadearia a aplicação da legislação correlata. Contudo, um olhar mais atento revela que a aplicação da LGPD depende da “identificabilidade” do titular dos dados, o que nem sempre é necessário ou viável na atividade publicitária. Por este motivo, a presente seção visa esclarecer dois pontos centrais. O primeiro está ligado à evolução normativa da proteção de dados no direito brasileiro até o alcance da abrangência transversal do mercado de dados.⁸⁴² O segundo concentra-se na realização de uma “triagem legal dos dados” utilizados na publicidade

⁸⁴¹ A literatura estrangeira, principalmente na análise do GDPR, aponta as dificuldades de encaixar a publicidade comportamental no escopo da proteção de dados. Nesse sentido, veja as teses estrangeiras:

CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetization of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022;

BORGESIUUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022.

E, no Brasil, os trabalhos científicos:

BASAN, Arthur Pinheiro. *O direito de proteção de dados pessoais e a busca pelo sossego na sociedade da informação: publicidades virtuais e o assédio de consumo como dano*. Tese (doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2020;

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

⁸⁴² A proteção dos dados pessoais no Brasil foi inspirada na regulação europeia. Conforme parecer da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal ao analisar o Projeto de Lei que deu origem à LGPD: “O texto, tal como nossa proposta de Substitutivo ao PLS 330, de 2018, foi inspirado fortemente em linhas específicas da regulação europeia, por reconhecimento expressivo de sua relevância para o mundo.” BRASIL. Senado Federal. *Parecer n. X, de 2018*. Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 53 de 2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais [...]. Disponível em: <https://tinyurl.com/yz7wefae>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 10. Por este motivo, a presente seção utiliza alguns apontamentos do Grupo de Trabalho 29, já abordado na seção 1.2.3, e explora dispositivos legais do RGPD.

comportamental, com o objetivo de identificar a aplicabilidade da LGPD.

A proteção jurídica dos dados pessoais é uma temática que derivou diretamente do direito à privacidade, registrando maiores preocupações no final da década de 1960.⁸⁴³ Naquela época o tratamento de dados começou a ser utilizado em larga escala por agentes públicos e privados, na consecução de suas atividades privadas e na formulação de políticas públicas pelos Estados. A literatura jurídica menciona que a primeira lei doméstica específica de proteção de dados é de 1970. Trata-se da lei estadual alemã de Hesse (Hesse Data Protection Act).⁸⁴⁴

Os avanços da computação fizeram surgir o tratamento automatizado dos dados e a formação de um arcabouço jurídico próprio para o tema, que ganhou maior densidade normativa no final da primeira década do século XXI. Conforme aponta Bennett, a característica “mística ou fechada” dos sistemas computacionais representava, no final do século XX, ameaças pouco claras sobre quais direitos fundamentais e humanos seriam afetados com a introdução de novas tecnologias da informação e da comunicação.⁸⁴⁵ Contudo, a principal ameaça estava na violação massiva do direito à privacidade (intimidade e vida privada) dos titulares desses dados. Esse foi o principal motivo para a “abertura da caixa preta do processamento de dados” pela ciência jurídica, que construiu um arcabouço principiológico de proteção de dados de forma colaborativa entre diferentes nações e organizações internacionais.⁸⁴⁶

Embora tenha havido uma rápida evolução regulatória do tratamento dos dados, principalmente na Europa na adoção da Diretiva sobre a Proteção de Dados, e posteriormente, com o GDPR, os princípios norteadores desenvolvidos desde a Década de 1970 permaneceram, em grande parte, os mesmos e foram reproduzidos em larga escala no Ocidente.⁸⁴⁷ A significativa especialização da proteção de dados fez tal temática se desvincular da ideia estrita

⁸⁴³ No que tange ao direito à privacidade, a literatura jurídica tradicionalmente menciona o famoso artigo de Warren e Brandeis, como o marco inicial do direito à privacidade no Ocidente. Para consultar o artigo original, veja: WARREN, Samuel; BRANDREIS, Louis D. *The Right to privacy*. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890. Disponível em: <https://tinyurl.com/7ampa68t>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸⁴⁴ A primeira lei, portanto, foi estadual e não nacional. A primeira lei nacional de proteção de dados é sueca (1973).

⁸⁴⁵ BENNETT, Colin J. *Regulating privacy: data protection and public policy in Europe and the United States*. Londres: Cornell University Press, 1992. Disponível em: <https://tinyurl.com/y55w8p6b>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 120.

⁸⁴⁶ Há uma semelhança principiológica na construção legislativa nacional e internacional desse período. Como delineado na seção 1.2.2, o Conselho da Europa forneceu as primeiras resoluções sobre o tema em 1972 e 1973 (Resoluções 22 e 29). Contudo, tais Resoluções não possuíam força vinculante. O primeiro grupo de países a adotar tal regramento foram: Suécia (1973), Alemanha (1977), França, Áustria, Noruega e Dinamarca (1978). Os EUA, apesar de não possuírem uma lei geral sobre dados pessoais, já em 1974 adotaram regras para o processamento de dados no setor público, como visto na seção 1.2.4, desta tese.

⁸⁴⁷ BORGESIUUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 133.

de privacidade e ganhar novas vertentes, até alcançar a categoria de direito autônomo.⁸⁴⁸

Em princípio, as leis de proteção de dados pessoais têm um escopo mais amplo e, ao mesmo tempo, mais específico que o direito fundamental e humano à privacidade. Elas são mais amplas porque se aplicam a qualquer categoria de dados pessoais relacionados à uma pessoa identificável ou identificada, não se limitando ou se vinculando à confidencialidade dessas informações.⁸⁴⁹ Por exemplo, a LGPD se aplica independentemente de ter havido uma violação à privacidade do titular dos dados pessoais. O tratamento de dados prescinde de violação à privacidade, o que não quer dizer que a LGPD desconsidera a privacidade. Pelo contrário, trata-se de fundamento expressamente previsto no art. 2º, inciso I da Lei.

Para além disso, a proteção jurídica dos dados pessoais é mais específica que o direito à privacidade. A LGPD não se aplica às situações em que não há tratamento de dados pessoais. Se uma pessoa bisbilhoteira opta por vigiar, com um binóculo, o que se passa no apartamento de um vizinho, não há incidência da LGPD. Não há dado, nem tratamento realizados. Ainda, se uma sociedade empresária realiza uma pesquisa de marketing com base em dados que não possuem qualquer vinculação ou identificação dos seus titulares, nem mesmo a possibilidade de identificá-los, os dados são considerados anônimos e não estarão sob o escopo das leis de proteção de dados pessoais. Nesses dois casos, a proteção dos direitos da personalidade da pessoa afetada com a ação de terceiros, seja pela invasão de privacidade pelo vizinho, seja pela coleta de dados anônimos pela agência de marketing, serão regidos pelas normas gerais sobre o tema, constitucionais e infraconstitucionais.

Em alguns casos, principalmente quando os dados pessoais envolvem a vida privada das pessoas ou, ainda, relacionam-se com os dados sensíveis desses titulares, o tratamento físico ou digital pode gerar graves violações à privacidade. Haverá, então, uma sobreposição desses dois direitos no caso concreto.⁸⁵⁰ Essa sobreposição não é mandatória, pois a irregularidade no tratamento pode partir da violação de outros direitos previstos na legislação de proteção de dados.⁸⁵¹

Apesar disso, o direito à proteção de dados demonstra uma das facetas contemporâneas

⁸⁴⁸ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 43-44.

⁸⁴⁹ Na LGPD, os dados tornados públicos pelo titular apenas acarretam a dispensa do seu consentimento para o respectivo tratamento pelos agentes responsáveis e para as finalidades preestabelecidas, não retira a natureza pessoal do dado, que permanece submetido à Lei (art. 7, § 4º, da LGPD).

⁸⁵⁰ BORGESIUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 166.

⁸⁵¹ O delineamento sobre o “paradoxo da privacidade”, é realizado na seção 3.1.2, desta tese.

da funcionalização do direito à privacidade, que evoluiu com a sociedade. Essa ressignificação da privacidade em si, parte da “consolidação da própria teoria dos direitos da personalidade”, que acompanhou os desafios de proteger a pessoa diante das novas tecnologias da informação e da comunicação.⁸⁵² Nessa visão, a privacidade deixou de ser ligada apenas à concepção “pessoa-informação-segredo” e passou a abranger a ideia “pessoa-informação, circulação-controle.” Ao passo que a privacidade passou a se estruturar em torno dos dados pessoais, a especialização dessa proteção fez dar uma guinada na construção e autonomização do próprio direito à proteção de dados pessoais.⁸⁵³

Trata-se de uma construção estrangeira que inspirou o legislador brasileiro a aperfeiçoar o seu regime jurídico de proteção de dados.⁸⁵⁴ Não apenas o legislador tratou de atualizar o escopo protetivo dos dados pessoais com a adoção da LGPD, como o Supremo Tribunal Federal reconheceu a presença implícita do direito fundamental à proteção dos dados pessoais na CRFB/88. Em 2020, por maioria de 10 votos, o Plenário do STF referendou a Medida Cautelar concedida pela Ministra Rosa Weber, suspendendo a eficácia da Medida Provisória n. 954/2020,⁸⁵⁵ que determinava o compartilhamento de dados pessoais (nome, número de telefone e endereço dos consumidores) tratados pelas empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).⁸⁵⁶ O objetivo da MP estava em estabelecer uma base legal para o compartilhamento de bases de dados dos consumidores brasileiros de serviços de telefonia, para realização de pesquisas estatísticas pelo IBGE, por meio de ligações telefônicas. A justificativa estaria na impossibilidade de realização de

⁸⁵² Danilo Doneda explica que a dimensão coletiva da privacidade fez surgir “(...) a conotação contemporânea de privacidade, que manifesta-se sobretudo (porém não somente) através da proteção de dados pessoais; e que deixa de dar vazão somente a um imperativo de ordem individualista, mas passa a ser frente onde irão confluir vários interesses ligados à personalidade e às liberdades fundamentais da pessoa humana, fazendo com que na disciplina da privacidade passe a se definir todo um estatuto que englobe as relações da própria personalidade com o mundo exterior.” DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 47.

⁸⁵³ *Ibid.*, p. 41.

⁸⁵⁴ Ainda em 2012, Ruaro et al. afirmavam que “o estabelecimento de um regime de proteção de dados pessoais bem regulado, com todas as consequências que inevitavelmente implica, atinge centros de interesses bastante diversos, devendo existir necessariamente um esforço legislativo tal que resulte em uma sofisticação terminológica suficiente a dar conta de todas as contingências tecnológicas do debate que se trava.” RUARO, Regina Linder; RODRIGUES, Daniel Piñero; FINGER, Brunize. O Direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, n. 53, p. 45-66, 2011. Disponível em: Acesso em: <https://tinyurl.com/465f6zts>. 27 maio 2022. p. 64.

⁸⁵⁵ Redação do art. 2º, caput, da MP: “empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas.” BRASIL. *Medida provisória n. 954, de 17 de abril de 2020*. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [...]. Vigência encerrada. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p82zn7u>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸⁵⁶ Por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393.

entrevistas pessoais nos domicílios dos brasileiros durante a Pandemia da Sars-Cov-19 (Covid 19).⁸⁵⁷

As cinco ADIs ajuizadas anunciavam vícios de inconstitucionalidade em diferentes pontos da Medida Provisória, pois a redação normativa sobre os procedimentos de transferência dos dados era omissa e insuficiente para garantir a proteção dos titulares, seja do aspecto da segurança contra possíveis ataques, acessos não autorizados ou utilização indevida, seja pela formação de perfis minuciosos sobre os consumidores entrevistados sem procedimentos detalhados de anonimização.

Esse último ponto foi, inclusive, uma das discussões centrais. O IBGE atua na realização de entrevistas por amostra. Contudo, a MP autorizava a transferência de dados pessoais de todos os consumidores das telefônicas, o que ultrapassa a adequação e finalidade pontual do tratamento.⁸⁵⁸ Além disso, o relatório de impacto à proteção de dados pessoais previsto na MP (art. 3º, parágrafo 2º) seria realizado após o compartilhamento de dados, em descompasso com o art. 10, parágrafos 2º e 3º, da LGPD, que exige relatório prévio.

Pontua-se que à época do julgamento a LGPD ainda não estava em vigor, mas já indicava as futuras medidas preventivas que o IBGE deveria tomar para garantir a segurança no tratamento dos dados. No julgamento, o STF utilizou o caso concreto para ampliar o escopo da proteção constitucional dos dados pessoais, desvinculando-o da ideia restrita do direito à privacidade e indo além da proteção centrada apenas em dados ligados à vida íntima das pessoas.

Em seus votos, o Ministro Luiz Fux, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Gilmar Mendes, apontaram que inexistem “dados insignificantes” na sociedade da informação, seguindo a mesma lógica da decisão do Tribunal Constitucional Alemão ao julgar a Lei do Censo de 1983.⁸⁵⁹ Todos os dados pessoais, inclusive o nome completo, o número de telefone, o CPF e o endereço estão, portanto, sujeitos à proteção constitucional. Essa leitura reforça a concepção da autodeterminação informativa no direito brasileiro.⁸⁶⁰ Para o Ministro Gilmar Mendes “a autonomia do direito fundamental em jogo na presente ADI exorbita, em essência,

⁸⁵⁷ Redação do art. 1º, parágrafo único da MP: “O disposto nesta Medida Provisória se aplica durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.” Ibid.

⁸⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de inconstitucionalidade n. 6.387 DF*. Relatora: Min. Rosa Weber, 7 maio 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xmcjs88>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 26.

⁸⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de inconstitucionalidade n. 6.387 DF*. Relatora: Min. Rosa Weber, 7 maio 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xmcjs88>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 53, 64, 108, 122.

⁸⁶⁰ A autodeterminação informativa é abordada na seção 3.1.2, desta tese.

de sua mera equiparação com o conteúdo normativo da cláusula de proteção ao sigilo.”⁸⁶¹ Para o Ministro:

A afirmação de um direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais deriva, ao contrário, de uma compreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do Habeas Data enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa.⁸⁶²

Trata-se de uma decisão que funcionou como divisor de águas na conceituação de dados pessoais no direito brasileiro, pois se reconheceu a amplitude da sua tutela constitucional, para além de mero apêndice do direito à privacidade. Conforme aponta Laura Schertel Mendes *et al.* “é importante reconhecer que a decisão do STF se apresenta como um passo rumo ao fortalecimento da proteção de dados no Brasil.”⁸⁶³ É possível acrescentar, ainda, que ela “preparou o terreno” para a entrada em vigor da LGPD.

Em 10 de fevereiro de 2022, o direito fundamental à proteção de dados pessoais passou a ser expresso na CRFB/88, por meio da **Emenda Constitucional (EC) n. 115**, que incluiu a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, atribuindo, ainda, à União as competências de legislar, organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais.⁸⁶⁴

Pontua-se, para além disso, que a previsão infraconstitucional do direito à proteção de dados pessoais não foi inaugurada com a decisão do STF, com a LGPD ou com a EC n. 115, pois a doutrina já reconhecia a sua proteção, mediante interpretação sistemática da CRFB/88 com o CDC.⁸⁶⁵ Posteriormente, a proteção de dados foi densificada com a Lei de Cadastro

⁸⁶¹ Inclusive, o Ministro Gilmar Mendes aponta a autora Laura Schertel Mendes como a pioneira na construção doutrinária de um direito fundamental à proteção de dados pessoais no Brasil. *Ibid.*, p. 109-110.

⁸⁶² *Ibid.*, p. 20.

⁸⁶³ MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais. E-book* (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mp27s26>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁶⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022*. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/5ybrz2xp>. Acesso em: 16 fev. 2022.

⁸⁶⁵ Nessa linha, veja:

PEZZI, Ana Paula Jacobus. A necessidade de proteção dos dados pessoais nos arquivos de consumo: em busca da concretização do direito à privacidade. Dissertação (mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). São Leopoldo, 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2d86db4x>. Acesso em: 12 jan. 2022.

Positivo (Lei n. 12.414/2011),⁸⁶⁶ Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011),⁸⁶⁷ Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014)⁸⁶⁸ e o Decreto regulamentador do MCI (Decreto n. 8.771/2016).⁸⁶⁹

Contudo, foi a LGPD que trouxe o tratamento normativo uniformizado e transversal para os dados pessoais, abarcando as diretrizes gerais para os setores público e privado.⁸⁷⁰ Tais diretrizes trazem em seu escopo material, os pressupostos caracterizadores dos dados pessoais e o detalhamento sobre quais são as operações de tratamento de dados submetidas à sua regência. Conforme aponta Bioni:

A proteção de dados pessoais surgiu justamente como forma de regular a utilização da informação pessoal durante o seu tratamento, isto é, nas várias operações às quais ela pode ser submetida após ter sido colhida por uma forma qualquer. Perdido o vínculo que poderíamos descrever como “físico” com seu titular, portanto, a informação pessoal manter-se-ia vinculada a ele através de um vínculo jurídico, determinados pelas normas de proteção de dados pessoais e justificadas pela identidade desta informação com a pessoa.⁸⁷¹

A razão primeira da LGPD é regular e gerenciar o fluxo de dados. Não visa, assim, interromper ou dificultar o desenvolvimento tecnológico das TICs. Tanto é que, a Lei não

ZANATTA, Rafael A. F. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Mimeo. In: ResearchGate, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9b7ssn>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 752.135 RS*. Relator: Min Aldir Passarinho Junior. 16 ago. 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9e9a>. Acesso em: 12 jan. 2022.

⁸⁶⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. *Nova Lei do Cadastro positivo*: comentários à Lei 12.414, com as alterações da Lei Complementar n. 166/2019 e de acordo com a LGPD. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

⁸⁶⁷ Veja as considerações do MPF sobre tal temática: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Câmara de Coordenação e Revisão. *Sistema brasileiro de proteção e acesso a dados pessoais*: análise de dispositivos da Lei de Acesso à Informação, da Lei de Identificação Civil, da Lei do Marco Civil da Internet e da Lei Nacional de Proteção de Dados – Brasília: MPF, 2019. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc5j3jpa>. Acesso em: 12 jan. 2022.

⁸⁶⁸ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: fundamentos da lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

⁸⁶⁹ Conforme aponta Danilo Doneda: “No panorama do ordenamento brasileiro, o reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo e fundamental não deriva de uma previsão literal e direta, porém da consideração dos riscos que o tratamento automatizado acarreta à proteção da personalidade à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada.” DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães Martins; LONGUI, João Vitor Rozatti. (orgs.). *Direito Digital*: direito privado e internet. 3ª ed. São Paulo: Foco, 2020, p. 44.

⁸⁷⁰ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais - noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 38.

GUIDI, Guilherme Berti de Campos. Modelos Regulatórios para a proteção de dados pessoais. In: *ITS Rio*. Rio de Janeiro, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrujehcf>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸⁷¹ BIONI, Bruno. *A proteção e dados pessoais nas relações de consumo*: para além da informação creditícia. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2010. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/2562hxwz>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 40.

impede a realização do regular tratamento de dados. Ela apenas limita e/ou pune o tratamento ilegal ou desproporcional.⁸⁷² Isso ocorre porque a LGPD visa, precipuamente, garantir a manipulação transparente e segura de dados por terceiros, minimizando possíveis violações aos direitos da personalidade dos seus titulares, sem, contudo, impactar o “desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação.”⁸⁷³

Portanto, a LGPD tem como objetivo, para além da regular utilização dos dados, a proteção “dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.”⁸⁷⁴ Inclusive, a expressão “direitos e liberdades fundamentais dos titulares” aparece em seis passagens da LGPD, nos art. 1º, caput, art. 5º, inciso XVII, art. 7º, inciso IX, art. 10, inciso II, art. 11, inciso II, alínea “g” e art. 17.⁸⁷⁵

Para além disso, a LGPD tem como escopo a redução das assimetrias de poder e de informações, existentes entre agentes de tratamento e os titulares dos dados. Estabelece-se uma série de deveres aos primeiros e se concede um rol de direitos e ferramentas de controle aos segundos. O ponto fulcral das leis de proteção de dados está na tentativa de equilibrar os interesses (contrapostos ou não) de ambas as categorias de sujeitos interligados pelo tratamento de dados.⁸⁷⁶

A LGPD abarca apenas o tratamento de dados pessoais. Operações que envolvam outras categorias de dados não atraem, geralmente, a aplicação desse regime protetivo. Portanto, a LGPD se destina ao “(...) tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado (...).”⁸⁷⁷ Esse trecho do caput do art. 1º, delimita o escopo material da Lei que se resume ao “tratamento” que envolva “dados pessoais” em um processamento por “meios digitais” ou físicos pelos “agentes de tratamento” (pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas).⁸⁷⁸

⁸⁷² BORGESIU, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 150.

⁸⁷³ Vide redação do art. 1º, inciso V. BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸⁷⁴ Vide redação do art. 1º, caput. *Ibid.*

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetization of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 242.

⁸⁷⁷ Vide redação do art. 1º, caput. BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸⁷⁸ Esta tese não aprofunda as hipóteses de não aplicação da LGPD que não tangenciam a temática da publicidade

O tratamento é uma atividade ampla, que envolve toda e qualquer operação realizada com dados pessoais. O art. 5º, inciso X, menciona 20 (vinte) operações que integram o conceito para os fins de aplicação da LGPD.⁸⁷⁹ O rol é meramente exemplificativo. Contudo, é difícil imaginar alguma operação que não tenha sido expressamente abrangida no dispositivo legal.

Como indicado no art. 1º e no art. 5º, inciso X, da LGPD, o tratamento precisa envolver a categoria ampla dos dados pessoais, que também encontra definição legal, inspirada na longa construção europeia sobre o tema. Nos termos do art. 5º, inciso I, da LGPD, dado pessoal consiste em “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.”⁸⁸⁰

O legislador brasileiro optou pela simplificação conceitual de dado pessoal. No Regulamento Europeu, há um maior detalhamento conceitual.⁸⁸¹ Contudo, o art. 5º, inciso I, da LGPD, deve ser lido em harmonia com o seu inciso V, que define o titular desses dados como a “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento.” Partindo dessa leitura, tem-se que a definição completa de dados pessoais no Brasil depende da análise de quatro elementos conceituais: (i) informação; (ii) relacionada à; (iii) pessoa natural; e, (iv) identificada ou identificável.⁸⁸²

comportamental online, tais como tratamento de dados para pesquisas científicas, por pessoa natural para fins privados e particulares, entre outras situações. Para aprofundar a temática, veja: MENEZES, Joyceane Bezerra de; COLAÇO, Hian Silva. Quando a Lei Geral de Proteção e Dados não se aplica? In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 153-194.

⁸⁷⁹ Redação do dispositivo legal: “Art. 5º, inciso 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;” BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Op. cit.

⁸⁸⁰ Registra-se que há divergências sobre a delimitação conceitual de “dado” e de “informação”. A própria LGPD, influenciada pelo RGPD, compreendeu dado como um suporte para informações. Apesar de fugir do escopo desta tese uma discussão específica sobre essa distinção, registra-se que a literatura jurídica brasileira já se debruçou na análise do tema: DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 135-157; MALFATTI, Alexandre David. O direito à informação no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003. p. 89 e ss.

⁸⁸¹ Nos termos do art. 4 (1) do RGPR, dado pessoal consiste em “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (‘titular dos dados’); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular.” UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR)*. Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bswxh6n>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁸⁸² Para o Grupo de Trabalho 29, o conceito de dados pessoais: “(...) includes information available in whatever form, be it alphabetical, numerical, graphical, photographic or acoustic, for example. It includes information kept on paper, as well as information stored in a computer memory by means of binary code, or on a videotape, for instance. This is a logical consequence of covering automatic processing of personal data within its scope. In particular, sound and image data qualify as personal data from this point of view, insofar as they may represent

Os elementos jurídicos caracterizadores dos dados pessoais são cumulativos e estão “intimamente interligados e se alimentam uns dos outros.”⁸⁸³ Os elementos mais controversos na literatura jurídica se referem aos termos “relativos à” (dados que destacam uma pessoa) e “identificado ou identificável” (dados que identificam uma pessoa).

Contudo, a literatura já registrou divergências no que tange ao **conteúdo das informações** que fazem parte dos dados pessoais tratados no mundo virtual. O primeiro ponto está na amplitude do conceito de “informação” para a LGPD, que não se limita apenas aos dados mais comuns como nome, endereço, número de telefone ou CPF. Abrange-se nessa categoria qualquer tipo de dado, independentemente da sua natureza, conteúdo ou formato, que esteja relacionado a uma pessoa humana (pessoa física) identificável que, por sua vez, é aquela que pode ser identificada, direta ou indiretamente.

Nessa perspectiva, informações sem o prenome ou nome completo da pessoa, podem ser caracterizadas como dados pessoais, caso sejam suficientemente precisas para revelar a identidade do titular. A informação pode: (i) se manifestar em um suporte alfabético, numérico, gráfico, fotográfico ou acústico; (ii) ser mantida em papel ou digitalmente na memória de equipamentos eletrônicos; e, (iii) ser transferidas por mídia física (Pendrives, CDs, DVDs) ou digital (por radiofrequência, por servidores da internet ou qualquer outro meio viável).⁸⁸⁴

Trata-se de uma leitura que deriva dos julgados do Tribunal de Justiça Europeu, que confirmou em diferentes oportunidades a natureza de dado pessoal daquelas informações sem o nome do titular, mas com referências ou traços informacionais suficientemente razoáveis para identificá-lo. Essa leitura é essencial para compreender se os dados que identificam uma máquina (hardware) são dados pessoais, pois a prática de rastreamento publicitário utiliza identificadores únicos, endereços de IP, impressões de navegador, cookies e demais tecnologias que são instaladas em dispositivos eletrônicos e coletam dados multivariados, como visitas em websites, cliques em anúncios, velocidade de digitação e do cursor, entre outros.⁸⁸⁵

information on an individual.” UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 4/2007*, on the concept of personal data. Brussels: UE, 20 jun. 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w8hxs> (EN) e <https://tinyurl.com/2p8t4f2t> (PT). Acesso em: 9 jan. 2022. p. 6-7.

⁸⁸³ CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 157.

⁸⁸⁴ PURTOVA, Nadezhda. The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 10, n. 1, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8r4efx>. Acesso em: 12 jan. 2022.

⁸⁸⁵ UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 4/2007*, on the concept of personal data. Brussels: UE, 20 jun. 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w8hxs> (EN) e <https://tinyurl.com/2p8t4f2t> (PT). Acesso em: 9 jan. 2022.

Para além disso, as informações que constroem os dados podem ser de natureza objetiva, tal como a idade, sexo, batimentos cardíacos e a nacionalidade da pessoa, ou, ainda, de natureza subjetiva, quando se referem às opiniões, avaliações e análises sobre uma pessoa natural.⁸⁸⁶

Os dados coletados pelos agentes publicitários precisam, então, **dizer respeito à uma pessoa**. A indefinição do termo “se referir à” levou o Grupo de Trabalho 29, ainda no âmbito da Diretiva 95/46/CE, a utilizar três critérios para dar um significado mais objetivo ao termo e delimitar o escopo material da Diretiva. Tais critérios parecem ser universais e úteis para o contexto brasileiro, pois foram baseados em diferentes pesquisas científicas transnacionais. Nesse sentido, o Grupo entendeu que as informações que “dizem respeito a alguém” serão consideradas dados pessoais quando pelo menos um de três elementos configuradores estiverem presentes no caso concreto. São eles: “conteúdo”, “finalidade” ou “resultado”.

O “conteúdo” se refere à substância da informação que está relacionada à uma pessoa física.⁸⁸⁷ O principal exemplo consiste no prontuário médico que possui dados sobre um paciente, basta essa constatação para considerá-lo como dado pessoal, não sendo necessária a análise da finalidade ou do resultado do uso dessas informações. O prontuário contém informações pessoais (e sensíveis), pois é um suporte físico ou digital no qual a equipe médica registra as informações relativas ao paciente.⁸⁸⁸ Da mesma forma, pode-se acrescentar que a lista de sites visitados, de produtos comprados ou demais movimentações vinculadas ao comportamento do consumidor se referem a ele pelo conteúdo, já que indica que a pessoa X adquiriu o produto Y ou visitou o website Z. A pessoa X não precisa ser nomeada como tal, basta que o conjunto dos dados a aponte como a geradora dos dados Y e Z.⁸⁸⁹

A “finalidade” indica a necessidade do agente de tratamento de atrelar o dado à pessoa natural, com o objetivo de analisá-la, avaliá-la, discriminá-la ou influenciá-la.⁸⁹⁰ No caso

⁸⁸⁶ Ibid.

⁸⁸⁷ “O elemento de “conteúdo” está presente nos casos em que – no sentido mais óbvio e comum da expressão “relativa a” – se dá informação sobre determinada pessoa, independentemente de qualquer objectivo por parte do responsável pelo tratamento ou de um terceiro, ou do impacto dessa informação na pessoa em causa. Uma informação é “relativa” a uma pessoa quando é “sobre” essa pessoa e isto tem de ser avaliado à luz de todas as circunstâncias do caso” (tradução disponibilizada no website da União Europeia). Ibid., p. 11.

⁸⁸⁸ UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 4/2007*, on the concept of personal data. Brussels: UE, 20 jun. 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w8hxs> (EN) e <https://tinyurl.com/2p8t4f2t> (PT). Acesso em: 9 jan. 2022.

⁸⁸⁹ Esse exemplo hipotético foi criado pelo autor da tese e foi utilizado no decorrer deste tópico, com o objetivo de tornar mais didática a delimitação teórica de dado pessoal.

⁸⁹⁰ “O facto de a informação ser “relativa” à determinada pessoa pode derivar igualmente de um elemento de “finalidade”. Pode considerar-se que este elemento de “finalidade” existe quando os dados são utilizados, tendo em conta todas as circunstâncias do caso específico, com a finalidade de avaliar, tratar de determinada forma ou

hipotético do prontuário médico, a necessidade é cristalina, já que o acompanhamento do quadro clínico do paciente depende da sua identificação. Acrescenta-se, também, que no segundo caso hipotético, o propósito de atrelar os dados do consumidor X que adquiriu o produto Y, está no ato de registrar a compra e efetuar a entrega do bem.

Já no caso do website Z, em que há o registro da navegação online do consumidor, a necessidade pode partir de outros fatores mercantis do agente de tratamento “com o propósito de avaliar, tratar de uma certa forma ou influenciar o status ou comportamento de um indivíduo”.⁸⁹¹ Quando informações são coletadas do dispositivo, tais como o endereço de IP ou dados de sensoriamento ambiental, com o objetivo de influenciar esse indivíduo a clicar em um anúncio, pode surgir a necessidade de identificar aquele dispositivo específico que estará atrelado à uma pessoa. Se anúncios personalizados são exibidos para ela, os dados tratados para tanto, serão considerados dados pessoais.⁸⁹²

Deve-se atentar que nem toda a cadeia publicitária realiza o tratamento para o direcionamento de anúncios comerciais. Como visto no primeiro capítulo desta tese, os dados coletados podem ser utilizados para alimentação de algoritmos preditivos e para venda de espaços publicitários. Nesses casos, os dados que originalmente eram referentes à pessoa X, perdem o vínculo com ela, pois para o agente de tratamento pouco se importa de identificar os titulares, já que o objetivo é meramente estatístico. Inclusive, utilizam-se técnicas de anonimização dos dados para a realização desse processamento que visa o aprendizado de máquinas. Para a LGPD, esses dados não serão considerados dados pessoais, pois o art. 12 estabelece que: “Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais”, o que, geralmente, afasta a aplicação desse regime jurídico.

Todavia, os modelos preditivos são construídos com a finalidade de direcionar conteúdo de entretenimento e publicidade aos usuários da internet. Dessa forma, quando o modelo é aplicado para enviar um anúncio personalizado à pessoa X, do exemplo acima, como uma forte candidata para comprar o produto Y, influenciado o seu comportamento, para o

influenciar o estatuto ou o comportamento de uma pessoa.” UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 4/2007*, op. cit., p.11.

⁸⁹¹ Ibid., p. 10.

⁸⁹² Nesse sentido, o *Working Group on Data Protection in Telecommunications*, afirmou que: “While ads may well be addressed to a machine at the technical level, it is not the machine which in the end buys the proverbial beautiful pair of red shoes – it is an individual. Thus, the claim that the processing of behavioural data for marketing is directed “only” at machines in the first place may well be seen as an attempt to blur our vision as societies on the gravity of the problem, when in reality the individual and not the machine is the only instance that can make all such tracking operations a “success” for its proponents (i.e., when the red shoes are finally being bought).” INTERNATIONAL WORKING GROUP ON DATA PROTECTION IN TELECOMMUNICATIONS. *Working Paper on Web Tracking: respect for context, transparency and control remains essential*. 53 rd meeting, Prague, 15-16 Abr. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/yprwja6p>. Acesso em: 12 jan. 2022. p. 3.

Grupo de Trabalho 29, trata-se de dado pessoal tratado, fazendo incidir a proteção correlata. Isso ocorre justamente por conta do elemento “finalidade”, pois para ofertar tal produto, foi necessário destacá-la diretamente (quando o anúncio é específico para aquele consumidor), ou indiretamente (quando a pessoa pertencente ao grupo W de potenciais consumidores).⁸⁹³ Portanto, a “finalidade” indica a vinculação do dado à pessoa não pelo seu conteúdo, mas pela necessidade de destacar o seu titular.

Essa, inclusive, foi a opção adotada pela LGPD, ao considerar todos os dados que compõe um perfil comportamental de uma pessoa natural identificada, como dados pessoais. Conforme o parágrafo segundo do art. 12, da LGPD, “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.”⁸⁹⁴

Tal perspectiva reforça o elemento “finalidade” defendido nesta tese, pois o art. 12 da LGPD desconsidera o conteúdo do dado quando ele é juntado a outros dados na formação do perfil. Em interpretação lógica, os perfis poderiam ser inclusive coletivos, quando segmentam um grupo, desde que essa pessoa seja destacada, por exemplo, quando recebe publicidade comportamental online. Essa perspectiva da formação de perfis receberá especial atenção na próxima seção desta tese, pois necessita de maiores detalhamentos.

Por último, quando os dados impactam os direitos e liberdades de uma pessoa em específico, independentemente do seu conteúdo ou finalidade, eles poderão ser considerados pessoais pelo “resultado” do tratamento de dados, que fere os direitos do titular.⁸⁹⁵ Assim, quando a pessoa X comprou o produto Y movida por um anúncio direcionado a ela, houve um tratamento diferenciado que se refere ao seu perfil de consumo. Isso pode ocorrer porque ela consome com frequência aquele bem específico ou estava demasiadamente interessada em adquiri-lo.

Como visto no capítulo 1, os *cookies* - como a tecnologia de massa utilizada no rastreamento comportamental - podem registrar a quantidade de visitas ao sítio virtual onde o produto está anunciado, além de outros detalhes. Isso ocorre porque o rastreamento sistêmico é

⁸⁹³ Conforme pontuou o Grupo de Trabalho: “as informações coletadas no contexto da publicidade comportamental referem-se à, (é sobre) as características ou comportamento de uma pessoa e é usado para influenciar essa pessoa em particular.” UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*. Brussels, 22 jun. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/8r9f923t>. Acesso em: 11 set. 2021. p. 9.

⁸⁹⁴ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸⁹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 4/2007, on the concept of personal data*. Brussels: UE, 20 jun. 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w8hxs> (EN) e <https://tinyurl.com/2p8t4f2t> (PT). Acesso em: 9 jan. 2022.

capaz de historiar intenções de compra e interesses pessoais de cada usuário e utilizá-los para direcionar os anúncios comerciais. Conforme indicou o Grupo de Trabalho 29, ainda em 2007:

Um terceiro tipo de ‘relativa a’ pessoas específicas surge quando está presente um elemento de “resultado”. Apesar da ausência de um elemento de ‘conteúdo’ ou de ‘finalidade’, os dados podem ser considerados como ‘relativos’ a uma pessoa porque é provável que o seu uso tenha um impacto nos direitos e interesses dessa determinada pessoa, tendo em consideração todas as circunstâncias do caso específico. É de notar que não é necessário que o resultado potencial tenha um grande impacto. *É suficiente que a pessoa possa ser tratada de forma diferente de outras pessoas como resultado do tratamento desses dados.* (destaque nosso).⁸⁹⁶

Os elementos “resultado” e “finalidade” poderiam ser utilizados para caracterizar o “Caso Decolar” como um evento que utilizou dados pessoais para discriminar potenciais consumidores, violando os seus direitos e liberdades fundamentais.⁸⁹⁷ Nesse caso, os dados não seriam considerados pessoais pelo seu “conteúdo”, mas concomitantemente pela sua “finalidade”, que partiu da segmentação com base em nacionalidade do consumidor, e, com base no “resultado”, uma vez que feriu os direitos dos consumidores brasileiros de liberdade, o que poderia ser encaixado na violação do art. 6º, inciso IX, da LGPD: “impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos”, bem como do art. 17, da LGPD: “Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.”⁸⁹⁸ O caso foi detalhado na seção 2.1.3, desta tese.

Por outro lado, o **terceiro elemento** da definição de dados pessoais está intrinsecamente conectado aos demais, pois se refere ao seu titular: a “**pessoa natural**”. A LGPD exclui do seu escopo material os dados relativos às pessoas jurídicas ou entes despersonalizados, abrangendo apenas os dados que se referem à pessoa humana. Tal elemento traz uma carga teórica implícita ligada à noção civilista da personalidade jurídica acerca da “capacidade de ser sujeito de relações jurídicas, desde o momento do nascimento da pessoa até à sua morte.”⁸⁹⁹

Consequentemente a aplicação da lei de proteção de dados às informações relativas às pessoas mortas e aos nascituros dependem de uma análise transversal do ordenamento jurídico, da eleição de alguma teoria da personalidade jurídica e do debate sobre a natureza jurídica dos

⁸⁹⁶ UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 4/2007*, on the concept of personal data. Brussels: UE, 20 jun. 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w8hxs> (EN) e <https://tinyurl.com/2p8t4f2t> (PT). Acesso em: 9 jan. 2022. p. 11.

⁸⁹⁷ Cabe pontuar, contudo, que na época em que tal decisão administrativa foi tomada, a LGPD ainda não estava em vigor. O caso foi aqui pontuado para reforçar a materialização do elemento constitutivo “resultado”.

⁸⁹⁸ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁸⁹⁹ UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 4/2007*. Op. cit., p. 23.

dados, se de propriedade ou de direito. Tais considerações, que fogem do escopo desta tese, já foram abordadas em outros estudos científicos.⁹⁰⁰

O quarto elemento da definição de dado pessoal densifica a obrigatoriedade de **identificabilidade da pessoa natural**, que já foi parcialmente abordada acima. Trata-se de um elemento que exige maior aprofundamento nesta tese, por dois motivos: (i) existem divergências na extensão do termo identificabilidade frente às novas tecnologias da informação e da comunicação; além do que (ii) a necessidade de identificabilidade relaciona-se diretamente com a temática dos dados tratados no âmbito da publicidade comportamental online.

Como afirmado acima, os identificadores alfanuméricos são extremamente precisos na formação de um conjunto de dados sobre os usuários da internet. Smartphones possuem uma série de elementos que não apenas se referem ao seu proprietário, mas são capazes de identificar quem ele é e o que prefere. Como dito acima, a pessoa pode ser identificada sem que seu nome seja descoberto ou registrado. Quando o indivíduo é destacado dos demais, já restaria caracterizada a sua identificação, pois “(...) argumentar que os indivíduos não são identificáveis, quando o objetivo do processamento é justamente identificá-los, seria uma contradição absoluta.”⁹⁰¹ Essa perspectiva foi utilizada na União Europeia para a caracterização dos cookies, do endereço de IP e demais identificadores digitais como espécies de dados pessoais.^{902 903}

⁹⁰⁰ Sobre o tema, consultar: MALGIERI, Gianclaudio. R.I.P.: Rest in Privacy or Rest in (Quasi-)Property? Personal Data Protection of Deceased Data Subjects between Theoretical Scenarios and National Solutions. In: LEENES, Ronald; BRACKEL, Rosamunde Van; GUTWIRTH, Serge; DE HERT, Paul. *Data Protection and Privacy: The Internet of Bodies*. Brussels: Hart, 2018. Capítulo de livro disponível em: <https://tinyurl.com/2bpnz7ea>. Acesso em: 12 jan. 2022.

⁹⁰¹ UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 4/2007*, on the concept of personal data. Brussels: UE, 20 jun. 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w8hxs> (EN) e <https://tinyurl.com/2p8t4f2t> (PT). Acesso em: 9 jan. 2022. p. 12,14,16.

⁹⁰² Nesse sentido estão os seguintes documentos oficiais:

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines*. Brussels, 4 abr. 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/8r9f923t>. Acesso em: 11 set. 2021. p. 10;

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*. Brussels, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/8r9f923t>. Acesso em: 11 set. 2021. Documento adotado em 22 jun. 2010. p. 9;

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 16/2011 on EASA/IAB Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising*. Brussels, 8 dez. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/4uc3j3ht>. Acesso em: 11 set. 2021. p. 8.

⁹⁰³ “A publicidade comportamental envolve o processamento de identificadores únicos, sejam eles obtidos por meio do uso de cookies, ou qualquer tipo de impressão digital do dispositivo. O uso de tais identificadores exclusivos permite o rastreamento de usuários de um computador específico, mesmo quando os endereços IP são excluídos ou tornados anônimos. Em outras palavras, esses identificadores exclusivos permitem que os titulares dos dados sejam “selecionados” com o objetivo de rastrear o comportamento do usuário ao navegar em diferentes sites e, assim, ser qualificados como dados pessoais.” UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 16/2011 on EASA/IAB Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising*. Op. cit., p. 8.

Tais atributos contemporâneos de identificação fogem da noção tradicional das fichas de cadastro analógicas, principalmente da oposição de um nome completo, endereço, sexo, idade e profissão.⁹⁰⁴ O nome da pessoa é um identificador prático e comum para a agregação de dados, mas não é o identificador mais eficaz no ciberespaço.⁹⁰⁵ Por este motivo, o considerando n. 30 do GDPR introduz as disposições amplas sobre o conceito de “identificabilidade”:

As pessoas singulares podem ser associadas a identificadores por via eletrônica, fornecidos pelos respetivos aparelhos, aplicações, ferramentas e protocolos, tais como endereços IP (protocolo internet) ou testemunhos de conexão (cookie) ou outros identificadores, como as etiquetas de identificação por radiofrequência. Estes identificadores podem deixar vestígios que, em especial quando combinados com identificadores únicos e outras informações recebidas pelos servidores, podem ser utilizados para a definição de perfis e a identificação das pessoas singulares.⁹⁰⁶

Trata-se de disposição esclarecedora acerca da opção adotada no art. 4º, item 1, do GDPR, que exemplifica as possíveis categorias de identificadores digitais capazes de revelar a “(...) identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.”⁹⁰⁷

Como mencionado acima, o legislador brasileiro se inspirou e simplificou a construção normativa europeia. De acordo com o art. 5º, inciso I, da LGPD, a pessoa natural deve ser identificada ou identificável. Apenas isso. Mas a simplificação não desnaturou a abrangência dos dados pessoais extraídos de identificadores do mundo virtual. Pelo menos para a literatura jurídica, “(...) em grande parte das situações cookies serão considerados dados pessoais, por identificarem ou terem a possibilidade de identificar uma pessoa natural, especialmente quando forem utilizados para criação de perfis comportamentais (...).”⁹⁰⁸

⁹⁰⁴ Nesse passo, se uma “(...) company can follow your behaviour in the digital environment – an environment that potentially includes your mobile phone and television set – its claim that you are ‘anonymous’ is meaningless. (...) It matters little whether your name is John Smith, Yesh Mispar, or 3211466.” TUROW, Joseph. *The daily you: how the new advertising industry is defining your identity and your worth*. New Haven: Yale University Press, 2011. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/3wkyznwp>. Acesso em: 12 jan. 2022. p. 7.

⁹⁰⁵ ⁹⁰⁵ BORGESIU, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 184.

⁹⁰⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR)*. Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bswxh6n>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁹⁰⁷ Redação do art. 4(1) do GDPR: “‘Dados pessoais’, informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (‘titular dos dados’); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.” Ibid.

⁹⁰⁸ PALHARES, Felipe. Cookies: contornos atuais. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de*

Enquanto o termo “pessoa natural identificada” refere à uma visão mais restrita de dados pessoais, pois é taxativa na delimitação do seu titular, a expressão “pessoa natural identificável” é maleável e aberta à atividade interpretativa. Essa noção expansiva remete o intérprete à questão dos dados pseudônimos e da mutação tecnológica, práticas corriqueiras na publicidade comportamental online.⁹⁰⁹

Inclusive, a criação da categoria de dados denominados de “pseudônimos” ocorreu em 2012, durante a tramitação do Projeto de Regulamento de Proteção de Dados na Comissão Europeia.⁹¹⁰ De um lado, a Comissão Europeia se posicionava na inclusão da segmentação comportamental no escopo do Regulamento, pelo potencial da tecnologia empregada de identificar os titulares dos dados.⁹¹¹ Por outro lado, um grande lobby formado por sociedades empresárias do ramo publicitário reivindicavam a aprovação de um regime mais brando para essa categoria de dados, pois se partiria da desvinculação temporária do dado em relação ao seu titular. Isso seria possível com a adoção de códigos alfanuméricos ou de outras tecnologias que cindem as informações em pedaços.⁹¹² Tal disciplina foi amplamente tratada no GDPR, que

dados. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 48.

No mesmo sentido e acrescentando outros identificadores como endereços de IP e geolocalização:

TERRA, Aline de Miranda Valverde; MULHOLLAND, Caitlin. A utilização econômica de rastreadores e identificadores on-line de dados pessoais. In: In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 607-608.

COLOMBO, Cristiano; GOULART, Guilherme Damásio. Inteligência Artificial aplicada a perfis e publicidade comportamental: proteção de dados pessoais e novas posturas em matéria de discriminação abusiva. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim de Cerqueira. (coords.). *Inteligência Artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 284-285; OLIVEIRA, Ricardo; COTS, Márcio (coords.). *O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 47.

⁹⁰⁹ BORGESIUUS, Frederik J. Zuiderveen. Singling out people without knowing their names: behavioural targeting, pseudonymous data, and the new Data Protection Regulation. *Computer Law & Security Review*. [s.l.], v. 32, n. 2, p. 256-271, abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4rctktsh>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁹¹⁰ Nesse sentido, veja a tese de Borgesius. O autor participou dos debates em 2012 sobre a temática da pseudonomização e segmentação comportamental. A IAB Europa e sociedades empresárias como Yahoo e Amazon também marcaram presença. BORGESIUUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁹¹¹ Nessa linha, veja os considerandos 20 e 46 e o artigo 3.º, n.º 2, alínea “b”, da proposta da Comissão Europeia de um Regulamento de Proteção de Dados: UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Relatório A7-0402/2013*, sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral de proteção de dados. Bruxelas: Parlamento Europeu, 21 nov. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2x9p58ss>. Acesso em: 12 jan. 2022.

⁹¹² Os cientistas da computação utilizam a expressão dados pseudônimos para se referir aos perfis individuais sem o nome real do seu titular. Nesses casos, emprega-se um identificador alfanumérico diferente do nome real da pessoa que traz informações coletadas pelos agentes de tratamento e viabiliza a segmentação comportamental e direcionamento da publicidade personalizada. BORGESIUUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Op. cit., p. 172.

considerou no art. 4º, item 5, a pseudonimização como:

‘Pseudonimização’: tratamento de dados pessoais de forma que deixem de poder ser atribuídos a um titular de dados específico sem recorrer a informações suplementares, desde que essas informações suplementares sejam mantidas separadamente e sujeitas a medidas técnicas e organizativas para assegurar que os dados pessoais não possam ser atribuídos a uma pessoa singular identificada ou identificável.⁹¹³

O objetivo do processo de pseudonimização é reduzir os riscos para o titular dos dados em possíveis vazamentos, uso indevido ou não autorizado.⁹¹⁴ Para tanto, são empregadas tecnologias que desestruturam os dados e os mantêm em diferentes bancos de dados, que devem ser seguros e controlados.⁹¹⁵ A identificabilidade do titular dos dados só volta a ser possível quando meios técnicos específicos forem empregados na reestruturação do conjunto de dados, que podem utilizar, inclusive de criptografia ou tecnologia semelhante.⁹¹⁶ A desnaturação permanente ou temporária dos dados pessoais, não exime os agentes de tratamento dos deveres previstos na legislação de proteção de dados pessoais.⁹¹⁷

A LGPD não sistematizou a matéria da pseudonimização, mas trouxe apontamentos sobre o tema no art. 13, que disserta sobre o regramento do tratamento de dados para a realização de pesquisas na área da saúde pública. Nos termos do parágrafo quarto do art. 13, a pseudonimização consiste no tratamento “(...) por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional

⁹¹³ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR)*. Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bswxh6n>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁹¹⁴ Quando esses dados estão guardados no mesmo lugar, corre-se o risco de grandes vazamentos comprometerem direitos e garantias dos seus titulares. Nesse sentido, cabe mencionar os recentes vazamentos de grandes bancos de dados no Brasil: NAKAGAWA, Liliane. [Retrospectiva 2021] Vazamentos de dados que marcaram o ano. Tecmasters. São Paulo, 28 dez. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p886rwa>. Acesso em: 12 jan. 2022; MEGAVAZAMENTO de dados de 223 milhões de brasileiros: o que se sabe e o que falta saber. In: G1, Tecnologia. São Paulo, 28 jan. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yswzwxzx>. Acesso em: 12 jan. 2022;

⁹¹⁵ Nesse ponto, é importante mencionar que o art. 13, do Decreto 8.771/2016, que regulamenta o MCI, já previa a obrigatoriedade de adoção de tecnologias que garantissem padrões de segurança adequados à inviolabilidade dos dados (criptação ou outras medidas protetivas equivalentes). BRASIL. *Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016*. Marco Civil da Internet. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2uwssevz>. Acesso em: 12 jan. 2022.

⁹¹⁶ Bruno Ricardo Bioni pontua que a pseudonimização “(...) não é considerada uma técnica de anonimização. Isso porque se substituem, apenas, os identificadores diretos – e.g., nome, CPF etc. – por pseudônimos – e.g., números aleatórios, de modo que a pessoa permanece sendo identificável em razão de tais pseudônimos serem um retrato detalhado indireto delas.” BIONI, Bruno Ricardo. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords). *Lei Geral de proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018): A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 39.

⁹¹⁷ CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 159.

mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.”⁹¹⁸ Na literatura jurídica, Bruno Ricardo Bioni aponta que:

Diferentemente da GDPR, a legislação de proteção de dados pessoais brasileira não sistematizou adequadamente a figura da pseudoanonimização, muito menos desenhou normativamente incentivos expressos para a sua adoção por parte dos agentes de tratamento de dados. Enquanto o regulamento europeu previu até mesmo o relaxamento de algumas obrigações legais, a lei geral brasileira de proteção de dados pessoais apenas citou pseudoanonimização de forma assistemática.⁹¹⁹

Contudo, a LGPD traz algumas menções em diferentes pontos do texto normativo sobre a anonimização dos dados “sempre que possível”, visando minimizar os riscos da atividade de tratamento.⁹²⁰ Tais passagens parecem se referir implicitamente à pseudononimização, principalmente quando se considera os princípios da segurança e da prevenção, previstos no art. 6º, incisos VII e VIII, da LGPD.⁹²¹

O princípio da segurança refere-se à “utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.” Já o princípio da prevenção diz respeito à “adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.”⁹²² Nessa linha, a pseudoanonimização é uma medida concreta que reduz os impactos ou incidentes de segurança, pois dificulta os ciberataques ou o uso irregular dos dados por terceiros que fazem parte, por exemplo, da rede publicitária digital.

Cabe pontuar, também, que a noção jurídica de “identificabilidade” é cambiante e dinâmica.⁹²³ Esse foi um dos motivos para a adoção do termo “pessoa natural identificável” na LGPD. Trata-se de um conceito moldável que depende das possibilidades tecnológicas disponíveis no momento do tratamento dos dados.⁹²⁴ A capacidade de identificação relaciona-

⁹¹⁸ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁹¹⁹ BIONI, Bruno Ricardo. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords). *Lei Geral de proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018): A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. 44-45.

⁹²⁰ Art. 7º, IV; art. 11, II, alínea c; art. 13, caput; e, art. 16, II, todos da LGPD.

⁹²¹ BIONI, Bruno Ricardo. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. Op. cit., p. 45-47.

⁹²² BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁹²³ CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 160.

⁹²⁴ Em tese realizada no Programa de Doutorado em Ciência da Computação do MIT, Latanya Sweeney descobriu que cerca de 87% da população norte-americana estava suscetível de ter sua identidade descoberta a partir de três dados básicos (data de nascimento, sexo e CEP). Com o avanço das técnicas de reidentificação e do acúmulo de dados advindos de rastreadores físicos e virtuais, os custos e o tempo com esse procedimento, estão

se, assim, com o chamado “estado da arte” do desenvolvimento tecnológico.⁹²⁵ Essa concepção bebe na fonte teórica dos “riscos do desenvolvimento” e foi densificada no art. 44 da LGPD, sobre a responsabilidade civil dos agentes de tratamento.⁹²⁶ ⁹²⁷ Diante dessa instabilidade conceitual que se move de acordo com o desenvolvimento tecnológico, a LGPD trouxe a noção de “dado anonimizado” e “anonimização”.

Conforme a redação do art. 5º, inciso III, da LGPD, dado anonimizado é aquele “(...) relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.” Esse processo ocorre através da adoção de softwares específicos de desagregação de dados ao seu titular (supressão, generalização, randomização), com o objetivo de reduzir os riscos aos direitos e garantias fundamentais, principalmente no que tange à privacidade.⁹²⁸ Tal processo é comumente utilizado para gerar o

diminuindo e se tornando mais eficazes. Para os cientistas de dados, a anonimização completa é uma “meta inatingível.” SWEENEY, Latanya. *Computational Disclosure Control. Primer on Data Privacy Protection*. Thesis (PhD in Philosophy in Electrical Engineering and Computer Science). Massachusetts Institute of Technology. Dept. of Electrical Engineering and Computer Science, maio 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/cnzpxwdx>. Acesso em: 12 jan. 2022. p. 20.

Na mesma linha das dificuldades com a anonimização, veja:

NARAYANAN, Arvind; Shmatikov, Vitaly. Myths and fallacies of ‘personally identifiable Information’. *Communications of the ACM*. V. 53, n. 6, jun. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p96bsf>. Acesso em: 11 jan. 2022;

RUBINSTEIN, Ira S; HARTZOG, Woodrow. Anonymization and Risk. *New York University Public Law*, v. 91, n. 703, p. 703-760, set. 2015. Disponível no SSRN: <https://tinyurl.com/yckky96k>. Acesso em: 12 jan. 2022;

TEIXEIRA, Lucas. Teoricamente impossível: problemas com a anonimização de dados pessoais. *Oficina Antivigilância*, [s./l.], 08 maio 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckza8yw>. Acesso em: 12 jan. 2021.

⁹²⁵ Para João Calvão da Silva, o estado da arte “não é um conceito determinado e fechado, mas um conceito movente carecido de aferição nas circunstâncias do caso, a sua moldura deve ser a possibilidade científica e técnica que se haja imposto no respectivo domínio e tenha passado a estar à disposição geral, mesmo que não haja ainda a praticada no respectivo ramo industrial.” SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 512.

⁹²⁶ O sentido jurídico dessa expressão refere-se à cognoscibilidade de um defeito frente ao estado da arte dos conhecimentos científicos e técnicos. Nesse sentido, ver: FERNANDES, Rafael Gonçalves. A responsabilização civil do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento e a Análise Custo-Benefício dessa prática. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, Lisboa, ano 7, n. 6, p. 1899-1927, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycypcfsd>. Acesso em: 12 jan. 2022.

⁹²⁷ No contexto da responsabilidade civil, João Calvão da Silva entende que o critério definidor está em averiguar se havia ou não cognoscibilidade e previsibilidade de defeito do produto no momento que o fornecedor o colocou no mercado de consumo. A análise pressupõe o mais avançado estado da arte do conhecimento técnico e científico existente. SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 511.

⁹²⁸ Nos termos do considerando n. 26 do GDPR: “Os princípios da proteção de dados não deverão, pois, aplicar-se às informações anónimas, ou seja, às informações que não digam respeito a uma pessoa singular identificada ou identificável nem a dados pessoais tornados de tal modo anónimos que o seu titular não seja ou já não possa ser identificado. O presente regulamento não diz, por isso, respeito ao tratamento dessas informações anónimas, inclusive para fins estatísticos ou de investigação.” Já o considerando n. 28, complementa que “a aplicação da pseudonimização aos dados pessoais pode reduzir os riscos para os titulares de dados em questão e ajudar os responsáveis pelo tratamento e os seus subcontratantes a cumprir as suas obrigações de proteção de dados. A introdução explícita da ‘pseudonimização’ no presente regulamento não se destina a excluir eventuais outras medidas de proteção de dados.” UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR)*.

conglomerado de dados que alimentam os algoritmos da inteligência artificial. O aperfeiçoamento das máquinas independe da identificação do usuário, uma vez que durante esse processo, se busca a extração de análises estatísticas sobre comportamentos previsíveis e corriqueiros no ciberespaço.

É nesse sentido que o legislador brasileiro inspirado no direito comunitário europeu atrelou a noção de “identificabilidade” à noção do “esforço razoável”, pois se “para a correlação entre um dado e uma pessoa, demandar-se um esforço fora do razoável, não há que se falar em dados pessoais. Nesse caso, o dado é considerado anônimo (...)”⁹²⁹ Assim, o processo de anonimização (art. 5º, inciso XI, da LGPD), ocorre quando os agentes de tratamento empregam “(...) meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo.”⁹³⁰

É nesse ponto que se encontra a delimitação entre dado anônimo e dado pseudononimizado. Os dados anônimos não estão sujeitos à incidência da LGPD. Isso ocorre porque a desvinculação da informação à pessoa do seu titular se deu de forma definitiva. Não há possibilidade de reidentificá-lo pelo critério da irreversibilidade. Já os dados pseudononimizados ainda são capazes de atrair a incidência da LGPD. Nesses casos, como visto, há possibilidade de identificação ou reidentificação do seu titular, pois o agente de tratamento aplicou apenas uma tecnologia de anonimização temporária e reversível. Inclusive a LGPD traz a possibilidade de reversão no art. 12, caput, quando afirma que os dados continuarão sob o escrutínio do regimento de proteção de dados em duas hipóteses: (i) se o processo de anonimização for revertido pelos meios próprios do agente de tratamento; ou, (ii) se “com esforços razoáveis, puder ser revertido.”⁹³¹

O “esforço razoável” parte de dois critérios objetivos ligados ao “custo” e ao “tempo” e de um critério subjetivo acerca dos “meios próprios” de reversão da anonimização. Todos os critérios possuem menção expressa no art. 12, parágrafo primeiro, da LGPD.⁹³² Em primeiro

Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bswxh6n>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁹²⁹ BIONI, Bruno Ricardo. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords). *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018): A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 41.

⁹³⁰ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁹³¹ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁹³² Vide redação do dispositivo legal: “Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais

lugar, os critérios objetivos visam auxiliar o intérprete na atividade de identificar se a vinculação do dado anônimo à pessoa do seu titular era tecnicamente possível frente ao estado da arte da tecnologia, ou seja, se era excessivamente moroso ou custoso reverter o processo de anonimização.⁹³³ Em segundo lugar, o critério subjetivo visa identificar se a organização responsável pelo tratamento possui meios próprios tecnológicos para reverter o processo de anonimização. Se ela possuir tais meios, os dados não serão considerados anônimos, uma vez que ela, por si própria, é capaz de identificar novamente os titulares dos dados. Tais dados serão considerados, portanto, pseudoanonimizados. Da mesma forma, quando tal organização transfere dados desvinculados dos seus titulares para uma terceira organização, que consegue reverter o processo, os dados também serão considerados pseudoanonimizados e farão incidir a LGPD.

Conforma aponta Bruno Ricardo Bioni, não existem parâmetros *ex ante* bem definidos para delimitar o processo de anonimização e de possível reidentificação dos dados à pessoa do seu titular. Isso ocorre porque a opção brasileira foi pelo conceito aberto da razoabilidade, o que evita que o texto normativo se torne obsoleto frente ao rápido desenvolvimento tecnológico. Trata-se de uma concepção ligada à neutralidade tecnológica.⁹³⁴

Por fim, diante da complexidade e multiplicidade de elementos caracterizadores dos dados pessoais, Hert e Gutwirth entendem que as leis de proteção de dados pessoais deveriam ser modificadas para passar a abranger toda e qualquer categoria de dados, tratando a temática de forma unificada. Para os autores, a presença de diferentes diplomas normativos que classificam os dados, acaba por dificultar a proteção da pessoa natural frente aos abusos cometidos por grandes sociedades empresárias que coletam e tratam o “superávit

para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido. § 1º A determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios.” Ibid.

⁹³³ A concepção do “tempo” e do “custo” da operação de reversão dos dados anonimizados pode ser observada no acordo Breyer sobre endereços de IP dinâmicos e julgado no Tribunal de Justiça da União Europeia. Nessa linha, veja o artigo científico: BORGESIU, Frederik Zuiderveen. The Breyer Case of the Court of Justice of the European Union: IP Addresses and the Personal Data Definition. *European Data Protection Law Review*, v. 3, n. 1, p. 130-137, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yezmrpbcc>. Acesso em: 12 jan. 2022.

⁹³⁴ Conforme aponta o autor: “o conceito de ‘technology-neutral regulation’ tem sido evocado para se discutir o desenho de modelos regulatórios capazes de estimular e acompanhar o desenvolvimento tecnológico, sem engessá-lo nem ser permissivo a riscos.” BIONI, Bruno Ricardo. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords). *Lei Geral de proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018): A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 42.

comportamental”.⁹³⁵

Assim, se a definição de dados pessoais se tornar uma barreira à aplicação dessas regras protetivas, com uma interpretação restritiva, “isso não deve ser considerado um motivo para descartar a proteção de dados, mas um forte sinal para começar a pensar a desenvolver uma nova geração de regras de proteção de dados (...)” (tradução nossa).⁹³⁶ Os autores mencionam, inclusive, que o tema seria melhor tratado como “proteção de dados, só isso.” (tradução nossa).⁹³⁷

Para Koops, as leis de proteção de dados pessoais apresentam imprecisões importantes e lacunas relacionadas ao estado atual do desenvolvimento tecnológico. A partir do momento que tais leis abrangem no seu escopo material apenas os riscos e danos associados ao processamento de dados pessoais, elas parecem deixar em aberto os riscos da perfilização e da mineração de dados anônimos. Essa constatação é importante quando tais atividades podem representar ameaças aos direitos e liberdades de toda a coletividade, tal como abordado na seção 1.1.4, desta tese.⁹³⁸

A visão expansionista encontra resistências na literatura jurídica. É nessa linha que Purtova apresenta as críticas e os riscos relacionados à expansão conceitual de dados pessoais.⁹³⁹ Na mesma medida em que o tratamento de dados é sofisticado, seja pela maior extensão da coleta, do poder preditivo dos algoritmos ou pela facilidade de armazenamento de quantidades estratosféricas de dados, uma miríade de dados antes tidos como irrelevantes

⁹³⁵ GUTWIRTH, Serge; HERT, Paul De. Regulating profiling in a democratic constitutional state. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008. p. 289.

⁹³⁶ “Consequently, if the definition of ‘personal data’ (‘any information relating to an identified or identifiable natural person’) turns out to be a barrier to the application of data protection rules, this should not be taken as a reason to discard data protection but as a strong signal to start thinking and devising a new generation of data protection rules (...)” Ibid.

No mesmo sentido da necessidade de um novo regime de proteção de dados:

SCHREURS, Wim; HILDEBRANDT, Mireille; KINDT, Els; VANFLETEREN, Michael. Cogitas, Ergo Sum: the role of Data Protection Law and Non-discrimination Law in Group Profiling in the private sector. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008. p. 269.

⁹³⁷ GUTWIRTH, Serge; HERT, Paul De. Regulating profiling in a democratic constitutional state. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008. p. 289.

⁹³⁸ KOOPS, Bert-Jaap. On Decision Transparency, or How to Enhance Data Protection after the Computational Turn. In: HILDEBRANDT, Mireille; VRIES, Katja. *Privacy, due process and the computational turn: the philosophy of law meets the philosophy of technology*. Abingdon: Routledge, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/mud57w5k> e <https://tinyurl.com/4x98fweu>. p. 197.

⁹³⁹ PURTOVA, Nadezhda. The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 10, n. 1, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8r4efx>. Acesso em: 12 jan. 2022. p. 65.

passam a ser considerados dados pessoais, pois se (re)interligam à pessoa natural, de uma ou outra forma e conseguem “dizer algo” sobre ela.

O escopo material do RGPD, ambiente de análise de Purtova, estimula indiretamente a ampliação conceitual não apenas de dados pessoais, mas de diferentes temas correlatos, quando se estabelece uma margem discricionária para que o intérprete (o Judiciário ou a autoridade administrativa competente) aplique a norma. Como resultado, o RGPD - e acrescenta-se a LGPD - poderia se tornar “a lei de tudo” em um curto espaço de tempo.⁹⁴⁰ Oferecer um padrão elevado de proteção jurídica a todo e qualquer dado, sem escaloná-los em nível de importância e impactos negativos ao titular, pode acarretar a ineficácia desse diploma normativo diante da dimensão incalculável do big data. A consequência negativa dessa expansão estaria na “sobrecarga do sistema” protetivo dos dados pessoais.

Contudo, as críticas à expansão do conceito de dados pessoais partem da análise de dados isolados, que possuem pouca relevância jurídica apta a atrair a aplicação do RGPD. O próximo tópico tem como objetivo mostrar que o conceito de dado pessoal se torna secundário diante da formação de perfis comportamentais dos usuários da internet. A própria formação dos perfis individuais com dados multivariados já é suficiente para fazer incidir a legislação relativa à proteção de dados, uma vez que eles possuem a função central de segmentar públicos e discriminar pessoas, tendo como base as ações humanas tomadas no mundo físico e digital. A problemática está, na verdade, quando os perfis são coletivos e não há uma clara identificação dos titulares dos dados.

2.2.2 As peculiaridades da perfilização automatizada (para fins publicitários) na LGPD

A perfilização é uma atividade de segregação e sistematização de informações pessoais, com uma metodologia científica predefinida. No ciberespaço, a perfilização diz respeito à prática comercial de formação de perfis individuais ou coletivos dos usuários da internet, com o objetivo de transformar dados brutos em informações rentáveis. A rentabilidade advém da descoberta de novos “gatilhos” comportamentais aptos a criar formas de impactar e influenciar determinado público ou pessoa-alvo.

Em geral, os perfis podem dizer respeito, por exemplo, às questões de crédito no mercado de consumo,⁹⁴¹ aos prontuários de um paciente que realiza tratamento médico, à ficha

⁹⁴⁰ Ibid.

⁹⁴¹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Nova Lei do Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, com as alterações da Lei*

criminal de uma pessoa monitorada pelo Judiciário, à análise de risco em operações comerciais securitárias e ao monitoramento do comportamento humano nas suas ações diárias para fins de segmentação publicitária.⁹⁴² A perfilização, portanto, não é uma novidade em si.⁹⁴³ Ela já vem sendo utilizada há décadas para a criação de probabilidades, generalizações e estereótipos de comportamentos humanos.⁹⁴⁴ A novidade está na sua feitura automatizada e baseada em uma riqueza de dados e de tecnologias de renderização das emoções.⁹⁴⁵

A perfilização automatizada consiste na utilização de um conglomerado de tecnologias (hardwares), que empregam algoritmos e outras técnicas (softwares) destinados à análise de uma enorme quantidade de dados coletados de equipamentos eletrônicos.⁹⁴⁶ O objetivo da perfilização automatizada está na mineração de novas informações e na construção de inferências sobre a conduta humana pretérita, atual ou futura. Nessa linha, o big data e a IoT reforçam “(...) a capacidade de encontrar links e correlações, o que permite que os aspectos da personalidade ou comportamento, interesses e hábitos de um indivíduo sejam determinados,

Complementar n. 166/2019 e de acordo com a LGPD. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019;

OLIVA, Milena Donato; VIÉGAS, Francisco de Assis. Tratamento de dados para a concessão de crédito. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 555-594.

⁹⁴² Essas temáticas foram alvo de obra coletiva publicada em 2020. O autor desta tese é autor de um dos artigos científicos. Para consultar a coletânea, veja: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim de Cerqueira. (coords.). *Inteligência Artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

⁹⁴³ Nem mesmo a perfilização de crédito é uma construção recente. O CDC já na década de 1990 buscou regular essa prática comercial nos arts. 43 e seguintes, trazendo o direito do consumidor de controlar as suas informações pessoais, tal como o direito de acesso, retificação e cancelamento e a principiologia da transparência, qualidade (exatidão das informações) e limitação temporal. Alguns autores entendem que o CDC disciplinou no art. 43, quaisquer bancos de dados e cadastros de consumidores, não apenas aqueles ligados ao crédito. De acordo com Bruno Bioni “Note-se a amplitude do dispositivo em questão, que alcança todo e qualquer dado pessoal do consumidor, indo muito além, portanto, dos bancos de dados de informações negativas para fins de concessão de crédito. A racional do legislador foi alcançar todo e qualquer banco de dados que atinja o livre desenvolvimento da personalidade do consumidor.” BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

⁹⁴⁴ Nesse sentido: RAFTER, Rachel; SMYTH, Barry. Passive Profiling from Server Logs in an Online Recruitment Environment. *Anais de evento: Workshop on Intelligent Techniques for Web Personalization at the 17th International Joint Conference on Artificial Intelligence*, Seattle, Washington, USA, August 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/da5tz4cj>. Acesso em: 12 jan. 2022.

⁹⁴⁵ CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁹⁴⁶ A noção de “computação autônoma” surgiu em 2001, com uma palestra de Paul Horn, vice-presidente sênior da IBM, momento em que se defendeu a possibilidade do comportamento autônomo das máquinas. Ele utilizou o termo “autônomo” para se referir indiretamente à biologia e os sistemas nervosos autônômicos que funcionam independentemente da consciência ou intervenção humana. Nessa linha, o objetivo da computação autônoma é prevenir e solucionar os problemas da complexidade de softwares, fornecendo uma rede de autogerenciamento virtual baseada na autoconfiguração, auto-reparação, auto-otimização, autoproteção. HILDEBRANDT, Mireille. Defining profiling: a new type of knowledge? In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008. p. 28.

analisados e previstos.” (tradução nossa).⁹⁴⁷

Passa-se, assim, do “ruído à informação e da informação ao conhecimento especializado”.⁹⁴⁸ O panorama técnico já foi abordado na seção 1.1.2, oportunidade em que a perfilização foi apresentada como a terceira etapa do tripé tecnológico da publicidade comportamental online. Nesta seção, o objetivo está em aprofundar as questões teóricas ligadas à classificação doutrinária entre perfis de grupo e perfis individuais, além de revelar o seu delineamento legal na LGPD e o potencial discriminatório da análise publicitária comportamental online, o que pode tornar a formação de perfis, em algumas situações, uma prática abusiva e que reforça desigualdades.

Nessa linha, Mireille Hildebrandt entende a formação de perfis como o processo ou técnica que visa “descobrir correlações entre dados em bancos de dados que podem ser usados para identificar e representar um sujeito humano (pessoa singular) ou não humano (grupo).” Além disso, a perfilização pode visar “a aplicação de perfis (conjunto de dados correlacionados) para individualizar e representar um sujeito ou para identificar um sujeito como membro de um grupo ou categoria.” (tradução nossa).⁹⁴⁹

Estereotipar comportamentos humanos permite aos agentes de tratamento dominar antecipadamente quais serão as ações que os usuários perfilados tomarão.⁹⁵⁰ Tal técnica é denominada de predição comportamental e oferece uma riqueza de informações sobre pretensões coletivas e/ou individuais, que nem mesmo os indivíduos passivos - aqueles que têm o seu perfil traçado - dominam.

Diante dos potenciais riscos da utilização comercial da perfilização à autonomia privada, à privacidade, à liberdade de expressão ou à proteção do regime democrático, como visto na seção 1.1.4, a União Europeia foi pioneira em estabelecer limites legais para a utilização comercial dessa técnica. Tais preocupações estavam no cerne das discussões para a aprovação do GDPR e foram consubstanciadas no seu artigo 4º:

‘Definição de perfis’, qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais

⁹⁴⁷ “The widespread availability of personal data on the internet and from Internet of Things (IoT) devices, and the ability to find correlations and create links, can allow aspects of an individual’s personality or behaviour, interests and habits to be determined, analyzed and predicted.” UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*. Adopted on 3 October 2017. As last Revised and Adopted on 6 February 2018. Bruxelas. Disponível em: <https://tinyurl.com/29kwshra>. Acesso em: 5 jan. 2022. p. 7.

⁹⁴⁸ HILDEBRANDT, Mireille. *Defining profiling: a new type of knowledge?* Op. cit., p. 28.

⁹⁴⁹ “The process of ‘discovering’ correlations between data in databases that can be used to identify and represent a human or nonhuman subject (individual or group) and/or the application of profiles (sets of correlated data) to individuate and represent a subject or to identify a subject as a member of a group or category.” Ibid., p. 19.

⁹⁵⁰ SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities, and stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/mu4kd6nb>. Acesso em: 12 jan. 2022.

que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma *pessoa singular*, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações. (destaque nosso).⁹⁵¹

Nessa linha, as leis de proteção de dados, especialmente o GDPR e a LGPD apenas se aplicam aos perfis quando os elementos caracterizadores de dados pessoais estão presentes no caso concreto. A identificabilidade do titular é o principal pressuposto que vincula os dados a uma pessoa. Se ele não esteve presente, os dados serão considerados anônimos e, portanto, fora do escopo desse regime protetivo.

Portanto, a “identificabilidade” e “singularidade” do titular são pressupostos essenciais de incidência da proteção de dados pessoais. Contudo, a atividade de perfilização é mais complexa e pode ser realizada individualmente ou por grupos, se referindo a um conglomerado de pessoas naturais ao mesmo tempo.

A perfilização individual (ou direta) tem como escopo o tratamento de dados de uma pessoa singular, quando, por exemplo, informações registradas em cookies ou em equipamentos de sensoriamento ambiental são coletadas com a finalidade de realizar alguma análise de interesse do agente de tratamento. Parte-se, assim, de um conglomerado de dados multivariados que estão intrinsecamente ligados à pessoa do seu titular. O propósito de criação de perfis individuais está na avaliação de riscos e de oportunidades definida unilateralmente pelos agentes de tratamento, tal como ocorre nas análises administrativas para concessão de crédito ou seguro.⁹⁵² Trata-se de uma ferramenta tecnológica que realiza um levantamento sobre o titular dos dados.

A perfilização coletiva (ou indireta) parte da coleta de dados extraídos de pessoas naturais que não são previamente identificadas, já que o objetivo é formar um grupo populacional e extrair inferências globais sobre aspectos específicos do comportamento humano generalizado.⁹⁵³ Tais grupos são organizados de acordo com os critérios estabelecidos pelos agentes de tratamento. Eles possuem identidades e finalidades das mais diversas ordens, mas visam precipuamente segmentar públicos com base em critérios biológicos, econômicos,

⁹⁵¹ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR)*. Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bswxh6n>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁹⁵² FERRARIS, Valeria; BOSCO, Francesca; D'ANGELO, Elena. The Impact of profiling on fundamental rights. *Working paper*. Project: Protecting citizens' rights fighting illicit profiling. 2013. Disponível na SSRN: <https://tinyurl.com/y6wyf4su>. Acesso em: 12 jan. 2022. p. 3-4.

⁹⁵³ HILDEBRANDT, Mireille. Profiling: from data to knowledge. *Datenschutz und Datensicherheit*. [s.l.], v. 20, n. 9, p. 548-552, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/wn6e8f88>. Acesso em: 12 jan. 2022.

sociais, políticos e culturais. Assim, “basta então identificar um sujeito como membro de determinado grupo, ou seja, com a pessoa virtual correspondente, para poder inferir, para esse sujeito, conhecimentos herdados do próprio grupo: comportamento provável, atributos, riscos, etc.”⁹⁵⁴

Enquanto a perfilização individual parte da identificabilidade do titular dos dados, a perfilização coletiva prescinde dessa constatação porque parte da identificabilidade de afinidades grupais. Essa leitura é importante para compreender os limites da abrangência da LGPD nessa atividade de tratamento de dados. Quando levada em consideração a conceituação de dados pessoais delineada na seção anterior, enquanto o perfil individual trabalha precipuamente com dados pessoais, o segundo atuaria com dados anônimos.

Ressalta-se, nesse ponto, que a LGPD não trouxe um conceito de perfilização, tal como o GDPR. Todavia, mencionou o termo “perfil” em duas oportunidades: (i) para esclarecer o conteúdo dos perfis (conteúdo dos perfis comportamentais, vide art. 12, § 2º, da LGPD); e, (ii) para delinear os direitos do titular dos dados frente às tecnologias empregadas para a formação autônoma de perfis individuais (decisões automatizadas). As duas situações foram abordadas abaixo.

Na primeira situação, por meio do art. 12, § 2º, da LGPD, o legislador brasileiro ampliou o próprio conceito de dados pessoais, quando afirmou que “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.”⁹⁵⁵ Tal opção é uma decorrência lógica da complexidade e da multivariabilidade do conteúdo dos perfis que podem somar dados de contagem de passos, movimentações de cursor de tela e batimentos cardíacos para vinculá-los a outros dados ligados à idade, sexo, doenças, etc. Portanto, “qualquer informação pode ser usada para construir perfis e os dados pessoais são uma parte importante dessa informação.”⁹⁵⁶

As considerações realizadas no tópico anterior, sobre o conceito de dado pessoal, seriam parcialmente irrelevantes para a aplicação da LGPD em perfis individuais, uma vez que

⁹⁵⁴ HILDEBRANDT, Mireille. Defining profiling: a new type of knowledge? In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008. p. 35.

⁹⁵⁵ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022. Grifos nossos.

⁹⁵⁶ GUTWIRTH, Serge; HERT, Paul De. Regulating profiling in a democratic constitutional state. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008. p. 246.

o art. 12, § 2º, da LGPD desconsidera a natureza do dado que o compõe. Quando se optou por tal redação legal, o legislador parece ter privilegiado os possíveis impactos da perfilização dos direitos e garantias do titular dos dados pessoais. Contudo, tal dispositivo legal não deixou de exigir a identificabilidade do seu titular singular, o que exclui, em interpretação *contrario sensu*, os perfis coletivos da abrangência do regime protetivo dos dados pessoais. Não há, nesses casos, um indivíduo singular identificado. Esse fato desnatura o conceito de dado pessoal para a LGPD.

Apesar disso, Bruno Bioni em interpretação sistemática e expansionista de dados pessoais, entende que os dados anônimos que compõe os perfis comportamentais coletivos estão abrangidos pela LGPD porque “(...) o foco não está no dado, mas no seu uso - para a formação de perfis comportamentais - e sua consequente repercussão na esfera do indivíduo.”⁹⁵⁷ Partindo de uma análise acerca dos riscos do tratamento de dados realizado com o fim de criar perfis coletivos, o autor entende que a interpretação extensiva é a melhor técnica a ser aplicada nesses casos:

Garante-se, com isso, uma *exegese* que torna o § 2º do art. 12 aplicável e não “letra morta”. E, sobretudo, coerente com o conceito de dado pessoal que foi desenhado e é vocacionado para expandir a proteção da pessoa natural com relação às situações nas quais a atividade de tratamento de dados - mesmo anonimizados - afeta o livre desenvolvimento da sua personalidade. Caso contrário, prevalecendo uma interpretação literal do dispositivo em questão, a própria lei e um dos seus fundamentos seriam esvaziados. (...). Com isso, facilita-se, dentre outras coisas, a percepção de que o tratamento de dados - sejam eles anônimos ou pessoais - que submeta uma coletividade ou uma pessoa a processos de decisões automatizadas deve estar dentro do escopo normativo da proteção dos dados pessoais. Essa é uma chave de leitura essencial para a compreensão da matéria na cultura jurídico-legal brasileira e dos desafios regulatórios de uma sociedade e uma economia cada vez mais movidas por dados.⁹⁵⁸

A leitura de Bioni acerca desse dispositivo legal deriva das discussões realizadas durante a longa tramitação do Projeto de Lei no Congresso Nacional, que em determinado momento contava com uma redação expansionista para os dados que compõe os perfis comportamentais. O Projeto de Lei n. 5276/2016, encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, previa no seu art. 13, § 1º, que seriam considerados “como dados pessoais

⁹⁵⁷ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

No mesmo sentido:

ZANATTA, Rafael A. F. *Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Mimeo. In: ResearchGate, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9b7ssn>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁹⁵⁸ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

para os fins desta Lei os dados utilizados para a formação do perfil comportamental de uma determinada pessoa natural, *ainda que não identificada*.” (grifo nosso).⁹⁵⁹ Mesmo nessa situação, a referência à perfilização permaneceu centrada na ideia da pessoa singular, mas poderia abranger os perfis coletivos quando aplicados à determinada pessoa não identificada, tal como ocorre em algumas situações de direcionamento publicitário por segmentos.

Nesse ponto, surge a dúvida sobre a natureza jurídica dos perfis individuais, se de dados pessoais, tal como mencionado expressamente no art. 12, § 2º, da LGPD, ou se de dados pessoais sensíveis. A dúvida surge quando a técnica legislativa ficou confusa ao incluir tal artigo de lei na seção II (do tratamento de dados pessoais sensíveis), dentro do capítulo II (do tratamento de dados pessoais).⁹⁶⁰ Essa confusão pode ter derivado das inúmeras alterações realizadas durante a tramitação do Projeto. Na proposta original, tal artigo estava dentro do título “requisitos para o tratamento” e não na seção acerca dos dados pessoais sensíveis. Não se trata de mero preciosismo interpretativo suscitar tal discussão da natureza jurídica dos perfis comportamentais. Considerar a formação de perfis como pertencentes à categoria de dados sensíveis aumenta consideravelmente o grau de exigências na realização do tratamento de dados pessoais para os fins comerciais, tal como a necessidade de consentimento específico, destacado e para finalidades específicas.⁹⁶¹

Na segunda situação, prevista no art. 20, caput, da LGPD, os perfis individuais ficaram sujeitos à revisão da decisão automatizada, caso o tratamento de dados pessoais afete os interesses do seu titular.⁹⁶² ⁹⁶³ O dispositivo legal prevê o direito de revisão pelo titular dos

⁹⁵⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.276/2016*. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. Autoria: Poder Executivo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/ad7tjzyn>. Acesso em: 12 jan. 2022.

⁹⁶⁰ Ibid.

⁹⁶¹ Vide redação do art. 11, inciso I da LGPD: BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁹⁶² A revisão do tratamento automatizado não precisa ser realizada por humanos de forma manual. Isso ocorre porque a redação original do art. 20, caput da LGPD, foi alterada por duas vezes e a partir da vigência da Lei n. 13.853/2019, a expressão que mencionava o direito do titular de “solicitar revisão por pessoa natural” do tratamento automatizado foi suprimida do texto legal.

⁹⁶³ Cabe pontuar, também, que o direito de revisão de decisões automatizadas não é novo no Brasil. Desde 2011, com a Lei do Cadastro Positivo, já havia previsão dessa revisão no seu art. 5º, inciso VI. Conforme apontam Bioni, Monteiro e Oliveira, ainda em 2018, antes da modificação promovida pela Lei n. 13.853/2019, “o direito de uma revisão por uma pessoa natural de tomada de decisão automatizada que impacta os titulares de dados (art. 22) não é novo para o sistema legal brasileiro. Ele foi fornecido em relação aos modelos de *credit scoring* pela Lei do Cadastro Positivo juntamente com o direito à explicação que incluiria não apenas os dados usados pelo algoritmo, mas também os critérios usados para o processamento, limitados ao sigilo comercial e levando em consideração direito de propriedade intelectual.” LEITE MONTEIRO, Renato; GDPR Matchup: Brazil's General Data Protection LAW. *IAPP*, São Paulo, 4 out. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/5fpnksf7>. Acesso em: 12 jan. 2022.

dados diante de qualquer tratamento automatizado, incluindo nesse rol a construção do perfil “pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade”.⁹⁶⁴

A LGPD não trouxe, contudo, uma cláusula proibitiva, tal como aquela presente no art. 22 do GDPR, que estabelece o direito do titular de dados de não se submeter às decisões exclusivamente automatizadas, “(...) incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.”⁹⁶⁵ Existem ressalvas à essa proibição ligadas às bases legais do tratamento de dados, mas o ponto central está na proibição de perfilização que afete os direitos e interesses do titular dos dados. Conforme anota Danilo Doneda, “no profiling, estão em jogo não somente aspectos da privacidade do consumidor, porém da sua própria autonomia decisional e liberdade de escolha.”⁹⁶⁶

Todavia, a publicidade comportamental só seria vedada pelo art. 22 do GDPR, se o agente de tratamento utilizasse de alguma técnica abusiva e violadora da esfera jurídica do titular. Para Galli, o mero direcionamento de anúncios publicitários é insuficiente para invocar a aplicação desse mecanismo legal, pois não gera efeitos maléficos significativos ou comprovados aos titulares.⁹⁶⁷ Nesse ponto, o Grupo de Trabalho 29, já elencou três situações que indicam uma perturbação significativa na esfera jurídica do titular dos dados.

Assim, a decisão automatizada será proibida na União Europeia se ela: (i) afetar de forma significativa o comportamento ou as escolhas dos indivíduos envolvidos; (ii) gerar um impacto prolongado ou permanente ao titular; ou, (iii) levar à exclusão ou discriminação ilícita de pessoas.⁹⁶⁸ Para além disso, o Grupo especificou quando a publicidade comportamental

⁹⁶⁴ Vide redação do art. 20 da LGPD. BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁹⁶⁵ Vide redação do art. 22 do GDPR: “(1) O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar. (2). O n.1 não se aplica se a decisão: a) For necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento; b) For autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados; ou c) For baseada no consentimento explícito do titular dos dados.” UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR)*. Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bswxh6n>. Acesso em: 8 jan. 2022.

⁹⁶⁶ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 64.

⁹⁶⁷ GALLI, Federico. Online Behavioural advertising and unfair manipulation between the GDPR and the UCPD. In: EBERS, Martin; GAMITO, Marta Cantero (eds.). *Algorithmic Governance and Governance of Algorithms: Legal and Ethical Challenges*. Cham: Springer, 2021. E-book. p. 118.

⁹⁶⁸ UNIÃO EUROPEIA. Comitê Europeu de Proteção de Dados. *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*. Brussels: EDPB, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/msnwh8sr>. Acesso em: 12 jan. 2022.

poderá ser considerada ilícita ou abusiva devido ao seu tratamento irregular de dados:

Em muitos casos típicos, a decisão de apresentar publicidade direcionada com base em perfis não terá um efeito significativo sobre os indivíduos, por exemplo, um anúncio de um grande canal de moda online com base em um perfil demográfico simples: 'mulheres na região de Bruxelas com idade entre 25 e 35 que provavelmente se interessarão por moda e certos itens de vestuário.' No entanto, é possível que sim, dependendo das características particulares do caso, incluindo:

- A intromissão do processo de criação de perfil, incluindo o rastreamento de indivíduos em diferentes sites, dispositivos e serviços;
- As expectativas e desejos dos indivíduos envolvidos;
- A forma como o anúncio é veiculado; ou usando o conhecimento das vulnerabilidades dos titulares dos dados visados.

O processamento que pode ter pouco impacto sobre os indivíduos geralmente pode de fato ter um efeito significativo para certos grupos da sociedade, como grupos minoritários ou adultos vulneráveis. Por exemplo, alguém conhecido ou com probabilidade de estar em dificuldades financeiras que é regularmente alvo de anúncios de empréstimos com juros altos pode se inscrever para essas ofertas e, potencialmente, incorrer em mais dívidas.

A tomada de decisão automatizada que resulta em preços diferenciados com base em dados pessoais ou características pessoais também pode ter um efeito significativo se, por exemplo, preços proibitivamente altos impedirem alguém de certos bens ou serviços. (tradução nossa).⁹⁶⁹

Apesar da inexistência da disposição proibitiva do tratamento automatizado na LGPD, é interessante notar que a perfilização para fins de crédito no Brasil conta com vedações específicas desde a entrada em vigor da Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011). A Lei traz um rol amplo de direitos e obrigações no processamento de dados pessoais. Trata-se de uma inovação legislativa que especificou e ampliou as disposições sobre a coleta de dados e a formação de “fichas e arquivos de consumo”, reguladas, até então, apenas no Código de Defesa do Consumidor. A Lei regula os bancos de dados relativos “a pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro.”⁹⁷⁰ Ela traz uma disciplina rigorosa para a formação de perfis de consumo, ao prever que apenas poderão

⁹⁶⁹ “In many typical cases the decision to present targeted advertising based on profiling will not have a similarly significant effect on individuals, for example an advertisement for a mainstream online fashion outlet based on a simple demographic profile: ‘women in the Brussels region aged between 25 and 35 who are likely to be interested in fashion and certain clothing items. However it is possible that it may do, depending upon the particular characteristics of the case, including: - the intrusiveness of the profiling process, including the tracking of individuals across different websites, devices and services; - the expectations and wishes of the individuals concerned; - the way the advert is delivered; or - using knowledge of the vulnerabilities of the data subjects targeted. Processing that might have little impact on individuals generally may in fact have a significant effect for certain groups of society, such as minority groups or vulnerable adults. For example, someone known or likely to be in financial difficulties who is regularly targeted with adverts for high interest loans may sign up for these offers and potentially incur further debt. Automated decision-making that results in differential pricing based on personal data or personal characteristics could also have a significant effect if, for example, prohibitively high prices effectively bar someone from certain goods or services.” Ibid., p. 22.

⁹⁷⁰ Conforme redação do art. 2o, inciso I da Lei do Cadastro Positivo. BRASIL. *Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011*. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4722nsdb>. Acesso em: 13 jan. 2022.

ser utilizadas “informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado.”⁹⁷¹

De acordo com o art. 3º, § 3º, da Lei do Cadastro Positivo, as informações excessivas e sensíveis estão proibidas de serem anotadas nos perfis de crédito.⁹⁷² Trata-se de uma vedação que foi inspirada na Diretiva 95/46, até então vigente na União Europeia, que proibia o tratamento de dados sensíveis sobre raça, etnia, opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas, filiação sindical, estado de saúde e opção sexual. A atual previsão legal dessa vedação está no art. 9º, do GDPR que também traz uma lista de exceções em que o tratamento desses dados será permitido.

Com base na visão europeia, a Lei do Cadastro Positivo estabeleceu que as “informações excessivas” são aquelas que não estão “vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor”,⁹⁷³ ou seja, que ultrapassam a necessidade da análise cadastral do consumidor para fins de crédito. Já as “informações sensíveis” são “aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.”⁹⁷⁴

Portanto, a perfilização para fins de crédito é mais restritiva que a perfilização em geral na LGPD.⁹⁷⁵ De acordo com Leonardo Roscoe Bessa, a previsão legal do cadastro de “bons pagadores” funcionada para limitar a perfilização pelos birôs de crédito, tal como a Serasa Experian, diante da “potencialidade ofensiva dos bancos de dados ao direito à privacidade”. Segundo o autor, “(...) para a proteção jurídica da privacidade é fundamental restringir, tanto no tempo, como na qualidade e quantidade, as informações que circulam pelos bancos de dados de proteção ao crédito.”⁹⁷⁶

Tais disposições restritivas não são contrárias à LGPD e, por este motivo, não sofreram

⁹⁷¹ Vide redação do art. 3º, § 1º. Ibid.

⁹⁷² Para Leonardo Roscoe Bessa “antes mesmo da edição, em 2011, da Lei 12.414, era possível sustentar, em razão do núcleo essencial do direito à privacidade (art. 5, X, da CF), que o tratamento de informações excessivas ou desvinculadas das finalidades específicas dos arquivos de consumo seria inconstitucional. O dispositivo comentado acima positiva tal entendimento.” BESSA, Leonardo Roscoe. *Nova Lei do Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, com as alterações da Lei Complementar n. 166/2019 e de acordo com a LGPD*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 90.

⁹⁷³ art. 3º, § 3º, inciso I, da Lei do Cadastro Positivo. BRASIL. *Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011*. Op. cit.

⁹⁷⁴ art. 3º, § 3º, inciso II, da Lei do Cadastro Positivo. Ibid.

⁹⁷⁵ Nessa linha, a LGPD “permite e disciplina o tratamento de dados sensíveis (art. 11). Todavia, na área de banco de dados para a proteção ao crédito, a lei foi expressa em vedar a utilização de tais informações. Entendeu o legislador que há uma desproporção entre fins e meios. Há tantas outras informações mais úteis - e menos sensíveis - que não se mostra razoável a utilização de tais dados para análise de risco na concessão de crédito.” BESSA, Roscoe. *Nova Lei do Cadastro Positivo*. Op. cit. p. 91.

⁹⁷⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. *Lei do Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414/2011*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.p. 93-94.

revogação tácita. Pontua-se, também, que tal vedação legal ao uso de dados sensíveis nos perfis de crédito, foi importante diante da alteração promovida pela Lei Complementar 166/2019, que modificou o art. 4º da Lei do Cadastro Positivo ao instituir o modelo *opt out* da abertura do cadastro positivo. A partir dessa alteração, os perfis para fins de crédito com as informações positivas passaram a ser abertos independentemente de consentimento, fornecendo, contudo, ao titular do perfil o direito de optar expressamente pela não realização desse tratamento de dados.⁹⁷⁷ A LGPD autoriza expressamente tal atividade, por meio do art. 7º, inciso X, que prevê a licitude do tratamento “para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.”⁹⁷⁸

Na esteira da definição de “**informações sensíveis**” na Lei do Cadastro Positivo (art. 3º, § 3º, II), a LGPD adotou a mesma lógica, mas ampliou o seu escopo ao prever que “**dado pessoal sensível**” se refere à “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico”, desde que tais dados sejam relativos à uma pessoa natural identificável (art. 5º, II).⁹⁷⁹ Dessa forma os dados sensíveis são compostos de informações que merecem um padrão mais elevado de proteção diante dos riscos que o seu processamento generalizado pode causar ao titular.

Diante do potencial lesivo e discriminatório que o tratamento irregular dessa categoria especial de dados pode gerar, a LGPD proibiu expressamente a comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis relativos à saúde, se a finalidade dos agentes de tratamento for a obtenção de vantagem econômica (art. 11, § 4º).

De uma forma mais ampla e abrangendo qualquer ato de tratamento de dados, a LGPD também proibiu que as operadoras de planos privados de assistência à saúde utilizem dados pessoais sensíveis de saúde “(...) para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários.” (art. 11, § 5º)⁹⁸⁰ Ela estabeleceu, ainda, que a ANPD tem competência para vedar ou restringir a comunicação ou o uso compartilhado de qualquer outra categoria de dado pessoal sensível empregado para auferir vantagem econômica (art. 11, § 3º).

⁹⁷⁷ THOMAZ, Alan Campos Elias. Privacidade e proteção de dados na indústria financeira. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 128-129.

⁹⁷⁸ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁹⁷⁹ Ibid.

⁹⁸⁰ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

Portanto, é possível afirmar que existem restrições à perfilização no que tange aos dados pessoais sensíveis de crédito e de saúde. A publicidade comportamental online não poderia, dessa forma, empregar tais categorias de dados sensíveis na atividade de perfilização, uma vez que se trata de uma atividade que visa vantagens econômicas e o compartilhamento de dados na cadeia publicitária. Nada impede, contudo, que os perfis coletivos empreguem dados sensíveis anonimizados, uma vez que se perde a conexão e identificabilidade com o seu titular.

Apesar disso, a literatura jurídica defende um posicionamento mais amplo acerca do dado pessoal sensível que vai além daquele conceito previsto na LGPD. Em muitos casos, o dado pessoal não é sensível na sua origem, mas pode tornar-se sensível a partir da análise baseada em perfis e em algoritmos.⁹⁸¹ Conforme aponta Bioni, “um dado ‘trivial’ pode também se transmutar em um dado sensível; particularmente, quando se têm disponíveis tecnologias que permitem correlacionar uma série de dados para prever comportamentos e acontecimentos.”⁹⁸²

Nessa linha, Danilo Doneda alerta que “um dado, em si, não é perigoso ou discriminatório - mas o uso que dele se faz, pode sê-lo.”⁹⁸³ Partindo dessa leitura expansiva, é possível incluir qualquer informação presente em um perfil individual como um dado pessoal sensível, quiçá, o próprio perfil seria considerado um dado sensível.⁹⁸⁴ Trata-se de uma visão que encontra guarida na ideia de Sandra Watcher acerca da existência de “inferências sensíveis” na atividade de perfilização, já que os agentes de tratamento se utilizam de algoritmos que

⁹⁸¹ Damian Clifford resume esse ponto ao comentar que: “(...) it appears relatively uncontroversial to suggest that by virtue of its content certain information will come within the scope of the sensitive personal data category and that personal data processing which is aimed at exploiting sensitive characteristics through inference as demonstrated by the purpose of the processing, will also come within Article 9(1) GDPR. In contrast, suggesting that processing which reveals information through which inferences may be made regarding sensitive characteristics irrespective of the purposes or intention of the controller falls within Article 9(1) GDPR is a far more provocative contention as it may further blur the lines between personal and sensitive personal data.” CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 191.

⁹⁸² BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021. p. 84.

⁹⁸³ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 162.

⁹⁸⁴ Conforme aponta Rodotá “(...) seja porque dados pessoais, aparentemente não ‘sensíveis’, podem se tornar sensíveis se contribuem para a elaboração de um perfil; seja porque a própria esfera individual pode ser prejudicada quando se pertence a um grupo do qual tenha sido traçado um perfil com conotações negativas. (...) para garantir plenitude à esfera pública, determinam-se rigorosas condições de circulação destas informações, que recém um fortíssimo estatuto ‘privado’, que se manifesta sobretudo pela proibição de sua coleta por parte de determinados sujeitos (por exemplo, empregadores) e pela exclusão de legitimidade de certas formas de coleta e circulação.” RODOTA, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Maria Celina Bodin de Moraes (organização, seleção e apresentação). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 56 e 64.

correlacionam muitos dados em conjunto e acabam por revelar informações sensíveis sobre o seu titular. Por este motivo, eles deveriam receber uma proteção mais elevada na sua implementação individual ou coletiva.⁹⁸⁵

Até esse ponto, é possível extrair as seguintes conclusões acerca da perfilização automatizada: (i) a formação de perfis individuais, por expressa previsão legal, está abrangida pela LGPD, podendo conter em seu bojo dados multivariados, pessoais ou não, inclusive dados sensíveis acerca do seu titular; (ii) existem vedações específicas à utilização de dados sensíveis de crédito e de saúde em práticas comerciais de perfilização individual; e, (iii) ainda não está claro se a LGPD se aplica aos perfis coletivos, uma vez que eles prescindem do elemento central da pessoa natural identificada. Essa constatação precisa ser mais bem delineada diante da insuficiência regulatória no que tange a atividade comercial de perfilização de usuários da internet.

Para esmiuçar a possibilidade de aplicação da LGPD aos perfis coletivos, empregou-se nesta tese a metodologia desenvolvida por Wim Schreurs, Mireille Hildebrandt, Els Kindt e Michael Vanfleteren.⁹⁸⁶

Os autores subdividem a perfilização coletiva em três etapas procedimentais que revelam: (i) a coleta de dados; (ii) a utilização de tecnologias de mineração; e, (iii) a aplicação dos perfis coletivos aos usuários de serviços oferecidos na internet.⁹⁸⁷ A subdivisão didática é útil porque auxilia na identificação da aplicação do regime protetivo de dados pessoais em cada etapa uma dessas etapas, o que evita simplificações diante da complexidade técnica dos perfis coletivos.

A primeira etapa diz respeito à coleta dos dados pessoais que irão subsidiar o conteúdo dos perfis coletivos. Quando dados pessoais são coletados para esse fim, mesmo que após a coleta haja a anonimização do dado, o regime protetivo dos dados pessoais deve ser aplicado para regular os limites dessa atividade de tratamento.⁹⁸⁸ Antes que a anonimização ocorra, os

⁹⁸⁵ WACHTER, Sandra. Affinity profiling and discrimination by association in online behavioural advertising. *Berkeley Technology Law Journal*. Berkeley, v. 35, n. 2, p. 367-430, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5b4atfsz>. Acesso em: 13 jan. 2022.

⁹⁸⁶ SCHREURS, Wim; HILDEBRANDT, Mireille; KINDT, Els; VANFLETEREN, Michael. Cogitas, Ergo Sum: the role of Data Protection Law and Non-discrimination Law in Group Profiling in the private sector. In: In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008. p. 246 e ss.

⁹⁸⁷ As etapas procedimentais da perfilização coletiva se assemelham à tríade tecnológica da publicidade comportamental online abordada no primeiro capítulo desta tese.

⁹⁸⁸ SCHREURS, Wim; HILDEBRANDT, Mireille; KINDT, Els; VANFLETEREN, Michael. Cogitas, Ergo Sum: the role of Data Protection Law and Non-discrimination Law in Group Profiling in the private sector. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008. p. 248.

dados relativos à pessoa natural, coletados do seu dispositivo eletrônico, mediante a utilização das tecnologias de extração, exigem a observância de alguma das bases legais autorizativas da coleta. No cenário brasileiro, tais bases legais estão presentes no art. 7º da LGPD. Na publicidade comportamental online, três bases legais são relevantes para justificar a regular coleta de dados pessoais para fins de perfilização e segmentação comportamental: (i) o consentimento do titular; (ii) o cumprimento de cláusulas contratuais; ou, (iii) o legítimo interesse dos agentes dos controladores ou de terceiros.⁹⁸⁹

Para além da escolha pela base adequada ao caso concreto, que na publicidade comportamental tende a ser voltada à exigência do consentimento do titular, os agentes de tratamento precisam estabelecer a finalidade, a adequação, a necessidade e a destinação daqueles dados coletados para a formação do perfil coletivo. Isso decorre da leitura do art. 5º, inciso XII, combinado com o art. 6º, incisos I, II, III e IV, da LGPD. Portanto, é possível defender a aplicação da LGPD nessa fase inicial da coleta dos dados, o que exige do agente de tratamento o cumprimento das respectivas obrigações legais.

A segunda etapa está na construção do perfil coletivo. Após a coleta, as informações são catalogadas e reunidas em diferentes bancos de dados. É nesse ponto, que se concentra a tarefa de empregar tecnologias de inferência comportamental na busca por informações úteis para a otimização das atividades comerciais, tal como o melhor direcionamento de anúncios publicitários. Nesse ponto, Wim Schreurs et. al., defendem que as leis de proteção de dados podem ser aplicáveis na etapa da formação de perfis coletivos, com o objetivo de assegurar o direito do titular de se opor à realização do tratamento de dados, mesmo que tais dados já estejam anonimizados.⁹⁹⁰ Partindo dessa leitura expansionista, a utilização dos dados coletados para fins de formação de perfis coletivos não dispensaria o direito do titular de ser informado sobre a destinação dos seus dados e do direito de revogação do seu consentimento,⁹⁹¹ quando

⁹⁸⁹ Tais bases são objeto de discussão no tópico seguinte desta tese.

⁹⁹⁰ SCHREURS, Wim; HILDEBRANDT, Mireille; KINDT, Els; VANFLETEREN, Michael. Cogitas, Ergo Sum: the role of Data Protection Law and Non-discrimination Law in Group Profiling in the private sector. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008. p. 252-253.

⁹⁹¹ Entretanto, no cenário europeu existem dúvidas sobre a suficiência do GDPR no tema da assimetria informacional na criação de perfis: “Ultimately, while the GPDR contains a number of provisions aimed at shielding the consumer from the effects of information asymmetries that are inherent in profiling, there are still significant gaps in its protection of EU citizens’ rights. This leads to a situation in which DDCs use personal data to make decisions with varying degrees of significance about the individual consumer while the information asymmetries keep the inner workings of the decision-making process opaque. The GDPR does not currently provide an adequate solution to these issues, as there are still too many uncertainties about the exact extent to which it covers such practices. Consequently, substantial information asymmetries as a result of data analysis and profiling practices still remain.” VAN DE WAERDT, Peter J. Information asymmetries: recognizing the limits of

essa foi a base utilizada para a atividade de tratamento (art. 18 da LGPD).⁹⁹² ⁹⁹³ Contudo, é forçoso defender a aplicação da LGPD na formação dos perfis coletivos, uma vez que eles são formados por dados anônimos ou pseudoanonimizados. De acordo com o art. 12 da LGPD, tais dados estão fora do escopo da Lei, pois perderam o vinculado com o seu titular (identificabilidade).⁹⁹⁴

A terceira e última etapa consiste na aplicação do perfil coletivo aos usuários da internet. Por meio da construção de algoritmos, que foram alimentados com dados de milhares ou milhões de usuários da internet, surge a possibilidade de inferir comportamentos individuais.⁹⁹⁵ Para tanto, os agentes de tratamento podem identificar uma pessoa e com base no conhecimento de máquina oferecer produtos ou serviços específicos a ela. Nesse caso, trata-se de publicidade comportamental e a LGPD será aplicada, uma vez que o destinatário foi identificado e seus dados pessoais foram correlacionados com as inferências realizadas por meio do perfil coletivo. A atração da proteção de dados no caso concreto liga-se, novamente, ao titular singularizado e não ao perfil coletivo, que é utilizado como ferramenta para oferecer serviços personalizados.

Por outro lado, se o perfil coletivo é utilizado para aprimoramento da experiência de navegação online, para traçar táticas de venda mais eficazes, utilizar publicidade segmentada

the GDPR on the data-driven market. *Computer Law & Security Review*, v. 38, [s.n.], 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2jbcwzr7>. Acesso em: 5 jan. 2022. p. 11.

⁹⁹² Em artigo científico sobre o direito à explicação, Renato Leite Monteiro afirma que “a LGPD garante aos indivíduos o direito de ter acesso a informações sobre os tipos de dados pessoais seus são utilizados para alimentar algoritmos responsáveis por decisões automatizadas. Caso o processo automatizado tenha por finalidade formar perfis comportamentais ou se valha de um perfil comportamental para tomar uma decisão subsequente, essa previsão também incluirá o acesso aos dados anonimizados utilizados para enriquecer tais perfis. Esse direito inclui ainda a possibilidade de conhecer os critérios utilizados para tomar a decisão automatizada e de solicitar a revisão da decisão por um ser humano quando esta afeta os interesses dos titulares. Pela lei, os direitos à explicação e à revisão de decisões automatizadas podem ser usufruídos em qualquer tipo de tratamento de dados pessoais, independentemente do setor ou do mercado” MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais? *Instituto Igarapé*, nº 39, dezembro de 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/rp2hammk>. Acesso em: 13 jan. 2022. p. 11.

⁹⁹³ Na prática, os termos de uso já preveem cláusulas específicas sobre a anonimização e utilização posterior dos dados para formação de perfis coletivos.

⁹⁹⁴ Apesar disso, a literatura jurídica especializada na temática da proteção de dados pessoais, tende a incluir os perfis coletivos no escopo material da LGPD. Nesse sentido:

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021;

Bioni; ZANATTA, Rafael A. F. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Mimeo. In: ResearchGate, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9b7ssn>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁹⁹⁵ SCHREURS, Wim; HILDEBRANDT, Mireille; KINDT, Els; VANFLETEREN, Michael. Cogitas, Ergo Sum: the role of Data Protection Law and Non-discrimination Law in Group Profiling in the private sector. In: In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008. p. 253-255.

em portais virtuais temáticos (p.ex. anúncios de carros em um portal sobre assuntos automotivos), entre outras práticas comerciais que prescindem de identificabilidade do titular, a LGPD não será aplicada. Não há dado pessoal tratado nesses casos.

Assim, é possível defender a aplicação da LGPD na fase 1 (da coleta dos dados pessoais para a formação de perfis coletivos) e, parcialmente, na fase 3 (utilização do perfil coletivo como meio para identificação da pessoa natural). Nas duas situações estão presentes todos os elementos caracterizadores dos dados pessoais. Tal leitura leva a conclusão, na verdade, que os perfis coletivos em si não estão abrangidos diretamente pela LGPD, tal como os perfis individuais. Eles gozam dessa proteção legal apenas quando tangenciam a interface dos dados pessoais. Entretanto, a existência de riscos na construção de perfis coletivos perfaz uma temática que extrapola o regime legal da LGPD assim como ocorre no cenário europeu, com o GDPR.

Por outro lado, a aplicação da LGPD ao regime protetivo de dados pessoais à perfilização individual tende a encontrar barreiras ligadas ao segredo comercial e industrial das tecnologias empregadas para a realização de inferências das mais diversas ordens. Tais barreiras são representadas pela utilização de modelos preditivos (algoritmos e outras ferramentas), que são regulados e protegidos por meio das regras de propriedade intelectual, em oposição à proteção de dados.⁹⁹⁶ As tecnologias empregadas para a formação de perfis fazem parte de uma “caixa preta” que não pode ser violada indiscriminadamente em nome da proteção de dados.⁹⁹⁷ No cenário brasileiro, essa leitura deriva dos limites impostos ao princípio da transparência previsto no art. 6º, inciso VI, da LGPD que prevê 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.*” (grifo nosso).⁹⁹⁸

Partindo dessa limitação, o legislador mencionou a expressão “observados os segredos comerciais e industriais” em outras 11 (onze) passagens da LGPD.⁹⁹⁹ Tais ressalvas funcionam como um mecanismo legal de ponderação entre os direitos autorais, por exemplo, dos desenvolvedores das tecnologias de mineração de dados frente aos direitos do titular dos dados

⁹⁹⁶ Em sentido semelhante, mas com o olhar para o cenário europeu: CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁹⁹⁷ PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 6.

⁹⁹⁸ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁹⁹⁹ Para consultar as 11 passagens, veja os seguintes dispositivos legais da LGPD: art. 6º, VI; art. 9º, II; art. 10, §3º; art. 18, V; art. 19, II e § 3º; art. 20, §§ 1º e 2º; art. 38, caput; art. 48, § 1º, III; e, art. 55-J, II, X e § 5º. *Ibid.*

personais. Da mesma forma que o ordenamento jurídico assegura o regular tratamento de dados pessoais aos seus titulares, os agentes de tratamento também gozam de prerrogativas ligadas ao segredo de empresa dos algoritmos de predição comportamental.¹⁰⁰⁰ Esses últimos não podem sofrer perturbações indevidas, salvo quando ocorre abusividade ou ilicitude no exercício desse direito.¹⁰⁰¹ Todos os fundamentos, princípios e direitos do titular de dados devem ser observados pelos titulares do segredo comercial e industrial.

Dessa forma, o segredo industrial não exige os agentes de tratamento de desenvolverem e aplicarem tecnologias que previnam danos, garantam a segurança e a transparência no tratamento de dados, bem como evitem a discriminação ilícita ou abusiva (art. 6º, incisos VI a IX, da LGPD). Inclusive, a ANPD, como autoridade competente para fiscalizar a regularidade do tratamento de dados, poderá solicitar informações aos controladores de dados sobre as técnicas de decisão automatizadas empregadas na sua atividade comercial, “observados os segredos comerciais e industriais.” Contudo, caso tais informações não sejam entregues ou não apresentem clareza e adequação, a Autoridade pode realizar auditoria nas técnicas protegidas pelo segredo “para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais”, conforme redação do art. 20, § 2º, da LGPD.¹⁰⁰²

O potencial discriminatório da perfilação já foi abordado em duas oportunidades nesta tese. Na seção 1.1.4, a discriminação foi observada sob o viés dos riscos da publicidade comportamental online, uma vez que apresenta características inerentemente discriminatórias ao comparar pessoas e/ou grupos e ao inferir padrões para personalizar a oferta de bens de consumo. Na seção 2.1.3, a discriminação foi observada sob o escrutínio da publicidade ilícita, principalmente quando os fornecedores utilizam perfis comportamentais para reforçar a vulnerabilidade dos consumidores e oferecer tratamento distinto/personalizado com base em dados pessoais.

Nesta seção, o tema volta à tona sob o viés especializado do tratamento discriminatório de dados pessoais. De acordo com o princípio da não discriminação (art. 6º, inciso IX, da LGPD), os agentes de tratamento ficam impossibilitados de realizar “o tratamento para fins

¹⁰⁰⁰ Tal leitura decorre principalmente da ponderação entre os fundamentos da proteção de dados pessoais no Brasil, que visa assegurar os direitos e interesses dos titulares dos dados pessoais e dos agentes de tratamento (vide art. 2º da LGPD).

¹⁰⁰¹ FRAZÃO, Ana. Transparência de algoritmos x segredo de empresa: As controvérsias a respeito das decisões judiciais trabalhistas que determinam a realização de perícia no algoritmo da Uber. Jota, Coluna Constituição, Empresa e Mercado. São Paulo, 9 jun. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5hc93ych>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁰⁰² BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

discriminatórios ilícitos ou abusivos.”¹⁰⁰³ A LGPD não delimitou o conceito e os pressupostos da discriminação ilícita ou abusiva. Parece ter delegado ao operador do direito à tarefa de delimitar no caso concreto as situações que serão consideradas discriminatórias. O intérprete, por sua vez, pode recorrer a outros diplomas normativos para subsidiar a sua análise. Tratando-se de publicidade comportamental online, há incidência do art. 37, § 2º do CDC, que disserta sobre a publicidade discriminatória. O CDC também adotou uma cláusula aberta ao não delimitar o conceito de discriminação abusiva. Esclareceu, apenas, que ela pode ser de qualquer natureza.¹⁰⁰⁴

Além disso, a Lei 7.716/1989, que disserta sobre os crimes de discriminação, que poderia auxiliar o intérprete na delimitação conceitual, também não trouxe definições específicas, se reservando a explicitar que “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”¹⁰⁰⁵ Contudo, essa limitação do tipo penal não se aplica ao ilícito civil de discriminação publicitária ou do tratamento discriminatório. Por força do CDC, eles podem decorrer de outras situações ligadas ao gênero, preferência sexual, profissão, domicílio, deficiência física ou intelectual, entre outras.¹⁰⁰⁶

Diante da indefinição generalizada no ordenamento jurídico brasileiro acerca do termo “discriminação”, é possível utilizar como ponto de partida a noção constitucional de igualdade.¹⁰⁰⁷ De acordo com o art. 3º, IV da CRFB/88, um dos objetivos da República é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Nesse ponto, a discriminação ilícita ou abusiva pode ser tida

¹⁰⁰³ Aqui cabe fazer uma remissão ao tópico 2.1.3 acerca da diferença entre ilicitude e abusividade. Para aprofundar os fundamentos jurídicos da diferença desses dois termos na LGPD, veja também: MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) - A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 117-125.

¹⁰⁰⁴ Aqui vale apontar que todas as considerações realizadas na seção 2.1.3, se aplicam ao presente caso do tratamento discriminatório de dados pessoais.

¹⁰⁰⁵ BRASIL. *Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrxu7ypu>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁰⁰⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010. p. 170.

¹⁰⁰⁷ No cenário europeu, o art. 21 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia veda tipos específicos de discriminação: “É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.” UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01). Bruxelas: Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8nxwjw>. Acesso em: 13 jan. 2022.

como sinônimo de tratamento desigual entre pessoas em situação igual.¹⁰⁰⁸ Tal concepção viola frontalmente o princípio constitucional da igualdade, que encontra previsão expressa no art. 5º, caput, da CRFB/88, ao prever o direito fundamental de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”¹⁰⁰⁹

A literatura jurídica aponta que a discriminação na seara publicitária é aquela que viola o princípio da igualdade. Conforme pontua Ancona Lopez, é discriminatória “a publicidade que, de modo odioso, preconceituoso e injustificado, trata um outro igual diferentemente, colocando-o em posição de inferioridade ou vexatória em relação à sua.”¹⁰¹⁰ A perfilização segue a mesma lógica da publicidade discriminatória. Como aponta Turow, as sociedades empresárias classificam as pessoas como “alvos” ou como “desperdícios” para otimizar suas campanhas publicitárias e aumentar o lucro.¹⁰¹¹ Nesse ponto, Sandra Wachter acrescenta que a abusividade do tratamento de dados pode advir da “discriminação por associação”, que ocorre quando inferências computacionais partem de informações pessoais, comportamentais, psicológicas e sociais para prejudicar uma pessoa ou grupo, direta ou indiretamente, intencionalmente ou não.¹⁰¹² A discriminação realizada na publicidade comportamental pode se manifestar de diferentes formas, como visto na seção 1.1.4 (*geopricing, deal customization e geoblocking*).

Algumas formas de discriminação também geram a configuração do tratamento de dados ilícito ou abusivo. Por exemplo, a discriminação de preços baseada em dados sobre moradia e salário presentes em perfis individuais, perfaz uma forma abusiva de apresentar a oferta personalizada, já que parte dos dados sensíveis do seu titular para colocá-lo em uma

¹⁰⁰⁸ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2017.

¹⁰⁰⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2019.

¹⁰¹⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010. p. 172.

No mesmo sentido:

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 128; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito empresarial: direito de empresa*, v.1. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/22v94snu>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 260.

¹⁰¹¹ TUROW, Joseph. *The daily you: how the new advertising industry is defining your identity and your worth*. New Haven: Yale University Press, 2011. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/3wkyznpw>. Acesso em: 12 jan. 2022. p. 89.

¹⁰¹² WACHTER, Sandra. Affinity profiling and discrimination by association in online behavioural advertising. *Berkeley Technology Law Journal*. Berkeley, v. 35, n. 2, p. 367-430, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5b4atfsz>. Acesso em: 13 jan. 2022. p. 367, 418.

situação diferente diante das demais pessoas (tratamento desigual pela abusividade).¹⁰¹³ Por outro lado, a diferenciação generalizada de preços, tendo como base a região em que o bem é oferecido, sem a utilização de dados pessoais, não será considerada ilícita ou abusiva *a priori* a partir da análise da LGPD e do CDC, pois nesse caso leva-se em consideração peculiaridades econômicas e dados gerais daquela população (tratamento igual).¹⁰¹⁴

Pontua-se que não há ilicitude ou abusividade no direcionamento de anúncios segmentados a partir de um perfil coletivo baseado, por exemplo, na idade, gosto musical e a preferência por determinado artista, com o objetivo de ofertar ingressos para um show qualquer ou criar uma playlist personalizada.¹⁰¹⁵ Por outro lado, se condições diferenciadas são oferecidas à algumas pessoas pertencentes ao mesmo grupo, tendo como base, por exemplo, o gênero ou preferência sexual, ou, ainda, se determinadas pessoas são excluídas da oferta tendo como base seu perfil individual, restaria, nesse caso hipotético, a concretização da discriminação ilícita.¹⁰¹⁶ Contudo, existem dificuldades técnicas na identificação dessas formas de discriminação, já que o processamento das informações e a utilização de algoritmos estão em espaços inacessíveis aos usuários da internet.¹⁰¹⁷

Em muitos casos, o tratamento de dados discriminatório passará despercebido porque a lógica empregada para realizar as inferências discriminatórias não é divulgada por razões ligadas ao segredo comercial e industrial.¹⁰¹⁸ Resta, nesses casos, a observância da LGPD pelos agentes de tratamento e o controle pela ANPD acerca das práticas comerciais (de tratamento de dados pessoais), que estão sendo adotadas no ciberespaço em parceria com a SENACON no controle publicitário discriminatório.

¹⁰¹³ A European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), já considerou que “Academics and practitioners are increasingly researching ways to detect and repair algorithms that can potentially discriminate against individuals or certain groups on the basis of particular attributes – for example, sex or ethnic origin. 10 This happens when the predicted outcome for a particular group is systematically different from other groups and therefore one group is consistently treated differently to others. For example, in cases where a member of an ethnic minority has a lower chance of being invited to a job interview because the algorithm was ‘trained’, based on data where their particular group performs worse.” https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-focus-big-data_en.pdf p. 5.

¹⁰¹⁴ Nesse sentido, veja o artigo: ODLYZKO, Andrew. Privacy, Economics, and Price Discrimination on the Internet. Proceedings of the 5th International Conference on Electronic Commerce. ICEC, Pittsburgh, 30 set. 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrybtsvh>. Acesso em: 6 jan. 2022.

¹⁰¹⁵ Desde que haja, para tanto, uma base legal observada, como, por exemplo, a exigência de consentimento para a realização da segmentação comportamental.

¹⁰¹⁶ Veja o caso Decolar na seção 2.1.3, desta tese.

¹⁰¹⁷ Sobre o “espelho unidirecional” (*the one-way mirror*), veja a introdução do capítulo 3, desta tese.

¹⁰¹⁸ Conforme ressalta Sandra Wachter “(...)the lack of transparent business models could pose a considerable barrier to proving non-discrimination cases.” WACHTER, Sandra. Affinity profiling and discrimination by association in online behavioural advertising. *Berkeley Technology Law Journal*. Berkeley, v. 35, n. 2, p. 368-430, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5b4atfsz>. Acesso em: 13 jan. 2022. p. 367.

Apesar da tentativa de predefinir o que constitui um tratamento de dados irregular, o fato é que “a criação de perfis pode levar à estigmatização e discriminação e à uma sociedade em que a livre escolha se torna ilusória.” (tradução nossa).¹⁰¹⁹ Borgesius afirma que “a segmentação comportamental torna a classificação social mais fácil e eficaz: as empresas podem categorizar as pessoas como alvos ou resíduos e tratá-las de acordo.” (tradução nossa).¹⁰²⁰

O efeito discriminatório da perfilização poderá afetar, para além da privacidade dos titulares de dados pessoais, a liberdade e a autonomia das pessoas que são alvos dessa prática comercial.¹⁰²¹ É nesse sentido que o capítulo 3 se concentra nos desafios de identificar os limites legais da atividade de perfilização, diante da falta de respostas objetivas no ordenamento jurídico brasileiro. Antes disso, é necessário estabelecer quais são os deveres dos agentes de tratamento no ramo publicitário.

2.2.3 Os deveres gerais dos agentes de tratamento no ramo publicitário

A LGPD categorizou os agentes responsáveis pelo tratamento de dados pessoais em duas classes funcionais, os controladores e os operadores (art. 5º, VI, VII e IX, da LGPD). Ambos podem ser pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado. O controlador se incube das decisões a que se refere o tratamento dos dados, pois define as finalidades, a base legal e a transparência da atividade de tratamento de dados, além de ficar encarregado de manter os registros das operações de tratamento e de elaborar o relatório de impacto, nos termos dos arts. 37 a 40 da LGPD. Já o operador fica responsável por executar o tratamento em nome do

¹⁰¹⁹ “Profiling can lead to stigmatization and discrimination and to a society in which free choice has become illusory.” HOLANDA. Dutch Data Protection Authority. *The Dutch DPA Annual Report 2011*. The Hague, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8hbabp>. Acesso em: 13 jan. 2022. p. 2; UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 3/2013, on purpose limitation. Adopted on 2 April 2013. Brussels: WP29, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/49mjfdrc>. Acesso em: 13 jan. 2022. p. 45.

¹⁰²⁰ “Behavioural targeting makes social sorting easier and more effective: firms can categorize people as targets and waste, and treat them accordingly” BORGESIU, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 120.

¹⁰²¹ Conforme aponta o Grupo de Trabalho 29: “Profiling can perpetuate existing stereotypes and social segregation. It can also lock a person into a specific category and restrict them to their suggested preferences. This can undermine their freedom to choose, for example, certain products or services such as books, music or newsfeeds. In some cases, profiling can lead to inaccurate predictions. In other cases, it can lead to denial of services and goods and unjustified discrimination.” UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*. Adopted on 3 October 2017. As last Revised and Adopted on 6 February 2018. Bruxelas. Disponível em: <https://tinyurl.com/29kwshra>. Acesso em: 5 jan. 2022. p. 5-6.

No mesmo sentido: CHESTER, Jeff. Cookies Wars: How new data profiling and targeting techniques threaten citizens and consumers in the “big data” Era. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul; POULLET, Yves. (eds.). *European Data Protection: in good health?* Londres: Springer, 2012.

controlador e se submete às análises de conformidade solicitadas pelo controlador.¹⁰²² Trata-se de uma divisão baseada na regulação europeia e que visa esclarecer as funções, deveres e a responsabilidade dos agentes que processam dados pessoais.¹⁰²³

Este tópico visa trabalhar com a classificação legal para: (i) harmonizar a categorização aplicável aos agentes de tratamento com a classificação dos tipos de agentes publicitários; (ii) analisar os deveres centrais dos agentes responsáveis pela publicidade comportamental online, utilizando, para tanto, da interpretação sistemática entre LGPD e CDC; e, (iii) compreender qual base legal de tratamento de dados pode ser utilizada para implementar as ações publicitárias postas em debate nesta tese.

Como visto na seção 2.1.2, a miríade de agentes publicitários é tradicionalmente subdividida em quatro categorias: os anunciantes dos bens de consumo, as agências de propaganda, os veículos de divulgação e os intermediadores que realizam a compra e venda de mídia. No ambiente digital, o encaixe dessa concepção tradicional se revelou complexa, já que foi preciso adaptar os pressupostos legais e doutrinários caracterizadores desses agentes ao novo cenário publicitário disruptivo.

No tema da responsabilidade civil foi observado que todos esses agentes podem ser responsabilizados pela publicidade ilícita ou abusiva. Existem divergências sobre a imputação de responsabilidade aos veículos de divulgação, pois eles não participam da elaboração do anúncio publicitário ou partilham de alguma outra fase da atividade criativa dos anunciantes e das agências de propaganda. Contudo, no que tange ao tratamento de dados, tal cenário pode ser diferente, uma vez que os veículos (editores de sites) podem compartilhar dados pessoais dos usuários para fomentar a cadeia publicitária comportamental.

Antes disso, é importante apontar quais desses agentes publicitários são controladores ou operadores, já que a LGPD trabalha com essas duas categorias de agentes de tratamento de dados pessoais. A resposta não é tão simples quanto poderia parecer à primeira vista. Enquanto

¹⁰²² Conforme pontuou a ANPD: “Em caso de pessoa jurídica, importa destacar que a organização ou empresa é entendida como agente de tratamento, de forma que seus funcionários apenas a representam. (...) Nesse cenário, empregados, administradores, sócios, servidores e outras pessoas naturais que integram a pessoa jurídica e cujos atos expressam a atuação desta não devem ser considerados operadores, tendo em vista que o operador será sempre uma pessoa distinta do controlador, isto é, que não atua como profissional subordinado a este ou como membro de seus órgãos.” BRASIL. Autoridade Nacional de proteção de Dados. *Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycknhdfd>. Acesso em: 13 jan. 2022. p. 17.

¹⁰²³ No GDPR a figura do controlador é denominada de “responsável pelo tratamento” e o operador é chamado de “subcontratante ou processador”. A regulação europeia traz requisitos mais rigorosos para a relação comercial entre esses dois agentes, já que exige a celebração de contrato com cláusulas específicas que irá reger o tratamento de dados pessoais (vide art. 4º (7) e (8) e art. 24 do GDPR). A LGPD, por outro lado, exige apenas que o operador execute o tratamento de dados em conformidade com as instruções encaminhadas pelo controlador. O controlador fica responsável por verificar a adequação do tratamento pelo operador (vide art. 39 da LGPD).

os papéis desses atores na atividade criativa do anúncio publicitário e da sua posterior divulgação parecem mais claros, os papéis na atividade de tratamento dos dados que subsidiam a publicidade comportamental ficam ofuscados pela complexidade tecnológica. Um primeiro *insight* que parece claro é que os veículos de divulgação não realizam apenas a divulgação, mas participam ativamente da coleta, do processamento e do compartilhamento de dados pessoais dos usuários do site, aplicativo ou software.

Quando um usuário acessa e aceita os termos de uso de uma rede social virtual, tal veículo de divulgação instala cookies ou outras tecnologias no equipamento eletrônico do usuário para monitorar as ações tomadas dentro e fora da aplicação (site ou aplicativo). Assim, os dados são processados, perfis são criados e comportamentos são traçados, para que um conglomerado de informações organizadas seja inserido na cadeia publicitária e que os anunciantes e as redes publicitárias possam solicitar a compra de espaços publicitários na rede social. Isso ocorre, como visto no primeiro capítulo, por intermédio dos agentes que organizam a compra e venda de mídia digital. Além disso, a coleta dos dados e posterior processamento pode ser realizados diretamente pelos anunciantes e, em algumas situações, pelas agências de propaganda, seja pela instalação de cookies, seja pela utilização de alguma plataforma de API que funciona em equipamentos mobile.

Até esse ponto, é possível afirmar que os veículos e os anunciantes parecem exercer o papel de controladores, já que formam uma rede de anúncios que atribui autonomia para que cada um deles promovam a coleta de dados, o processamento a perfilização automatizada, além de possibilitar a utilização inferências no direcionamento e segmentação publicitários. A constante transferência e comunicação de dados entre tais agentes revela o viés de “controladoria conjunta”. Tal conceito de origem europeia auxilia na confirmação do papel desses agentes frente ao arcabouço protetivo dos dados pessoais.

A LGPD não trouxe expressamente tal conceito, mas previu no art. 42, § 1º, inciso II que, diante dos danos gerados pela atividade conjunta de controladoria, todos responderão de forma solidária perante o titular, salvo nas hipóteses de exclusão do art. 43.¹⁰²⁴ Nesse ponto, o conceito do GDPR acerca da “controladoria conjunta” parece adequado para complementar a interpretação desse termo no cenário brasileiro. De acordo com o art. 26 do GDPR:

Quando dois ou mais responsáveis pelo tratamento determinem conjuntamente as finalidades e os meios desse tratamento, ambos são responsáveis conjuntos pelo tratamento. Estes determinam, por acordo entre si e de modo transparente as

¹⁰²⁴ Art. 42, § 1º, II: “os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.” BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

respectivas responsabilidades pelo cumprimento do presente regulamento, nomeadamente no que diz respeito ao exercício dos direitos do titular dos dados e aos respetivos deveres de fornecer as informações referidas nos artigos 13º e 14º, a menos e na medida em que as suas responsabilidades respectivas sejam determinadas pelo direito da União ou do Estado-Membro a que se estejam sujeitos. O acordo pode designar um ponto de contato para os titulares dos dados.¹⁰²⁵

Portanto, a controladoria conjunta parece estar presente entre os agentes publicitários, no que tange a determinação das “finalidades” e dos “meios de tratamento” vocacionados à publicidade comportamental online. De acordo com o EDPB, a identificação da finalidade parte das “decisões comuns ou convergentes” tomadas por tais atores. As decisões comuns dizem respeito à intenção comum compartilhada pelos agentes na utilização dos meios de tratamento e a finalidade declarada para justificar a coleta dos dados. Já as decisões convergentes se referem a cisão de determinadas atividades que são executadas ora por um ou outro agente, de maneira independente, mas que se interligam e visam um fim comum (por exemplo, a atividade de coleta pelo veículo de divulgação e atividade de perfilização pela agência de propaganda). Se os objetivos do tratamento forem distintos ou não se comunicarem, não haverá “controladoria conjunta”.¹⁰²⁶

Essa leitura foi endossada pela ANPD quando publicou em maio de 2021, o Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado. Nessa linha, “controladoria conjunta” consiste na:

(...) determinação conjunta, comum ou convergente, por dois ou mais controladores, das finalidades e dos elementos essenciais para a realização do tratamento de dados pessoais, por meio de acordo que estabeleça as respectivas responsabilidades quanto ao cumprimento da LGPD.¹⁰²⁷

Nas exemplificações apresentadas no Guia da ANPD, a publicidade digital foi abordada na lista de exemplos que ilustram as orientações presentes no documento. De acordo com o exemplo hipotético n. 5, duas sociedades empresárias resolveram anunciar um novo produto cosmético. Para tanto, compartilham os seus bancos de dados para organizar o lançamento e contatar os clientes das lojas. As duas empresas agindo como anunciantes do produto contratam, então, uma agência de propaganda para executar a campanha. A agência

¹⁰²⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR)*. Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bswxh6n>. Acesso em: 8 jan. 2022.

¹⁰²⁶ UNIÃO EUROPEIA. Comitê Europeu de Proteção de Dados, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, set. 2020. Brussels: 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8nxew4>. Acesso: 12 mar. 2021.

¹⁰²⁷ BRASIL. Autoridade Nacional de proteção de Dados. *Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycknhdfd>. Acesso em: 13 jan. 2022. p. 13.

recebeu os dados pessoais e realizou o tratamento de acordo com as exigências das anunciantes, além de estabelecer o funcionamento da campanha de lançamento. Para organizar a atividade de armazenamento de dados, a agência de propaganda acabou contratando os serviços de um terceiro que atua no ramo de armazenamento de dados em nuvens.

Nesse caso, a ANPD considerou que as duas empresas anunciantes agem como controladoras conjuntas no tratamento de dados pessoais “por terem definido, em conjunto, a finalidade e os elementos essenciais dos dados tratados nesse contexto.”¹⁰²⁸ Apesar disso, o Guia da ANPD, menciona que “a identificação da controladoria conjunta será contextual e apenas o caso concreto permitirá identificar em que casos a controladoria conjunta foi estabelecida.”¹⁰²⁹ Já a agência de propaganda foi classificada como operadora de dados no caso hipotético. “Ainda que opine sobre os meios de tratamento, ela não é responsável pela tomada de decisão final, limitando-se a definir elementos não essenciais como os canais, ferramentas e produtos da campanha.”¹⁰³⁰ Por fim, a empresa de armazenamento dos dados em nuvens agiu, segundo a ANPD, como suboperadora, nos termos contratuais definidos pela agência.¹⁰³¹

O suboperador não possui qualquer ingerência na execução das atividades de operação. A ANPD entende que “o suboperador é aquele contratado pelo operador para auxiliá-lo a realizar o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.”¹⁰³² Na cadeia publicitária existem terceiros que agem como intermediários da compra e venda de mídia digital, ou seja, dos locais onde os anúncios serão alocados. Nesse rol, estariam as Ad Exchanges, as Demand-Side Platforms e as Supply Side Platforms, que foram abordadas na seção 1.1.3, desta tese. Tais agentes intermediadores não são responsáveis pela criação ou veiculação de publicidade, nem mesmo realizam o tratamento de dados pessoais. Ao contrário, eles se encarregam apenas do ato automatizado da negociação de preços e da escolha dos locais para a hospedagem dos

¹⁰²⁸ Ibid., p. 14.

¹⁰²⁹ BRASIL. Autoridade Nacional de proteção de Dados. *Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycknhdfd>. Acesso em: 13 jan. 2022. p. 13.

¹⁰³⁰ Ibid., p. 14.

¹⁰³¹ Ibid.

¹⁰³² Conforme pontou a ANPD: “Muito embora não exista um conceito de suboperador na LGPD, o tema pode ser utilizado como parâmetro de análise para compreensão de cadeias mais complexas de tratamento de dados. 63. Isso porque a falta do conceito de suboperador na LGPD não impossibilita ou torna ilegal que ele exista ou que tenha funções, competências e responsabilidade no ambiente de proteção de dados pessoais brasileiro, principalmente porque pode desempenhar a função de operador em subordinação a outro operador. Dito isso, importa saber que o suboperador é aquele contratado pelo operador para auxiliá-lo a realizar o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. A relação direta do suboperador é com o operador e não com controlador. Porém, independentemente dos arranjos institucionais entre operador e suboperador, para efeitos da LGPD, ambos podem desempenhar, a depender do caso concreto, a função de operador e responder perante a ANPD.” Ibid., p. 19.

anúncios. Nessa linha, eles podem ser considerados para fins da LGPD como suboperadores.

É importante ressaltar que o Guia da ANPD não aborda explicitamente a publicidade comportamental online. Nessa área, os papéis do veículo de divulgação e da agência no tratamento de dados tendem a ser mais amplos na coleta de dados e na definição do público ou pessoas específicas que serão alvo da campanha publicitária. Como afirmado acima, a análise da controladoria depende do caso concreto, uma vez que o papel de controladoria não fica cristalino diante da complexidade do tratamento de dados da atividade publicitária comportamental. É nesse íterim que a literatura jurídica aponta falhas na adoção dessa dualidade de agentes de tratamento frente aos avanços tecnológicos.

Damian Clifford entende que a distinção entre controladores e operadores “não reflete a realidade tecnológica atual”. Para ele, “na era da web 2.0, essa distinção deve ser vista como desatualizada”. (tradução nossa).¹⁰³³ Na publicidade comportamental online a dinamicidade do tratamento de dados parece minar uma tentativa de enquadrar as atividades em caixas estanques.

O Grupo de Trabalho 29 já delineou, por exemplo, que os veículos de divulgação têm certas responsabilidades nos termos do GDPR, mas que elas “não cobrem todas as atividades de processamento necessárias para servir a publicidade comportamental.” (tradução nossa).¹⁰³⁴ Dessa forma, a responsabilidade de um editor de site ou de aplicativo seria restrita aos atos preliminares do processamento de dados e da transferência dos dados (por exemplo, endereço de IP).

Independentemente do nível de aplicação da LGPD aos agentes de tratamento no ramo publicitário, é certo que todos eles devem pautar as suas atividades de acordo com a principiologia e com os deveres gerais previstos nesse diploma normativo. Além disso, a atividade publicitária comportamental também se submete ao CDC e ao MCI, como visto na

¹⁰³³ “In the web 2.0 era, such a distinction must be viewed as being outdated.” CLIFFORD, Damian. EU Data Protection Law and Targeted Advertising: consent and the Cookie Monster, tracking the crumbs of online user behaviour. *JIPITEC*, [s.l.], mar. 2014, p. 194-212, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/4fzye5jz>. Acesso em: 13 jan. 2022. p. 197.

No mesmo sentido:

HERT, Paul De; PAKONSTANTINO, Vagelis. The proposed data protection Regulation replacing Directive 95/46/EC: A sound system for the protection of individuals. *Computer law & Security review*, [s.l.], v. 28, n. 2, p. 130-142, abr. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/3km76maz>. Acesso em: 13 jan. 2022;

BORGESIU, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 144.

¹⁰³⁴ “This responsibility does not cover all the processing activities necessary to serve behavioural advertising, for example, the processing carried out by the ad network provider consisting of building profiles which are then used to serve tailored advertising” UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*. Brussels, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/8r9f923t>. Acesso em: 11 set. 2021. p. 11.

primeira parte deste capítulo. Por esse motivo, há uma constante sobreposição entre as disposições dos três regimes legais (CDC, LGPD e MCI) que deve ser compatibilizada pelo intérprete nos casos concretos.

Conforme aponta Bruno Miragem, “o tratamento de dados realizados com a finalidade direta ou indireta de fomentar a atividade econômica do fornecedor no mercado de consumo, submete-se à incidência, em comum, do CDC e da LGPD.”¹⁰³⁵ Para o autor, “quando tais operações se realizam por intermédio da internet, incidirá também o Marco Civil da Internet, devendo ser compatibilizadas as normas das respectivas legislações.”¹⁰³⁶

Nesse meandro, pode-se organizar os diferentes **deveres legais** dos agentes publicitários de tratamento em três categorias principiológicas ligadas: **(i)** à disseminação de informações aos usuários/consumidores sobre o tratamento de dados a ser realizado; **(ii)** à segurança e qualidade no tratamento; e, **(iii)** à exigência de uma base legal para o tratamento.

Primeiramente, é importante notar que o **princípio da boa-fé objetiva** recebeu destaque no caput do art. 6º da LGPD, que expõe a principiologia a ser observada no tratamento de dados pessoais. De acordo com tal dispositivo legal, “as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios (...).” Nesse ponto, cabe pontuar que o conteúdo do princípio da boa-fé, destacado na LGPD como uma “sobreprincípio”,¹⁰³⁷ é o mesmo das discussões da boa-fé objetiva no CDC, conforme demonstrou a seção 2.1.1, desta tese.¹⁰³⁸ Tal princípio determina que sejam observados os deveres de informação e lealdade no tratamento de dados, além de reforçar os deveres desses agentes como “fornecedores equiparados” na atividade publicitária.

Os agentes de tratamento devem informar ao titular dos dados acerca da finalidade e da necessidade daquela operação, adotando práticas comerciais e tecnológicas que sejam transparentes. No art. 6º, incisos I, II e VI, da LGPD, os **princípios da finalidade, adequação e transparência** são expressos e devem ser obrigatoriamente observados por toda a cadeia

¹⁰³⁵ MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. In: Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias. p. 58.

¹⁰³⁶ Ibid.

¹⁰³⁷ Na visão de Colombo e Goulart, “podem os princípios de proteção de dados pessoais se permutarem, em um ou outro caso concreto, no entanto, a boa-fé sempre lá estará ao lado daquele que vier a preponderar, configurando-se em sobreprincípio, guardando a perenidade em todas as atividades de tratamento de dados pessoais” COLOMBO, Cristiano; GOULART, Guilherme Damásio. Inteligência Artificial aplicada a perfis e publicidade comportamental: proteção de dados pessoais e novas posturas em matéria de discriminação abusiva. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim de Cerqueira. (coords.). *Inteligência Artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 293.

¹⁰³⁸ No mesmo sentido: MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSELVALD, Nelson (coords.). *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias*. São Paulo: Foco, 2020. p. 59.

publicitária.

A **finalidade** diz respeito à “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.”¹⁰³⁹ Ela estabelece os limites legais do tratamento de dados. Ao ultrapassar essa barreira, que deve ser adequadamente informada ao titular dos dados, o agente de tratamento está em situação irregular pela ilicitude ou pela abusividade da operação.

Na publicidade comportamental online, os usuários dos serviços do ciberespaço devem ser informados sobre a finalidade dos cookies e demais tecnologias de rastreamento que são empregadas em seus dispositivos eletrônicos. Até esse ponto, independe saber se a base legal para o tratamento consiste no consentimento, no legítimo interesse ou no cumprimento de cláusula contratual. O dever de informar a finalidade do tratamento persiste independente da base legal eleita. Mesmo nas situações em que os cookies são essenciais à navegação virtual (vide seção 1.1.2), os agentes de tratamento devem informar ao consumidor quais dados estão sendo coletados.

Conforme indica o art. 9º, § 3º, da LGPD, “quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei.”¹⁰⁴⁰ Tal disposição é mais ampla que a instalação de cookies, pois revela as políticas de “tudo ou nada” (*take-it or leave-it choice*),¹⁰⁴¹ que apenas fornece ao consumidor a opção de aceitar ou recusar todas as disposições contratuais, o que normalmente envolve o rastreamento comportamental como contraprestação à da prestação do serviço (por exemplo, acesso à rede social virtual ou aos aplicativos mobile).¹⁰⁴²

O dever dos agentes de tratamento de informar à finalidade do tratamento de dados funciona para permitir o gozo de direitos pelos titulares, principalmente na oposição ao

¹⁰³⁹ Vide art. 6, inciso I, da LGPD. BRASIL. Autoridade Nacional de proteção de Dados. *Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycknhdfd>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁰⁴⁰ BRASIL. Autoridade Nacional de proteção de Dados. *Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycknhdfd>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁰⁴¹ BORGESIUS, Zuiderveen; KRUIKEMEIER, S; BOERMAN, Sophie C; HELBERGER, N. Tracking Walls, take-it-or-Leave-it choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation. *European Data Protection Law Review*. Amsterdam, v. 3, n. 3, p. 353-368, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yck2h4z>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁰⁴² Os limites legais dessas cláusulas nos contratos de adesão que abordam o tratamento de dados são alvo na seção 3.2.3, desta tese.

tratamento ou de reclamar sobre alguma irregularidade perante a autoridade administrativa ou judicial competente. Afinal, “com base nele fundamenta-se a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além do que se pode, a partir dele, estruturar-se um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para uma certa finalidade (fora da qual haveria abusividade).”¹⁰⁴³ Esse princípio consubstanciado no dever de informação também se aplica à atividade de perfilização abrangida pela LGPD, uma vez que faz parte do tratamento de dados.

Da mesma forma, o direito/dever à informação previsto no CDC traz a base material para a sua concretização nas atividades de tratamento de dados. Assim, pode-se defender uma espécie de vulnerabilidade informacional do titular dos dados, que é rotineiramente submetido à prática de rastreamento comportamental pelos agentes de tratamento. A assimetria informacional ultrapassa os pressupostos consumeristas para reforçar os deveres legais dos agentes de tratamento frente à LGPD e garantir a proteção da legítima expectativa dos titulares.

O tratamento de dados também deve ser **adequado**, ou seja, compatível “com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento.”¹⁰⁴⁴ A adequação é uma decorrência lógica da boa-fé objetiva quando preserva a confiança no uso dos dados para a finalidade que foi declarada pelo agente de tratamento. Quando os dados são sensíveis nos termos da LGPD, a adequação deve ser observada com mais acuidade, diante dos potenciais riscos de um tratamento desnecessário ou excessivo (art. 11, I, da LGPD). Essa perspectiva também revela o **princípio da necessidade** na “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. (art. 6, III, LGPD)”^{1045 1046}

Além do livre acesso e consulta dos dados que estão sob a atividade de tratamento,¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴³ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: fundamentos da lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 45.

¹⁰⁴⁴ Vide art 6º, II da LGPD. BRASIL. Autoridade Nacional de proteção de Dados. *Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycknhdfd>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁰⁴⁵ BRASIL. Autoridade Nacional de proteção de Dados. *Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycknhdfd>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁰⁴⁶ A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados descreve essa concepção como o princípio de minimização de dados: “(...) significa que um controlador de dados deve limitar a coleta de informações pessoais ao que é diretamente relevante e necessário para cumprir uma finalidade específica. Eles também devem reter os dados apenas pelo tempo necessário para cumprir esse propósito. Em outras palavras, os controladores de dados devem coletar apenas os dados pessoais de que realmente precisam e devem mantê-los apenas pelo tempo necessário.” DATA MINIMIZATION. In: *Glossary*. European Data Protection Supervisor. Brussels: [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/muak96s7>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁰⁴⁷ O titular também deve ter o livre acesso aos seus dados. Trata-se do direito previsto no art. 9 da LGPD ao

os agentes responsáveis devem garantir aos titulares a manutenção da “qualidade dos dados”, ou seja, a “garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento.” (art. 6, V, da LGPD). Bruno Miragem aponta os problemas da desatualização dos dados na atividade publicitária digital:

Há quase duas décadas Simsel Garfinkel já registrava os embaraços causados pelas estratégias de marketing baseadas em dados desatualizados, como os que desconsideravam a morte de um determinado consumidor e permanecia a expor massivamente seus familiares com publicidade direcionada à pessoa falecida. Isso pode se reproduzir hoje, em situações distintas nas redes sociais, no envio de correspondências ou outros meios de mensagens publicitárias a pessoas cuja situação pessoal tenha se alterado, ou mesmo se utilizando de critérios para direcionamento de mensagens, precificação ou análise de riscos que já não correspondem a uma situação real, mas pertença ao passado. Nestes termos, informação desatualizada é inexata, portanto, incorreta, e viola o direito do titular dos dados na exata medida em que o vincula a uma circunstância, característica ou fato que não lhe corresponde.¹⁰⁴⁸

Desse modo, os agentes de tratamento da seara publicitária devem garantir que as informações sejam prestadas de forma **transparente** e amigável ao titular, certificando-se, além disso, que os dados pessoais, os perfis comportamentais, de consumo, de crédito, entre outros, sejam corretos, adequados, necessários e atualizados. Para tanto, as tecnologias empregadas precisam ser seguras, prevenindo danos das mais diversas ordens, como, por exemplo, a discriminação algorítmica ilícita ou abusiva.

Para tanto, necessita-se da “utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.” (art. 6, VII, LGPD). O objetivo de utilizar tecnologias seguras, contudo, não se limita às situações de anormalidade e invasão de terceiros. O princípio da segurança serve para proteger todos os direitos do titular dos dados pessoais e garantir a lisura no tratamento de dados.

O princípio geral da segurança encontra previsão constitucional no art. 5º, *caput*, da CRFB/88, ao afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

prever que “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: I - finalidade específica do tratamento; II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III - identificação do controlador; IV - informações de contato do controlador; V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.” BRASIL. Autoridade Nacional de proteção de Dados. *Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycknhdfd>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁰⁴⁸ MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSELVALD, Nelson (coords.). *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias*. São Paulo: Foco, 2020. p. 67.

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 (...).” (destaques nossos).¹⁰⁴⁹ Há previsão expressa desse princípio também no CDC, que fixou critérios gerais a serem observados pelos fornecedores na proteção da saúde e da segurança dos consumidores (art. 6, I, do CDC).

Enquanto a LGPD traz uma vertente processual ao princípio da segurança, na garantia da qualidade do tratamento de dados, o regramento consumerista parte de uma análise material da qualidade do bem ou serviço disponibilizado no mercado de consumo. Nos artigos 8º a 11 do CDC, se estabeleceu as regras correlatas à segurança do bem de consumo. Primeiramente, o artigo 8º, *caput*, informa que “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores”. Contudo, tal disposição é complementada com uma exceção que autoriza a comercialização de produtos que por sua “natureza e fruição” geram riscos considerados “normais e previsíveis”, desde que o fornecedor informe adequadamente o consumidor.

Os critérios da normalidade e da previsibilidade adotados pelo legislador referem-se ao uso rotineiro do bem de consumo, partindo de um grau de conhecimento mediano existente no mercado, seja através da prática cotidiana (por exemplo, a utilização de um liquidificador) ou de cursos de formação específicos (por exemplo, a condução de um veículo).¹⁰⁵⁰

Por outro lado, o artigo 9º permite que produtos e serviços “potencialmente nocivos ou perigosos” sejam colocados no mercado de consumo, desde que a periculosidade seja intrínseca ao produto ou serviço e haja informação adequada e ostensiva ao consumidor. Em seguida, o *caput* do artigo 10, proíbe a colocação no mercado de consumo de produtos ou serviços que o fornecedor “sabe ou deveria saber” possuir alto grau de periculosidade ou nocividade.^{1051 1052}

¹⁰⁴⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁰⁵⁰ NUNES, Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 237.

¹⁰⁵¹ Cumpre ressaltar que a CFRB/88, trouxe em seu art. 220, parágrafo 4º, uma disposição limitadora no comércio e publicidade de alguns produtos maléficos à saúde humana. Nesse rol constam o tabaco, as bebidas alcoólicas, os agrotóxicos, os medicamentos e as terapias, cabendo a lei infraconstitucional estabelecer regras limitadoras específicas. Trouxe, ainda, uma disposição importante acerca do direito à informação do consumidor, qual seja: a obrigatoriedade da presença de advertências sobre os riscos no rótulo do produto. O CDC não elencou um rol específico de produtos, mas ampliou a aplicação do dispositivo constitucional utilizando a classificação de “nocividade” e “perigosidade” para identificar os potenciais riscos e direcionar as ações do fornecedor em relação ao dever de cautela e informação.

¹⁰⁵² Para distinguir tais riscos e perigos, e identificar quais são permitidos pelo CDC, Antonio Herman Benjamin desenvolveu uma categorização que consiste em três tipos de periculosidade. Nesse rol estão a periculosidade

A compatibilização do princípio da segurança na LGPD e no CDC pode ser demonstrada na exigência de utilização de tecnologias de rastreamento, monetização e segmentação comportamental que sejam seguras do ponto de vista procedimental (tratamento regular de dados), seja do ponto de vista material (publicidade lícita). A publicidade comportamental online deve observar essa principiologia, uma vez que é capaz de gerar danos nas duas vertentes.

Nesse ponto, a longa tradição principiológica da segurança dos bens de consumo pode auxiliar o intérprete a identificar os limites legais da atividade de tratamento, principalmente diante das tecnologias disruptivas de renderização das emoções e extração contínua de dados.

Essa concepção revela a necessidade de “adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.” (art. 6, VIII, LGPD). Trata-se do **princípio da prevenção** que também encontra guarida no CDC no art. 6, VI e VII.¹⁰⁵³ Originalmente, os debates jurídicos do princípio da prevenção ocorrem desde os anos de 1930.¹⁰⁵⁴ Em um primeiro momento, as discussões sobre o princípio da prevenção se deram em temas ambientais. Dessa forma, o princípio da prevenção pode ser delimitado na possibilidade de adoção de medidas de proteção que visam diminuir os riscos conhecidos e comprovados pela ciência, como forma de gerenciar perigos e evitar danos ao meio ambiente e/ou a saúde humana.¹⁰⁵⁵

Os fundamentos filosóficos do princípio da prevenção estão nos estudos de Hans Jonas sobre “o princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica”,

inerente, a periculosidade adquirida e a periculosidade exagerada. Sobre tal categorização, veja: BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 185.

¹⁰⁵³ No CDC, com base em uma análise gramatical é possível afirmar que a prevenção aparece como um direito expresso no art. 6º, incisos VI e VII, que garantem ao consumidor a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.” Parte da literatura jurídica, entretanto, entende que tais incisos se referem, quase que exclusivamente, ao direito do consumidor de ter acesso às instâncias judiciais e administrativas e de pleitear medidas cautelares com requerimento liminar, com o objetivo de prevenir a ocorrência (ou garantir a reparação) do dano individual ou coletivo, que nesse último caso possui regras processuais específicas nos art. 83 e 84.

Nesse sentido estão os autores: NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 223;

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor: anotado e comentado – doutrina e jurisprudência*. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 106; SOUZA, Sylvio Capanema de; WERNER, José Guilherme Vasi;

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 70.

¹⁰⁵⁴ SANDS, Philippe. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. *Princípio da precaução*. Coleção Direito Ambiental em Debate. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 29.

¹⁰⁵⁵ BOURGUIGNON, Didier. *Le principe de précaution: Définitions, applications et gouvernance, analyse approfondie*. Bruxelas: União Europeia (EPRS), 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/8b5dfpm>. Acesso em: 4 jul. 2019. p. 3.

realizados na década de 1970.¹⁰⁵⁶ Jonas explica que a tecnologia modificou a relação do homem com a natureza. Ele passou a controlá-la pela “técnica”, mas sem compreender todos os efeitos maléficos. Esse novo cenário exige a adoção de uma “responsabilidade humana”, que não possui relação com a responsabilidade jurídica, mas com o desenvolvimento de uma nova ética pautada na responsabilidade por antecipação, para proteger e preservar os recursos naturais e a qualidade de vida das gerações futuras.¹⁰⁵⁷

Na LGPD a prevenção está ligada à exigência de um tratamento de dados que seja seguro desde a concepção. Trata-se do *privacy by design* que tem inspiração no *safety by design*, exigido na produção e comercialização de bens de consumo. Conforme indica Bruno Miragem, “os fornecedores devem promover a privacidade do consumidor em todas as etapas de desenvolvimento de seus produtos e serviços.”¹⁰⁵⁸ Isso envolve “a segurança dos dados, limites razoáveis de coleta, de boas práticas para conservação, descarte e precisão dos dados.”¹⁰⁵⁹

Ao lado da principiologia geral que dá conteúdo aos deveres legais dos agentes de tratamento/fornecedores do ramo publicitário digital, há necessidade de eleição de alguma **base legal de tratamento** de dados pessoais e dados sensíveis, nos termos do art. 7º da LGPD. No contexto da publicidade comportamental online, duas dessas condições legais são relevantes para a regularidade do tratamento de dados, a saber, o consentimento (art. 7º, I) e o legítimo interesse (art. 7º, IX).¹⁰⁶⁰

A escolha da base legal é realizada pelos agentes de tratamento envolvidos na cadeia publicitária e dependerão da análise acerca da finalidade do tratamento e da natureza do dado pessoal tratado. O consentimento depende da vontade declarada do titular, enquanto a base do

¹⁰⁵⁶ A literatura jurídica francesa indica que a obra de Hans Jonas pode ser considerada a melhor pesquisa científica sobre a temática. KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution: Rapport au Premier Ministre*. França. 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n8uw42>. Acesso em: 6 jun. 2019. p. 33.

¹⁰⁵⁷ JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

¹⁰⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSELVALD, Nelson (coords.). *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias*. São Paulo: Foco, 2020. p. 71.

¹⁰⁵⁹ Ibid.

¹⁰⁶⁰ A base legal presente no art. 7º, V, da LGPD não se aplica nesse caso, uma vez que o tratamento de dados deve ser estritamente necessário para a execução contratual. No caso da publicidade comportamental online não se parte de um contrato específico. O Grupo de Trabalho 29 foi cristalino ao apontar que “Article 7(b) is not a suitable legal ground for building a profile of the user’s tastes and lifestyle choices based on his click-stream on a website and the items purchased. This is because the data controller has not been contracted to carry out profiling, but rather to deliver particular goods and services, for example. Even if these processing activities are specifically mentioned in the small print of the contract, this fact alone does not make them “necessary” for the performance of the contract.” EUROPE UNION. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 6/2014*, on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. Adopted on 9 april 2014. Brussels: EU, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/z4euves9>. Acesso em: 13 jan. 2022. p. 17.

legítimo interesse parte de uma análise diferenciada e ponderada no justo equilíbrio entre os direitos do titular e os interesses do controlador dos dados (art. 10, da LGPD). Para os dados pessoais sensíveis há uma camada adicional de proteção que exigirá um grau mais elevado de consentimento e de fixação da finalidade específica para o tratamento (art. 11, da LGPD). Em alguns casos, mesmo que as condições legais sejam preenchidas, o tratamento não poderá ocorrer por vedação expressa (vide dados pessoais sensíveis de saúde e de crédito).¹⁰⁶¹

O **consentimento** foi definido no art. 5º, XII, da LGPD, como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.”¹⁰⁶² Tal dispositivo legal traz informações importantes sobre a centralidade do consentimento para a proteção de dados pessoais. Apesar de não ser a única base legal, ela recebe destaque na LGPD porque visa garantir que os titulares sejam informados e compreendam as informações fornecidas pelos agentes de tratamento. As condições específicas e complementares para o consentimento estão no art. 8º da LGPD.¹⁰⁶³

Antes da entrada em vigor da LGPD, a única base legal autorizativa do tratamento de dados pessoais era o consentimento. O art. 7º, IX, da MCI, exigia o “consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais.” A LGPD trouxe uma flexibilização ao consentimento como base legal e implementou outras que não encontravam previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁰⁶⁴ Tendo em vista a incompatibilidade da disposição do MCI com o novel diploma protetivo de dados pessoais, ocorreu a revogação tácita, não sendo mais aplicável as regras de consentimento do MCI ao tratamento de dados pessoais.

A LGPD passou a exigir, então, que o consentimento seja prévio, livre, informado e inequívoco, no que tange ao tratamento de dados pessoais em geral. Prévio, ao exigir que a manifestação de vontade do titular se dê antes de qualquer tipo de tratamento de dados a ser realizado pelos agentes responsáveis. Livre, ao indicar que o usuário efetivamente e afirmativamente concorda com as finalidades do tratamento, o que indica a adoção de um sistema *opt-in*, e não *opt-out*. Informado, ao empregar esforços para esclarecer ao titular como

¹⁰⁶¹ Vide seção 2.2.2, desta tese.

¹⁰⁶² BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁰⁶³ Ibid.

¹⁰⁶⁴ Felipe Palhares demonstra preocupação com essa flexibilização ao comentar que: “Posto que a LGPD seja uma legislação com claros objetivos de trazer maiores proteções à privacidade da pessoa natural, a ampliação das bases legais, neste caso em específico, deixará os indivíduos mais expostos à discricionariedade dos websites na utilização de cookies sem a necessidade de consentimento prévio, inclusive para finalidades de marketing direto, conformar autorizado pelo artigo 10, I, da Lei.” PALHARES, Felipe. Cookies: contornos atuais. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 51.

os dados serão tratados e para qual finalidade eles serão utilizados, além de disponibilizar ferramentas para o exercício da revogação do consentimento, retificação de dados, entre outros direitos do titular. Por fim, inequívoco. Os agentes de tratamento devem documentar a manifestação do consentimento. Não deve restar dúvidas sobre a escolha do titular dos dados. Existem diferentes formas de coleta do consentimento. Políticas de privacidade, aviso de cookies, configurações do *browser* utilizado pelo usuário, são algumas delas.¹⁰⁶⁵

Grande parte da atividade publicitária comportamental online parece desencadear, obrigatoriamente, a observância da base legal do consentimento para dados pessoais e para dados pessoais sensíveis. Esse, inclusive, é posicionamento da literatura brasileira dedicada ao tema.¹⁰⁶⁶ No cenário europeu, O Grupo de Trabalho 29, em parecer emitido em 2010, recomendou a utilização do consentimento como base legal para o tratamento de dados realizados no contexto da publicidade comportamental online.¹⁰⁶⁷ O consentimento não precisa ser solicitado a todo instante, mas deve delimitar a realização do monitoramento online do usuário, a finalidade comercial dos dados coletados, inclusive para os fins específicos da publicidade comportamental. Além de estabelecer claramente o prazo máximo da realização do tratamento.¹⁰⁶⁸

Existe uma peculiaridade ligada à base do consentimento quando os dados pessoais são “tornados manifestamente públicos pelo titular”, conforme indica o art. 7º, § 4º, da LGPD. Nesses casos, a realização do tratamento dispensa o consentimento porque se pressupõe anuência do titular dos dados para a realização do tratamento. De maneira exemplificativa, é possível citar as publicações realizadas pelos usuários de redes sociais virtuais, que inserem no

¹⁰⁶⁵ Temática aprofundada na seção 3.1.1, desta tese.

¹⁰⁶⁶ Nesse sentido:

MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 106, ano 25, p. 37-69, jul./ago. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4wftuy8w>. Acesso em: 13 jan. 2022;

BIONI, Bruno Ricardo. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais. E-book* (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mp27s26>. Acesso em: 15 set. 2021.

¹⁰⁶⁷ Entretanto, a Diretiva E-privacy prevê expressamente a exigência de consentimento para alguns tipos de cookies, conforme foi exposto na seção 1.2.3, desta tese.

¹⁰⁶⁸ Cabe apontar que: “It would not be necessary to request consent for each reading of the cookie. However, to ensure that data subjects remain aware of the monitoring over time, ad network providers should: i) limit in time the scope of the consent; ii) offer the possibility to easily revoke their consent to being monitored for the purposes of serving behavioural advertising and iii) create a symbol or other tools which should be visible in all the web sites where the monitoring takes place (the website partners of the ad network provider). This symbol would not only remind individuals of the monitoring but also help them to control whether they want to continue being monitored or wish to revoke their consent.” UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*. Brussels, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/8r9f923t>. Acesso em: 11 set. 2021. p. 23.

seu perfil dados pessoais da maneira voluntária. Isso, contudo, não dispensa a observância das finalidades eleitas e declaradas ao usuário. Caso os dados sejam utilizados para publicidade comportamental e perfilização, teoricamente a exigência do consentimento para esses fins persistiria.

Questão interessante surge acerca dos deveres dos agentes publicitários no que tange aos dados que não são considerados pessoais para a LGPD. Devido à inaplicabilidade desse diploma normativo aos dados anônimos ou dados não pessoais, mas que são utilizados para a publicidade comportamental online, o consentimento passa a ser regido pelos pressupostos da relação de consumo e pelo MCI. A manifestação de vontade do consumidor, diante dessa prática publicitária que emprega as tecnologias disruptivas, devem ser baseadas no princípio da informação e na exigência do seu consentimento, caso adentrem em sua esfera privada e íntima. Nos negócios jurídicos de consumo o silêncio não caracteriza anuência.¹⁰⁶⁹

A aceitação da publicidade comportamental é construída com base em informações que derivam dos equipamentos eletrônicos do consumidor e deve ser pautada nos princípios gerais do CDC.¹⁰⁷⁰ Além disso, o MCI parece ser aplicável para garantir o direito à privacidade no ciberespaço. De acordo com o art. 8º do MCI, garante-se aos usuários, o “direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.”¹⁰⁷¹ Inclusive, as cláusulas contratuais dos serviços digitais - e pode-se incluir nesse rol a atividade publicitária - serão nulas de pleno direito caso “impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet.” (art. 8º, parágrafo único, inciso I).¹⁰⁷²

Pelas razões elencadas, não parecem prosperar os argumentos de Felipe Palhares acerca da omissão do ordenamento jurídico brasileiro no que tange à proteção de dados não pessoais. Segundo o autor, em artigo científico sobre a tecnologia dos cookies:

(...) em grande parte das situações cookies serão considerados dados pessoais, por identificarem ou terem a possibilidade de identificar uma pessoa natural, especialmente quando forem utilizados por terceiros para fins de criação de perfis

¹⁰⁶⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2009, p. 58 e 59. Vide aprofundamento realizado na seção 3.1.1, desta tese.

¹⁰⁷⁰ Apesar disso, Bruno Miragem alerta que “a aceitação do consumidor sempre deve ser expressa, ainda que se possa interpretar, naquilo que lhe seja oneroso ou determine prejuízo, o consentimento tácito, segundo os usos.” MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSELVALD, Nelson (coords.). *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias*. São Paulo: Foco, 2020. p. 77.

¹⁰⁷¹ BRASIL. *Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016*. Marco Civil da Internet. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2uwssevz>. Acesso em: 12 jan. 2022.

¹⁰⁷² Ibid.

comportamentais e publicidade direcionada. Nessas circunstâncias, dados anônimos trariam pouca valia para as operações de empresas de publicidade, de modo que a utilização de cookies tende a ser promovida para a coleta de informações pessoais. Contudo, nem sempre cookies serão dados pessoais. Para muitas finalidades técnicas, como, por exemplo, para o balanceamento de carga de servidores, cookies podem processar dados que não identificam, nem podem identificar uma pessoa natural. Nesses casos, quando cookies não forem considerados dados pessoais, sua utilização foge do escopo das leis vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, inexistindo qualquer restrição legal ou requisito específico para seu uso.¹⁰⁷³

Por outro lado, uma inovação trazida pela LGPD pode ser utilizada como pressuposto para desencadear a utilização da publicidade comportamental online sem a necessidade de solicitar o consentimento dos usuários.¹⁰⁷⁴ É nessa linha que alguns autores defendem a utilização da **base legal do legítimo interesse**, presente no art. 7º, IX, da LGPD, para subsidiar a licitude do tratamento de dados para fins publicitários, quando os cookies ou demais tecnologias de tratamento de dados são empregadas para apoiar ou promover as atividades do controlador de dados pessoais.¹⁰⁷⁵

O legítimo interesse pode fundamentar o tratamento de dados, desde que as finalidades sejam legítimas, se demonstre a necessidade do tratamento e que haja balanceamento com os direitos/interesses dos titulares dos dados. De acordo com o art. 7º, inciso IX, da LGPD, o tratamento de dados pode ocorrer “quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.”

Em seguida, o art. 10, da LGPD traz os critérios norteadores para a aplicação nos casos concretos. O inciso II, desse artigo de lei, reforça que o legítimo interesse deve ser pautado e limitado na exata medida das legítimas expectativas e dos direitos e liberdades fundamentais do titular dos dados. Inclusive, a LGPD traz a obrigatoriedade do registro do teste do legítimo interesse, no seu art. 37, ao afirmar que “o controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no

¹⁰⁷³ PALHARES, Felipe. Cookies: contornos atuais. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 48.

¹⁰⁷⁴ É importante destacar que uma mesma atividade de tratamento pode conter mais de uma base legal de tratamento. LIMA, Caio César Carvalho. Estudo prático sobre as bases legais na LGPD. In: BLUM, Renato Opice (org.). *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 24-25.

¹⁰⁷⁵ Nesse ponto, Damian Clifford apresenta divergência acerca do tema da publicidade comportamental e do legítimo interesse, que também ocorre no ambiente europeu: “Although academic analysis (and indeed Article 29 Working Party opinions) illustrate that through a conventional understanding this means that the tracking of user-terminal equipment for advertising purposes requires the consent of the data subject, there has been a large degree of debate recently as to how far this consent stretches in relation to the availability of legitimate interests as a condition legitimizing the processing of such personal data for programmatic advertising purposes.” CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 193.

legítimo interesse.”¹⁰⁷⁶ A ANPD poderá solicitar aos agentes de tratamento que utilizam tal base legal, a elaboração de relatório acerca dos impactos à proteção de dados pessoais, conforme redação do art. 10, § 3º, da LGPD.¹⁰⁷⁷ Conforme afirma Bruno Bioni “O ‘bônus’ do legítimo interesse deve estar sincronizado com o ‘ônus’ decorrente da aplicação e documentação do referido teste de avaliação.”¹⁰⁷⁸

Quando o titular já possui uma relação contratual com o agente de tratamento e há utilização desses dados para subsidiar uma campanha de marketing, a justificativa pela escolha da base do legítimo interesse é mais factível. Nesse caso, a publicidade é contextual e direcionada ao grupo de clientes. Contudo, em situações em que não há vínculos contratuais e se emprega a publicidade comportamental, essa base legal parece perder força para justificar a dispensa do consentimento. Não se trata, contudo, de opinião unânime. Por exemplo, Pedro H. Ramos, que entende ser válida a aplicação do legítimo interesse para a entrega de publicidade direcionada para qualquer usuário da internet:

Mais especificamente sobre esse campo, parece-nos haver fortes argumentos para sustentar o legítimo interesse como uma base legal válida para fins de entrega de mídia direcionada no âmbito da LGPD, ainda que não haja um relacionamento prévio: (i) Legitimidade. Anunciantes, agências, *adtechs* e veículos possuem um claro interesse no uso de dados pessoais como parte dos *bid requests*, já que, caso não houvesse esse uso, o retorno sobre investimento seria certamente menor. E tal prática de marketing não é vedada pela legislação, sendo, portanto, lícita; (ii) Necessidade. O consentimento, como vimos acima, nem sempre será possível obter; entretanto, sem dados pessoais, as empresas não seriam capazes de entender as preferências dos usuários, e isso resultaria em um ciclo vicioso em que os anúncios seriam menos relevantes para os usuários, gerando menos cliques e conversões, o que levaria a menores receitas com publicidade e, potencialmente, menos conteúdo gratuito à disposição dos usuários; portanto, é necessário tratar tais dados pessoais para uma efetiva entrega de conteúdo direcionado; (iii) Balanceamento. Há uma razoável expectativa dos usuários de que portais e aplicativos gratuitos são sustentados pela publicidade (na Inglaterra, somente 13% dos usuários são contra a publicidade online como contrapartida ao acesso gratuito a sites; nos EUA, 85% dos usuários preferem acessar sites gratuitamente, suportados por publicidade, do que sites pagos).¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷⁶ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁰⁷⁷ Deve-se combinar o art. 10, com o art. 38 da LGPD: “art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial. Parágrafo único. Observado o disposto no caput deste artigo, o relatório deverá conter, no mínimo, a descrição dos tipos de dados coletados, a metodologia utilizada para a coleta e para a garantia da segurança das informações e a análise do controlador com relação a medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco adotados.” Ibid.

¹⁰⁷⁸ BIONI, Bruno Ricardo. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais. E-book* (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mp27s26>. Acesso em: 22 jan. 2022.

¹⁰⁷⁹ RAMOS, Pedro H. *A regulação de proteção de dados e seu impacto para a publicidade online: Um guia para a LGPD*. São Paulo: Baptista Luz Advogados, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdekxmv>. Acesso em: 5 jan. 2022. p. 16.

Diante das duas fases necessárias para a utilização correta do legítimo interesse dos agentes de tratamento (legitimidade e necessidade), além do teste da preponderância dos direitos do titular dos dados, nos leva à conclusão de que essa não é a melhor base legal para a atividade publicitária online.¹⁰⁸⁰ Em uma eventual utilização do legítimo interesse como base legal, cabe mencionar que o art. 10, §1º informa que: “Quando o tratamento for baseado no legítimo interesse do controlador, somente os dados pessoais *estritamente necessários* para a finalidade pretendida poderão ser tratados. (destaque nosso).”¹⁰⁸¹

Contudo, os riscos à privacidade, liberdade de escolha e autonomia privada, acabam por exigir a coleta do consentimento dos usuários.¹⁰⁸² Essa constatação não afasta a existência de fortes críticas à utilização do consentimento como base para a licitude do tratamento de dados no setor publicitário, seja pela falta de observância dos pressupostos necessários para a coleta e informação ao consumidor, seja pela limitação cognitiva de compreender as peculiaridades da publicidade comportamental online.¹⁰⁸³

Trata-se de um tema que exige maior delineamento teórico. Por este motivo, o próximo capítulo aprofunda tal questão, já que as dificuldades teóricas e práticas ultrapassam a mera coleta da manifestação de vontade do consumidor. Antes disso, cabe apontar o papel da SENACON e da ANPD na fiscalização do mercado publicitário online, com o objetivo de avaliar as necessidades de coordenação entre instituições governamentais.

2.2.4 A necessária coordenação entre SENACON, ANPD e CADE na fiscalização do mercado publicitário: uma “triáde protetiva” dos consumidores

A temática da publicidade comportamental é multisetorial. Não haverá uma agência específica para estabelecer o controle publicitário disruptivo. Tal prática comercial envolve uma miríade de atores e afeta não apenas a proteção do consumidor, mas soma-se às novas

¹⁰⁸⁰ Conforme anota Bruno Bioni sobre a temática do legítimo interesse: “Nunca houve consenso em transplantar tal figura do quadro jurídico europeu. Se analisado todo o processo de construção do texto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, nota-se que tal base legal somente foi esculpida após os dois processos de consulta pública e sob o temor de que tal conceito jurídico indeterminado fosse interpretado de forma inconsistente. A fim de evitar tal insegurança jurídica, a enunciação de tal termo de textura aberta veio amarrada com a previsão de critérios norteadores para a sua aplicação.” BIONI, Bruno Ricardo. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais. E-book* (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mp27s26>. Acesso em: 15 set. 2021.

¹⁰⁸¹ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁰⁸² TRAUNG, Peter. The Proposed New EU General Data Protection Regulation: Further Opportunities. *Computer Law Review International*. [S.l.], v. 33, n. 2, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrxwx8xw>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁰⁸³ OLIVEIRA, Ricardo; COTS. *O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 264-265.

problemáticas da proteção do titular de dados. Envolve, também, novos desafios para a manutenção de um mercado justo e equilibrado, pois a concentração de tecnologias e de dados pessoais, dão azo às práticas anticompetitivas e de concentração de mercado. Este tópico aborda, em linhas gerais, a importância da coordenação na proteção do consumidor, proteção de dados pessoais e da concorrência. Este último aspecto é apenas tangenciado nesta tese, uma vez que está fora do escopo de análise, mas revela uma visão importante para o desenvolvimento saudável do mercado de publicidade comportamental.

Nessa linha, pontua-se que a tramitação legislativa dos Projetos que deram corpo à LGPD, contaram com diferentes proposições. Apesar da iniciativa encaminhada pelo Poder Executivo ter sido amplamente utilizada para subsidiar as discussões parlamentares, o Projeto aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados e pelo Plenário, foi de autoria do Relator Deputado Orlando Silva. Encaminhado ao Senado Federal, tal Projeto foi aprovado em 10 de julho de 2018 e enviado à sanção do Presidente da República. O texto sofreu alguns vetos, mas foi sancionado e convertido na Lei n. 13.709/2018. O principal veto consistiu na redação dos arts. 55 e seguintes, que previam a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e estabelecia as suas competências e cargos de direção.¹⁰⁸⁴ A justificativa do veto consistiu na suposta inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa.¹⁰⁸⁵

A proposta vetada pelo Presidente da República trazia a **ANPD** como integrante da Administração Pública Federal indireta, sob o regime de autarquia especial e vinculada ao Ministério da Justiça. A ANPD possuiria, segundo a literatura jurídica, independência e autonomia técnico-administrativa e orçamentária.¹⁰⁸⁶ Poucos meses depois, em 27 de dezembro

¹⁰⁸⁴ O veto também alcançou o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade.

¹⁰⁸⁵ Nos termos do art. 51, §§ 1º e 2º, alíneas “a” e “e”, da CRFB/88, são de iniciativa privativa do Presidente da República a criação e extinção de Ministérios e outros órgãos da Administração Pública, ou, ainda, a criação de cargos na Administração direta ou autárquica. Para aprofundar a temática, veja: VASCONCELOS, Beto; PAULA, Felipe de. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados: origem, avanços e pontos críticos à luz das mudanças recentes. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 707-731.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

No mesmo sentido:

DONEDA, Danilo. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais. E-book* (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mp27s26>. Acesso em: 16 jan. 2022;

WIMMER, Miriam. Autoridades de proteção de dados pessoais no mundo: fundamentos e evolução na experiência comparada. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 153-170;

MAIOLINO, Isabela; MARQUES, Leonardo Albulquerque; TIMM, Luciano Benetti. Desafios para a defesa do consumidor e proteção de dados: necessidade de coordenação entre os sistemas. In: In: BLUM, Renato Opice (org.). *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 288-289.

de 2018, o então presidente da República, que finalizava seu mandato presidencial, editou a Medida Provisória n. 869/2018, alterando a LGPD. A nova redação não seguiu a mesma linha anteriormente adotada no Legislativo. O regramento da ANPD, convalidado pela Lei n. 13.853/2019, previu que a ANPD é um órgão da Administração direta e integrante da Presidência da República, mas que poderia ser transformada em autarquia após dois anos, a critério do Executivo. Essa transformação ocorreu em junho de 2022, com a Medida Provisória n. 1.124, de 13 de junho de 2022, que alterou a LGPD.

A literatura jurídica aponta críticas ao atual desenho institucional da ANPD.¹⁰⁸⁷ As principais críticas estão na atual vinculação à Presidência da República, uma vez que “pode não haver suficiente autonomia e independência institucional exigidas por outros países de modo a assegurar a cooperação jurídica internacional para transferência de dados pessoais entre nações.”¹⁰⁸⁸ Apesar disso, as alterações realizadas na MP original parecem ter reduzido algumas controvérsias ao ampliar o rol de competências da ANPD e prever a sabatina pelo Senado dos nomes indicados à diretoria da Autoridade.

A ANPD possui como missão “zelar pela proteção dos dados pessoais”, e sua visão consiste em “tornar-se órgão de referência nacional e internacional com relação à proteção de dados pessoais.” Para tanto, o Planejamento Estratégico da ANPD prevê a promoção e fortalecimento da cultura da proteção de dados pessoais, a criação de um “ambiente normativo eficaz para tanto, além de prever o aprimoramento do *enforcement* da LGPD, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.”¹⁰⁸⁹

O art. 55-J da LGPD traz uma lista de 24 incisos com as competências da ANPD. Dentre tais dispositivos legais, destacam-se a competência regulamentar da Autoridade (incisos XIII e XVIII), de fiscalização (incisos IV, X, XVI e XVII), de elaboração e implementação de políticas públicas (incisos III, VI, VIII, VIII e XIX), de articulação nacional (incisos XX a

¹⁰⁸⁷ DONEDA, Danilo. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais. E-book* (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mp27s26>. Acesso em: 16 jan. 2022.

¹⁰⁸⁸ VASCONCELOS, Beto; PAULA, Felipe de. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados: origem, avanços e pontos críticos à luz das mudanças recentes. In: In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 724.

¹⁰⁸⁹ BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Planejamento Estratégico 2021-2023*. Brasília, DF: ANPD, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/3tfae47u>. Acesso em: 16 jan. 2022.

XXIV) e de cooperação internacional (inciso IX).¹⁰⁹⁰ Já o Decreto n. 10.474, de 26 de agosto de 2020, que regulamentou a ANPD, estabelece a estrutura regimental e demais questões técnicas responsáveis pela sua viabilização material.¹⁰⁹¹

Em 2021, a ANPD emitiu a Portaria n.1, estabelecendo o seu Regimento Interno. O art. 12, inciso IX, dessa Portaria estabeleceu como competência da Coordenação-Geral de Relações institucionais e Internacionais, a articulação “com órgãos e entidades civis de defesa do consumidor com vistas à promoção de campanhas de educação e conscientização em matéria de dados pessoais.”¹⁰⁹²

Trata-se de atividade obrigatória de coordenação prevista na LGPD, no art. 55-J, § 4º. De acordo com tal dispositivo, a ANPD deve manter um “fórum permanente de comunicação” com órgãos e entidades da administração pública, tendo em vista o aspecto transversal da proteção de dados pessoais.¹⁰⁹³ Visa-se, assim, “facilitar as competências regulatória, fiscalizatória e punitiva da ANPD.”¹⁰⁹⁴ Inclusive, o primeiro Acordo de Cooperação Técnica para a coordenação das atividades de tratamento foi realizado em 2021, entre ANPD e SENACON. O objetivo do acordo está na promoção de “ações conjuntas sobre assuntos de interesse recíproco.”¹⁰⁹⁵

O documento traz as diretrizes gerais para a coordenação das atividades entre ANPD

¹⁰⁹⁰ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁰⁹¹ BRASIL. Decreto n. 10.474, de 26 de agosto de 2020. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5d3kw43y>. Acesso em: 16 jan. 2022.

¹⁰⁹² BRASIL. Presidência da República. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (Conselho Diretor). *Portaria n. 1, de 18 de março de 2021*. Estabelece o Regimento Interno da Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdfn7cvx>. Acesso em: 16 jan. 2022.

¹⁰⁹³ Para além da SENACON, o CADE também se revela importante na temática da proteção dos dados pessoais. Nessa linha: RICHTER, Diogo Kastrup. Desafios e interfaces da defesa da concorrência e da proteção de dados pessoais na economia de plataforma. *Revista de Direito Público da Economia -RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 53-71, out./dez. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckwntsx>. Acesso em: 16 jan. 2022.

¹⁰⁹⁴ Conforme redação do art. 55-J, § 4º, da LGPD: “A ANPD manterá fórum permanente de comunicação, inclusive por meio de cooperação técnica, com órgãos e entidades da administração pública responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica e governamental, a fim de facilitar as competências regulatória, fiscalizatória e punitiva da ANPD.” BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Op. cit.

¹⁰⁹⁵ BRASIL. Presidência da República. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Acordo de Cooperação Técnica n. 1/2021/GAB-SENACON*. Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram a ANPD e a Secretaria Nacional do Consumidor do MJSP. Processo n. 08012.000596/2021-53. Brasília, DF: 22 mar. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckwybru>. Acesso em: 16 jan. 2022.

e SENACON.¹⁰⁹⁶ ¹⁰⁹⁷ Dentre as ações interinstitucionais pactuadas, estão o compartilhamento de informações e de dados sobre as reclamações dos consumidores acerca dos serviços que envolvam dados pessoais, registrados na Plataforma “Consumidor.gov.br”,¹⁰⁹⁸ além da elaboração conjunta de estudos, análises, capacitação e políticas públicas “relacionadas à proteção de dados pessoais no âmbito das relações de consumo.” Outro ponto elencado como essencial a coordenação do setor, está na fiscalização e na regulamentação do mercado de consumo digital, já que envolve a interface entre as competências dos dois órgãos.¹⁰⁹⁹

A atuação da **SENACON** no recebimento e processamento dessas reclamações, deriva do art. 18, caput e § 1º e 8º, da LGPD ao pontuar que o direito de petição do titular dos dados pessoais poderá ser exercido perante a ANPD ou perante “os organismos de defesa do consumidor.”¹¹⁰⁰ Assim, além do “Consumidor.gov.br”, os titulares dos dados poderão recorrer aos Procons espalhados pelo Brasil para reclamar sobre relações de consumo que infrinjam a proteção dos dados pessoais.

Apesar disso, o art. 55-K reserva à ANPD, com exclusividade, a aplicação de sanções previstas na LGPD. O dispositivo legal aponta, também, que as competências da ANPD acerca da proteção de dados pessoais preponderarão sobre a competência da SENACON ou de

¹⁰⁹⁶ Sobre a importância da cooperação entre tais órgãos: MAIOLINO, Isabela; MARQUES, Leonardo Albulquerque; TIMM, Luciano Benetti. Desafios para a defesa do consumidor e proteção de dados: necessidade de coordenação entre os sistemas. In: In: BLUM, Renato Opice (org.). *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

¹⁰⁹⁷ Na redação original da Medida Provisória que criou a ANPD, a redação legal mencionava expressamente a articulação entre ANPD e SENACON. Contudo, na tramitação no Congresso Nacional, preferiu-se aprovar o texto final com a menção genérica da cooperação entre ANPD com “outros órgãos da administração pública”, conforme redação do art. 55-J, § 4º, da LGPD.

¹⁰⁹⁸ A Plataforma “Consumidor.gov.br”, gerida pela SENACON (Decreto 10.197/2020), funcionará como meio para recebimento das reclamações dos consumidores em demandas que envolvam o tratamento de dados pessoais. As estatísticas e dados derivados da Plataforma serão entregues à ANPD para a melhor condução das políticas públicas do setor. O titular dos dados também conta com canal direto com a ANPD para reclamação acerca de irregularidades no tratamento de dados, mesmo que a demanda envolva uma relação de consumo. A Plataforma pode ser acessada em: BRASIL. Ministérios da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional do Consumidor. *Plataforma Consumidor.gov*. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9bzt6e>. Acesso em: 16 jan. 2022.

¹⁰⁹⁹ BRASIL. Presidência da República. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Acordo de Cooperação Técnica n. 1/2021/GAB-SENACON*. Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram a ANPD e a Secretaria Nacional do Consumidor do MJSP. Processo n. 08012.000596/2021-53. Brasília, DF: 22 mar. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yekwybru>. Acesso em: 16 jan. 2022.

¹¹⁰⁰ Conforme a redação legal: “art. 18 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 (...) § 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de petição em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional. (...) § 8º O direito a que se refere o § 1º deste artigo também poderá ser exercido perante os organismos de defesa do consumidor.” BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

quaisquer outros órgãos da administração pública.¹¹⁰¹ Nesse ponto, surge a dúvida sobre qual seria a competência da SENACON diante das demandas de consumo que envolvam o tratamento de dados pessoais. Elas foram derogadas pela LGPD?

Sendo a ANPD responsável por dirimir dúvidas sobre interpretação e aplicação da LGPD, os posicionamentos oficiais dessa Autoridade prevalecerão sobre os demais órgãos da administração pública.¹¹⁰² Inclusive, a SENACON deverá aplicar os entendimentos exarados pela ANPD. Caso haja eventual conflito de competências administrativas, por exemplo, entre a demanda de consumo e a proteção de dados pessoais, a LGPD é cristalina ao afirmar a preponderância das competências da ANPD. Essa leitura, contudo, não exime a ANPD de observar e aplicar às normas presentes no CDC, conforme se extrai dos art. 2º, inciso VI e art. 64, da LGPD.

Além disso, as competências da SENACON na fiscalização do mercado de consumo e na aplicação de sanções previstas no CDC, não sofreram alterações com a LGPD. Conforme aponta Bruno Miragem:

(...) são preservadas as competências de fiscalização (sancionatórias) e regulamentares, relativamente às normas previstas no CDC. Não sugeriu a lei, qualquer prevalência quanto ao exercício da competência sancionatória, razão pela qual, a exemplo do que já ocorre na fiscalização de fornecedores regulados por órgãos ou entidades setoriais, a lesão a direitos do consumidor decorrentes da violação da privacidade ou utilização indevida de dados pessoais poderá também ser objeto de atuação dos órgãos e entidades de defesa do consumidor, quando tenham por fundamento infração a normas do CDC ou de sua regulamentação. Apenas quando se trate da violação de deveres previstos expressamente na LGPD, e que não se reflitam na violação de alguma norma específica da legislação de proteção do consumidor, é que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados exercerá sua competência exclusiva.¹¹⁰³

A conclusão alcançada pelo autor foi consubstanciada na redação do art. 52, § 2º, da LGPD, que faz uma ressalva acerca das sanções previstas no diploma protetivo dos dados pessoais. De acordo com esse artigo de lei, a LGPD “não substitui a aplicação de sanções administrativas, civis ou penais definidas na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 [CDC], e

¹¹⁰¹ Conforme a redação legal: “art. 55-K A aplicação das sanções previstas nesta Lei compete exclusivamente à ANPD, e suas competências prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública.” BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹¹⁰² WIMMER, Mirim. Os desafios do enforcement na LGPD: Fiscalização, aplicação de sanções administrativas e coordenação intergovernamental. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais. E-book* (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mp27s26>. Acesso em: 16 jan. 2022.

¹¹⁰³ MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSELVALD, Nelson (coords.). *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias*. São Paulo: Foco, 2020. p. 78.

em legislação específica.”¹¹⁰⁴ Dessa forma, “(...) é provável que em algum momento venham a existir casos similares em andamento tanto na SENACON quanto na ANPD.”¹¹⁰⁵ Nessa linha, pode-se citar os casos já decididos pela SENACON acerca da Decolar.com, Facebook e Google, que também poderiam ser alvo de fiscalização e aplicação de multas pela ANPD. Dúvidas podem surgir sobre o potencial *bis in idem* dessas penalidades. Contudo, esse tema foge da problemática e do escopo definidos nesta tese.¹¹⁰⁶

Conforme delineado até agora, a publicidade comportamental online é ilustrativa da possibilidade de tratamento jurídico multisetorial. Enquanto a SENACON é competente para fiscalizar e aplicar sanções à rede publicitária pela ilicitude ou abusividade do conteúdo publicitários e dos meios tecnológicos empregados para tanto, a ANPD é competente por averiguar a adequação do tratamento de dados realizado por essas sociedades empresárias. As irregularidades podem advir falta de uma base legal para o tratamento dos dados pessoais, pela violação dos direitos do titular e do efeito discriminatório dos perfis individuais utilizados para a segmentação comportamental. O funcionamento da ANPD, portanto, reforça a proteção do titular de dados diante dos riscos dessa nova atividade publicitária.

Por outro lado, um terceiro órgão também tende a atuar nas demandas envolvendo esse novo mercado publicitário que engloba diferentes práticas comerciais.¹¹⁰⁷ Trata-se do CADE, que atua no controle preventivo de atos de concentração e no controle repressivo na investigação e punição de práticas anticompetitivas.¹¹⁰⁸ A coordenação entre as atividades da

¹¹⁰⁴ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹¹⁰⁵ MAIOLINO, Isabela; MARQUES, Leonardo Albulquerque; TIMM, Luciano Benetti. Desafios para a defesa do consumidor e proteção de dados: necessidade de coordenação entre os sistemas. In: BLUM, Renato Opice (org.). *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 288.

¹¹⁰⁶ Sobre o tema, ver: SILVEIRA, Paulo Burnier. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 2, n. 2, pp. 5-22, nov. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/y2742ads>. Acesso em: 16 jan. 2022.

¹¹⁰⁷ O Direito Concorrencial não faz parte do escopo desta tese. Contudo, vale ressaltar que tal área “visa, precipuamente, regular as relações jurídicas entre dois fornecedores, ou seja, visa a regulação das relações entre os prestadores de serviços e os produtores, englobando todos os agentes envolvidos na cadeia de produção, desde o fabricante até o comerciante responsável por atuar diretamente com o consumidor. Pelo fato de o mercado moderno apresentar tais características, evidentemente o Direito da Concorrência irá interessar não somente às relações de fornecedores, como, indiretamente, ao próprio consumidor, pois, certamente, uma concorrência sadia sempre será de interesse do consumidor, já que a concorrência desleal, afetando inevitavelmente o mercado o mercado como um todo, afetará, indubitavelmente e de certa forma, o consumidor.” SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 243-244.

¹¹⁰⁸ CASTRO, Bruno Braz; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Política concorrencial e política consumerista no Brasil: possíveis sugestões para a agenda normativa do Cade. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (orgs.) *Evolução antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018;

ANPD e do CADE, também já contam com um Acordo de Cooperação Técnica assinado em 2021. O objetivo do acordo está no “combate às atividades lesivas à ordem econômica e o fomento e a disseminação da cultura da livre concorrência nos serviços que vindicarem a proteção de dados pessoais.”¹¹⁰⁹ Também há previsão de estudos e análises colaborativas, compartilhamento de dados de investigações que envolvam dados pessoais entre ANPD e CADE, bem como a cooperação para fiscalização das infrações à ordem econômica que possuem correlação com a proteção de dados.¹¹¹⁰

A **tríade de agências estatais** (consumerista, de proteção de dados e antitruste) é capaz de funcionar como uma rede de proteção aos consumidores expostos à prática da publicidade comportamental online. Não existem, ainda, resultados práticos dos ACTs ou estudos específicos sobre a prática dessa nova modalidade de publicidade. Entretanto, tudo indica que o *enforcement* dos regimes jurídicos aplicáveis ao setor, dependerá da coordenação entre os três setores-chave. Para além disso, a tríade necessitará da observância dos avanços autorregulatórios alcançados nacional e internacionalmente na seara da proteção de dados e dos padrões técnicos da publicidade comportamental.

A LGPD informa no seu art. 49, que “os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos nesta Lei e às demais normas regulamentares.” Para além disso, o art. 51, preleciona que “a autoridade nacional estimulará a adoção de padrões técnicos que facilitem o controle pelos titulares dos seus dados pessoais.”¹¹¹¹ Tais dispositivos legais reforçam, portanto, o papel da autorregulação como

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Global Forum on Competition. *The interface between competition and consumer policies*. Report DAF/COMP/GF(2008)10. Paris: OECD, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/acjxtssa>. Acesso em: 16 jan. 2022.

¹¹⁰⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Acordo de Cooperação Técnica n. 5/2021*. Acordo de Cooperação Técnica entre Conselho de Defesa Econômica – CADE e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, para o aperfeiçoamento das ações voltadas à defesa, fomento e disseminação da concorrência no âmbito dos serviços de proteção de dados. Processo n. 08700.002088/2021-51. Brasília, DF: 31 maio 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p93aska>. Acesso em: 16 jan. 2022.

¹¹¹⁰ Sobre a temática da concorrência em mercados digitais, no que tange aos dados pessoais, veja:

ROCHA, Daniel Favoretto. Concorrência em mercados digitais e desafios ao controle de atos de concentração. *Revista de Defesa da Concorrência*. Brasília, v. 7, n. 2, p. 99-120, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/452wczze>. Acesso em: 16 jan. 2022;

WISNIEWSKI, Caio Henrique. *Violação de dados pessoais pode ser um desafio ao antitruste?* Artigo vencedor do 39º Programa de Intercâmbio do CADE (PinCADE). Brasília, 13 mar. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w7kkf>. Acesso em: 30 set. 2021.

¹¹¹¹ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

atividade privada auxiliadora da proteção de dados pessoais. Esse papel de destaque da autorregulação na LGPD auxiliará o setor publicitário a adotar padrões específicos para a publicidade comportamental, que se somarão as atuais regras do CONAR, do CENP e demais agentes envolvidos nessa atividade.

2.2.5 Síntese da segunda categoria protetiva: os regimes legais limitam o tratamento de dados pessoais realizado na publicidade comportamental

A proteção de dados pessoais partiu da funcionalização do direito à privacidade. Dele derivou e angariou a autonomia de um direito fundamental com previsão expressa na CRFB/88, por meio da promulgação da Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022. A violação do direito à proteção de dados pessoais, portanto, independe de perturbações na esfera íntima da pessoa humana. O mero tratamento irregular de dados, inclusive daqueles tornados públicos pelo seu titular, já é suficiente para desencadear a aplicação desse regime protetivo. A LGPD, em que pese não ser o primeiro diploma normativo a abordar a temática, inovou ao trazer uma visão especializada e geral para o tratamento de dados realizado por agentes públicos e privados.

Neste tópico, a publicidade comportamental online foi analisada com o objetivo de compreender se o novel diploma normativo de proteção de dados no Brasil, abrange tal atividade comercial. Identificou-se, contudo, que respostas simplificadas pela aplicação integral da LGPD à atividade publicitária não parecem adequadas à complexidade do estado atual do desenvolvimento tecnológico das TICs. Além disso, tal leitura desconsidera a presença de dados de diferentes naturezas (pessoais, não pessoais, anônimos e pseudoanônimos) no ciclo de produção e distribuição de anúncios personalizados. Para além disso, a criação de perfis, por si só, não é capaz de revelar a aplicação automática da LGPD, como defendem alguns estudiosos do tema.

Para destrinchar tais questionamentos, que ainda recebem pouca atenção da comunidade científica nacional, a análise se concentrou nos pressupostos legais de aplicação da LGPD e na construção doutrinária estrangeira sobre o tema. Principalmente, naquilo que as teses e estudos estrangeiros foram capazes de contribuir para responder ao problema de pesquisa eleito, com o cuidado de não incorrer em simplificações ou comparações que desconsideram as peculiaridades de cada ordenamento jurídico. Nessa linha, a literatura jurídica e, também, as opiniões dos órgãos da União Europeia funcionaram para esclarecer algumas lacunas presentes na LGPD.

Partindo desse introyto, observou-se que a aplicação da LGPD depende da análise de

quatro elementos configuradores do conceito de dado pessoal: (i) informação; (ii) relacionada à; (iii) pessoa natural; e, (iv) identificada ou identificável. As maiores divergências doutrinárias consistiram na análise dos elementos II e IV.

Os dados pessoais perfazem qualquer tipo de informação suficientemente precisa para dizer respeito à uma pessoa natural identificável. Tal relação (dado + pessoa) pode ser analisada sob três condições alternativas ligadas: (i) ao “conteúdo” do dado que possui informações capazes de identificar uma pessoa; (ii) a “finalidade” de vinculação do dado ao seu titular para analisar, avaliar, discriminar ou influenciar uma pessoa natural; ou (iii) ao “resultado” do tratamento de dados, se lesivo aos direitos e liberdades da pessoa humana (por exemplo, discriminação injusta de algoritmos de segmentação). Tais condições devem ser, obrigatoriamente, cumuladas com o elemento “identificabilidade”, que não é dispensando em nenhum momento. Preenchidos tais elementos e configurada a operação de tratamento, a LGPD será aplicável no caso concreto.

A “identificabilidade” é um dos elementos controversos na análise da publicidade comportamental online, uma vez que a utilização de identificadores alfanuméricos para identificar um titular, foge da noção tradicional de nomear as pessoas, para que uma ficha ou perfil seja considerado pertencente à uma pessoa singular. Dados que antes possuíam pouca importância, tais como a taxa de cliques em uma página da internet, a movimentação do cursor de tela e a velocidade de digitação, se tornam dados sujeitos à análise e predição comportamental do seu titular. O potencial disruptivo dos algoritmos e o aprendizado de máquina tornam qualquer dado relevante para fins de marketing e de publicidade. Apesar da existência de técnicas de minimização de dados e de anonimização, o avanço tecnológico torna a fronteira da “identificabilidade” maleável e dinâmica.

É certo que a publicidade comportamental online geralmente processará dados pessoais, pois parte de sua atividade se concentra na realização do rastreamento de dispositivos particulares para entregar anúncios personalizados à uma pessoa natural identificável. Partindo desse cenário, a legislação específica (LGPD) deverá ser observada pelos agentes publicitários que também serão considerados agentes de tratamento (controladores, operadores ou suboperadores).

Os veículos de divulgação e os anunciantes parecem exercer o papel de controladores, já que formam uma rede de anúncios que atribui autonomia para que cada um deles promovam a coleta de dados, o processamento a perfilização automatizada, além de possibilitar a utilização inferências no direcionamento e segmentação publicitários. Por outro lado, as agências de propaganda exercem, segundo a ANPD, o papel de operadora de dados, pois elas não definem

os elementos essenciais do tratamento de dados e da destinação dos anúncios publicitários. Os suboperadores consistem nos agentes intermediadores da compra e venda de mídia digital, ou seja, dos espaços que serão ocupados com a publicidade comportamental (Ad Exchanges, as Demand-Side Platforms e as Supply Side Platforms).

Apesar dessa visão didática demonstrar precisão no delineamento dos agentes de tratamento, a complexidade tecnologia pode revelar uma sobreposição e embaralhamento das atividades vocacionadas à publicidade comportamental online. Apenas no caso concreto poderá haver uma melhor divisão desses papéis, o que pode afetar a imputação de responsabilidade por danos causados aos titulares.

A atividade de perfilização gera riscos à pessoa humana. Isso nos levou a concluir que o impacto dessa atividade na vida das pessoas não é insignificante, uma vez que o conhecimento criado é posteriormente utilizado para a tomada de decisões automatizadas relativas à determinados grupos ou indivíduos, que são alvo de algoritmos pouco transparentes.

Nessa linha, a temática da discriminação ilícita e abusiva foi novamente tratada na segunda parte deste capítulo, agora sob o enfoque do tratamento de dados realizado para direcionar e segmentar públicos. Assim como o CDC, a LGPD também veda a discriminação ilícita ou abusiva (art. 6º, inciso IX). Tal proteção legal que, independeria de previsão na LGPD, uma vez que está abarcada pelo direito fundamental à igualdade, visa prevenir efeitos negativos que podem impactar, para além da privacidade dos titulares de dados pessoais, a liberdade e a autonomia das pessoas expostas à essas práticas comerciais. Um dos desafios para proteção dos consumidores está nos limites da proteção do segredo comercial e industrial que acabam por tornar ainda mais opaco o funcionamento dos algoritmos de análise e predição comportamental.

Além disso, foram delineados os deveres gerais e específicos dos agentes de tratamento de dados pessoais na seara da publicidade. Na publicidade comportamental online, os usuários dos serviços do ciberespaço devem ser informados sobre a finalidade dos cookies e demais tecnologias de rastreamento que são empregadas em seus dispositivos eletrônicos. Até esse ponto, independe saber se a base legal para o tratamento consiste no consentimento ou no legítimo interesse. O dever de informar qual é a finalidade do tratamento persiste independente da base legal eleita. Para além disso, a segurança das tecnologias empregadas deve prestigiar a proteção da privacidade, a não discriminação injusta, a minimização dos dados, a transparência e o exercício dos direitos do titular de dados.

Teoricamente, a base legal para o tratamento de dados pessoais para fins publicitários tende a ser baseada no consentimento do titular. A aplicação do legítimo interesse é acompanhada de critérios que compatibilizam os interesses dos agentes de tratamento com as

expectativas dos titulares dos dados pessoais. Como defendido no primeiro capítulo, a atividade publicitária comportamental traz riscos à privacidade, liberdade de escolha e autonomia privada, o que torna inadequada a utilização da base do legítimo interesse como autorizativa do tratamento de dados pessoais, uma vez que os direitos e os interesses do titular devem prevalecer nesses casos. Apesar disso, também existem críticas à utilização massiva do consentimento para o tratamento de dados. Tais críticas derivam das limitações cognitivas do ato de consentir, que são aprofundadas no próximo capítulo.

Ao final, demonstrou-se a importância da futura coordenação entre a ANPD, SENACON e Cade para a proteção dos dados pessoais dos consumidores expostos à prática da publicidade comportamental. A LGPD reforça a importância da complementação de competências nas atividades educativas, de fiscalização e sancionatórias. A ANPD possui um papel central na regulamentação das atividades de tratamento e na interpretação da LGPD. O primeiro guia orientativo emitido pela Autoridade, já trouxe alguns ganhos para a temática desenvolvida nesta tese quando esclareceu o papel dos agentes de tratamento nas atividades de marketing.

Partindo da construção realizada até agora é possível concluir que a publicidade comportamental está parcialmente abrangida na LGPD. O uso das tecnologias de rastreamento envolve a coleta de dados pessoais, a formação de perfis individuais e a predição comportamental são práticas comerciais que sofrem limitações pela LGPD. Os agentes publicitários devem observar, além dos deveres previstos no CDC, toda a disciplina normativa da LGPD. Quando o tratamento de dados escapa à aplicação da LGPD, o MCI será aplicável para garantir o direito à privacidade no ciberespaço. Nessa linha, defende-se que o consentimento continua a ser obrigatório para coleta de dados não pessoais em equipamentos eletrônicos.

CAPÍTULO 3

OS DESAFIOS IMPOSTOS PELA PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL À PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR

Uma nova forma modalidade de assimetria de informações surge com as tecnologias utilizadas na publicidade comportamental online. Tal assimetria refere-se ao arsenal de dados pessoais que os agentes publicitários têm acesso, no ambiente virtual ou físico, que agora conta com uma integração promovida pelos programas de fidelidade, aplicativos móveis de descontos, entre outras práticas comerciais que visam mapear o perfil comportamental dos seus usuários. Enquanto os agentes publicitários sabem muito sobre os consumidores, esses últimos pouco ou nada sabem sobre a coleta, perfilização ou compartilhamento dos seus dados com terceiros. Pouco sabem, também, sobre o funcionamento complexo desse ambiente publicitário disruptivo e potencialmente persuasivo das intenções de compra e consumo de conteúdo digital.

Esse cenário é descrito pela literatura especializada como o fenômeno do “espelho unidirecional” (*the one-way mirror*). O idealizador dessa expressão, o autor Frank Pasquale, aponta que “agentes corporativos importantes têm conhecimento das minúcias de nossa vida diária, embora saibamos pouco ou nada sobre como eles usam esse conhecimento para influenciar as decisões importantes que nós tomamos e as ações que eles implementam.” (tradução nossa).¹¹¹² De um lado, o consumidor “(...) pode ver apenas aplicativos, páginas da web, anúncios e você mesmo refletidos nas redes sociais. Mas, nas sombras atrás do vidro, os rastreadores silenciosamente tomam notas sobre quase tudo que você faz.” (tradução nossa).¹¹¹³

1114

Nessa linha, o presente capítulo tem como objetivo mapear os desafios impostos pela

¹¹¹² “Important corporate actors have unprecedented knowledge of the minutiae of our daily lives, while we know little to nothing about how they use this knowledge to influence the important decisions that we— and they— make.” PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 9.

¹¹¹³ “The tech companies, data brokers, and advertisers behind this surveillance, and the technology that drives it, are largely invisible to the average user. Corporations have built a hall of one-way mirrors: from the inside, you can see only apps, web pages, ads, and yourself reflected by social media. But in the shadows behind the glass, trackers quietly take notes on nearly everything you do.” CYPHERS, Bennett; GEBHART, Gennie. Behind the One-Way Mirror: A Deep Dive into the Technology of Corporate Surveillance. *Electronic Frontier Foundation (EFF)*. [S.l.], 2 dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4x3r5k4u>. Acesso em: 4 jan. 2022. p. 4.

¹¹¹⁴ Em sentido semelhante, ainda em 1995, Lampreia apontava especificamente no setor publicitário, que a atividade publicitária moderna se assemelhava mais a um “espelho” que um agente propriamente dito. Isso porque ela é adaptativa às exigências do mercado e se aproveita das tecnologias existentes para refletir no anúncio publicitário veiculado a face que a sociedade deseja ver e consumir. LAMPREIA, J. M. *A publicidade moderna*. 4. ed. Lisboa: Presença, 1995.

publicidade comportamental ao arcabouço jurídico protetivo do consumidor fundado nas noções de racionalidade humana e no novel regime do consentimento previsto na LGPD para, então, identificar as possíveis falhas normativas daí decorrentes. Para tanto, o seguinte questionamento funciona como “fio condutor” do tópico 3.1: A utilização do consentimento informado como base jurídica autorizativa do tratamento de dados para fins publicitários garante a proteção do consumidor no ciberespaço? O tópico 3.2, por outro lado, problematiza: em que medida a publicidade comportamental impacta a autonomia decisória dos consumidores no ambiente virtual?

3.1 Os desafios ligados ao consentimento como pedra angular do controle jurídico da publicidade comportamental

O consentimento não é a única base jurídica autorizativa do tratamento de dados. Existem outras nove bases que poderão ser observadas pelos agentes de tratamento. Ao lado do consentimento, o legítimo interesse é igualmente relevante para a atividade publicitária delineada nesta tese. Contudo, como defendido no capítulo 2, o legítimo interesse não parece ser a base mais adequada para a realização das práticas comerciais necessárias na segmentação comportamental com fins publicitários. Isso porque existem riscos relevantes ao titular de dados frente ao rastreamento, perfilização e segmentação comportamental. A partir dessa construção, a presente seção visa compreender se o consentimento informado como base jurídica autorizativa da publicidade comportamental é impactado pelas tecnologias disruptivas nela empregadas e delineadas no capítulo 1. Esse questionamento é relevante quando a rigidez da estrutura legal contrasta com a dinamicidade transformadora das TICs e pode potencializar as limitações práticas do consentimento informado como construção central na proteção do consumidor.

O primeiro passo está na interpretação do controvertido conceito de consentimento, abordando a sua adjetivação, centralidade e compatibilidade com as práticas comerciais atuais de *opt-out* para fins publicitários (seção 3.1.1). Em seguida, são apresentadas as dificuldades inerentes ao processo de comunicação entre fornecedores e consumidores, por meio de análise de pesquisas empíricas que apontam falhas na concretização do dever de informar, seja pelo excesso ou falta de informações, seja pela capacidade limitada dos consumidores de internalizar tais dados e agirem ativamente na preservação do seu direito de consentir de maneira informada (seção 3.1.2). Partindo dessas constatações, os *insights* da economia comportamental são utilizados para densificar as conclusões obtidas na seção anterior. Eles subsidiam a análise das chamadas “patologias” do consentimento e verificam se o consentimento seria a melhor estratégia para a proteção do consumidor/titular de dados pessoais no contexto da publicidade

comportamental online (seção 3.1.3). A seção 3.1.4 conclui.

3.1.1 As divergências na definição jurídica e na operacionalização do consentimento informado

O consentimento informado possui grande relevância na estrutura regulatória atual na legislação de proteção de dados pessoais. Não se trata mais de uma importância unívoca no ordenamento jurídico brasileiro, já que o consentimento não é mais a única base autorizativa do tratamento de dados. Apesar disso, as inovações trazidas pela LGPD não parecem ter diminuído a sua centralidade como elemento de empoderamento do titular dos dados pessoais. O termo “consentimento” aparece 35 vezes na LGPD, além de contar com uma grande carga principiológica a ele ligada, no que tange a transparência, especificação de propósitos, de acesso, qualidade de dados, adequação, necessidade, pertinência e não excessividade. Partindo dessa constatação, a presente seção visa expor o histórico, a definição e a adjetivação do consentimento na LGPD, com o objetivo de verificar a sua adequação diante das atuais práticas de coleta do consentimento na atividade publicitária comportamental (escolhas do tipo take-it or leave-it, ferramentas opt-out, banners de cookies e configurações de browsers).

Manifestação da vontade. Essa é a razão de ser do consentimento como base jurídica na LGPD.¹¹¹⁵ Trata-se de verificar o desejo do titular em permitir o tratamento dos seus dados pessoais em situações que não se enquadram nas demais bases jurídicas. Ao mesmo tempo que o consentimento se manteve centralizado na LGPD, ele parece ter passado a operar em um regime de exclusão. Se nenhuma das outras bases autorizarem o tratamento, o consentimento deve ser coletado. O consentimento não se limita a coleta de uma manifestação de vontade, ele também carrega uma carga de obrigações que deverão ser observadas pelos agentes de tratamento. É um direito-dever que empodera o titular na atividade complexa de gerenciamento dos seus dados pessoais nas relações intra ou extra ciberespaço.

A LGPD define consentimento como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (art. 5º, inciso XII). Essa adjetivação é fruto de inspiração europeia que

¹¹¹⁵ Enquanto o MCI tratava o consentimento como um direito, a LGPD traz a abordagem do consentimento informado como forma de manifestação de vontade apta a validar uma das bases legais para o tratamento de dados pessoais. Veja como a temática aparece no MCI: “Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes *direitos*: (...) IX - *consentimento expresse* sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais.” BRASIL. *Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016*. Marco Civil da Internet. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2uwssevz>. Acesso em: 12 jan. 2022. (grifos nossos).

aperfeiçoou a definição de consentimento através do acréscimo de adjetivos que revelam a evolução das leis de proteção de dados pessoais. O progresso geracional das leis de proteção de dados pessoais revela que o apego ao protagonismo do consentimento como ferramenta primeira na proteção da pessoa humana diante da evolução das TICs. Desde a década de 1970, parte-se da noção do indivíduo racional e capaz de gerenciar as suas informações pessoais. A construção da autodeterminação informacional potencializou essa ideia na década de 1980. Ideia que permanece viva na literatura jurídica atual.

A **evolução geracional da proteção de dados pessoais** no mundo acompanha um itinerário semelhante ao desenvolvimento tecnológico que foi alvo de análise da primeira parte do capítulo 1 (seção 1.1). A divisão didática das quatro gerações de leis de dados pessoais funciona para demonstrar a evolução dos direitos do titular.¹¹¹⁶ Resumidamente, a primeira geração de leis de dados pessoais concentra normas que se preocupam com o avanço tecnológico na coleta de informações por agentes governamentais.¹¹¹⁷ Diante dos potenciais riscos no tratamento de dados desmedido e generalizado pelo Estado, garantias foram implementadas para proteger os cidadãos de eventuais abusos. No ambiente literário, foram descritos cenários preocupantes sobre a vigilância constante facilitada pelas novas tecnologias de monitoramento, em uma espécie de *big brother*.¹¹¹⁸ Foi na segunda geração que o consentimento foi alavancado como requisito essencial da autonomia da vontade do seu titular em gerenciar o uso dos seus dados pelo Estado ou por agentes privados. Permitiu-se, assim, o controle direto pelo titular dos dados diante da proliferação de banco de dados e da multivariabilidade de aplicações comerciais para os dados. Controle esse que ganhou nova faceta

¹¹¹⁶ Para aprofundar a temática das gerações de leis de dados pessoais, veja: MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Generational Development of Data Protection in Europe*. In: PHILLIP, Agre; ROTENBERG, Marc. (eds). *Technology and Privacy: the new landscape*. Cambridge: The MIT Press, 1997. p. 219-242. Disponível em: <https://tinyurl.com/yndwfps2>. Acesso em: 16 jan. 2022.

A escolha pela obra de Mayer-Schönberger para tal delineamento teórico partiu da sua relevância nacional e internacional, uma vez que serviu de inspiração para as pesquisas de Danilo Doneda, Bruno Bioni e Laura Schertel Mendes:

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 177-182;

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021;

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 40.

¹¹¹⁷ Nesse rol estão, por exemplo, a Lei do land alemão de Hesse (1970) e o U.S. Privacy Act (1974). Vide seção 1.2.4, desta tese.

¹¹¹⁸ ORWELL, George. *1984*. Tradução de Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

na terceira geração de leis,¹¹¹⁹ que foi marcada pela decisão da Corte Constitucional alemã acerca da inconstitucionalidade da lei de 1982, que dispunha sobre as regras do recenseamento da população que seria realizado em 1983.¹¹²⁰

A terceira geração enfatiza a participação ativa do titular de dados na garantia da sua “autodeterminação informativa”. Esse termo, que já possuía relevância doutrinária desde a década de 1970, com os escritos de Alan Westin,¹¹²¹ ganhou popularidade com a famosa decisão alemã que trouxe uma abordagem fulcrada na consolidação da proteção de dados pessoais como um direito fundamental garantidor do poder do indivíduo de compreender, consentir e participar do tratamento e do compartilhamento dos seus dados pessoais. O Tribunal declarou que todas as etapas do tratamento dos dados, estão sujeitas às limitações constitucionais. Ao indivíduo deveria ser reservado espaço de diálogo e participação em todas as fases do tratamento, explicitando as finalidades específicas, a destinação dos dados, o tempo de duração do tratamento e opções de revogação do consentimento. Toda essa manta protetora do titular, observadas as especificidades legais, cobriria quaisquer dados pessoais tratados por terceiros. A decisão menciona expressamente que não existem dados insignificantes. A proteção de dados ultrapassa a seara da sigilosidade.¹¹²² Esse chavão da “inexistência de dados insignificantes”, se tornou comum na literatura jurídica e foi reproduzida no julgado brasileiro de 2020 no STF, acerca do compartilhamento de dados das empresas de telefonia com o IBGE, para fundamentar a proteção de dados que, mesmo públicos, estão protegidos constitucional e infraconstitucionalmente.

Com a quarta e atual geração, as lacunas e falhas mais aparentes das leis de proteção de dados estão sendo alvo de atualização legislativa. A atualização inclui a presença de

¹¹¹⁹ Mendes afirma que: “A principal diferença em relação à segunda geração de normas é que a participação do cidadão no processamento de seus dados passa a ser compreendida como um envolvimento contínuo em todo o processo, desde a coleta, armazenamento e a transmissão e não apenas como a opção entre tudo ou nada”. MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 42.

¹¹²⁰ Enquadrando a decisão alemã como impulsionadora da terceira geração de leis de proteção de dados, estão: MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Generational Development of Data Protection in Europe*. In: PHILLIP, Agre; ROTENBERG, Marc. (eds). *Technology and Privacy: the new landscape*. Cambridge: The MIT Press, 1997. p. 219-242. Disponível em: <https://tinyurl.com/yndwfps2>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 229;

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: fundamentos da lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 178.

Para um panorama completo da decisão alemã, veja o artigo científico: MENDES, Laura Schertel. *Autodeterminação informacional: Origem e desenvolvimento conceitual na jurisprudência alemã*. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) - A caminho da efetividade*: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 211-242.

¹¹²¹ WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*. New York: Atheneum, 1967.

¹¹²² DONEDA, op. cit., p. 167.

autoridades administrativas independentes de controle, o estabelecimento de deveres mais robustos aos agentes de tratamento, retirando uma parte da carga de responsabilidade que havia sido estabelecida ao titular dos dados. Nesse ponto, nota-se a passagem da terceira para a quarta fase no Brasil com a promulgação da LGPD, que trouxe regramento mais amplo e rigoroso aos agentes de tratamento, que permite o controle do uso de dados tanto pelo titular quanto pela ANPD. Além disso, estabelece deveres de segurança e precaução que atuam para além do consentimento informado.¹¹²³ Contudo, a relevância central do consentimento manteve-se intacta na evolução regulatória internacional, regional e nacional. No Brasil, a passagem do CDC, Lei do Cadastro Positivo, Marco Civil da Internet até a adoção da LGPD, são marcados pela discussão central dessa temática.

Essa construção ficcional do potencial de racionalidade mediana da pessoa humana de consentir com o tratamento de dados e torná-lo lícito aos olhos da lei, tem justificativa histórica que permeia para além das gerações das leis de proteção de dados, a medicina e pesquisa biomédica. O **termo consentimento** é alvo de discussões acadêmicas e judiciais desde a década de 1950. Os principais debates se concentram nos aspectos éticos e jurídicos na Medicina, no que tange ao dever de informar o paciente sobre procedimentos médicos e solicitar o seu consentimento. Para Bruno Bioni, os debates que se deram “(...) no campo da medicina e da pesquisa biomédica, parecem fornecer alguns ganhos analíticos à discussão do consentimento no campo da proteção de dados pessoais.”¹¹²⁴

A garantia de o paciente consentir concretamente com as intervenções médicas, nem sempre foi uma realidade. Essa concepção só ganhou concretude com autoridades não médicas (juízes, tribunais e autoridades administrativas), que julgaram casos concretos sobre os deveres de informar e colher o consentimento dos pacientes. Até então, a ética médica se concentrava apenas no dever de sigilo das comunicações com os pacientes, como, por exemplo, o sigilo entre médico e paciente em uma consulta médica. Apesar disso, foi apenas na década de 1960, que a literatura jurídica e decisões judiciais acrescentaram o adjetivo “informado” ao termo consentimento.

¹¹²³ Como anota Bruno Bioni, as Diretrizes da OCDE de 1980, atualizadas em 2013, representam o principal documento internacional de transição da terceira para a quarta geração de leis de dados pessoais. Essas Diretrizes influenciaram todo o arcabouço protetivo dos dados pessoais no Ocidente, como visto no Capítulo 1, desta tese. BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

¹¹²⁴ BIONI, Bruno Ricardo. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais. E-book* (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mp27s26>. Acesso em: 15 set. 2021.

Esse acréscimo foi significativo porque quebrou a lógica anterior da formalidade do ato de consentir como único pressuposto suficiente para a validação do ato. Uma assinatura, um asterisco em uma alguma opção fornecida pela equipe médica são insuficientes para a noção de consentimento como um processo de comunicação que depende da compreensão adequada do receptor da mensagem. Os primeiros registros da utilização do termo “**consentimento informado**” pelo judiciário, estariam no julgado norte-americano “*Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees (1957)*”,¹¹²⁵ que foi decidido pelo Tribunal de Apelações da Califórnia. O caso é considerado um marco no estabelecimento das regras do consentimento informado na prática da medicina moderna, pois incluiu o paciente no processo de tomada de decisão, inclusive, na preservação dos seus valores pessoais e religiosos. O caso concreto envolveu um paciente que processou a equipe médica responsável pelo seu tratamento em decorrência da deficiência de informações sobre os riscos associados ao procedimento médico realizado (aortograma), que o deixou com sequelas permanentes (paralisia dos membros inferiores). Os juízes do caso delinearam “(...) que o dever de divulgar os riscos e alternativas de tratamento não era um dever novo, apenas uma extensão lógica do dever já estabelecido de divulgar a natureza e as consequências do tratamento.” (tradução nossa).¹¹²⁶

A partir da década de 1970, novas decisões surgiram na temática médica, o que aprimorou a ideia de consentimento informado. Também surgiram decisões estrangeiras na seara dos dados pessoais. A importância do consentimento informado foi sendo ampliada e aperfeiçoada em outras áreas da sociedade. Para Beauchamp, a explicação desse fenômeno evolutivo está no aprimoramento das liberdades individuais e igualdade social alcançadas pelas sociedades em geral.¹¹²⁷ O consentimento informado passou a funcionar, assim, para garantir a escolha concreta e autônoma do sujeito, protegendo, ao final, o seu direito de autodeterminação informativa. Conforme apontam Richards e Hartzog:

Vivemos em uma sociedade que valoriza a escolha individual nos diversos papéis sociais que desempenhamos todos os dias, seja como consumidores, cidadãos, membros da família, eleitores, casais ou funcionários. O consentimento reforça noções culturais fundamentais de autonomia e escolha. Transforma o cenário moral

¹¹²⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. California. California Court of Appeals (First District, Division One). *Salgo v. Leland Stanford Junior University Board of Trustees*. Decided: 22 out. 1957. Citations: 154 Cal. App. 2d 560; 317 P.2d 170. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n6pxh4u>. Acesso em: 16 jan. 2022.

¹¹²⁶ “The Salgo court said - prophetically, but probably incorrectly - that the duty to disclose the risks and alternatives of treatment was not a new duty, only a logical extension of the already-established duty to disclose the treatment’s nature and consequences.” BEAUCHAMP, Tom L. *Informed Consent: Its History, Meaning, and Present Challenges*. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethic*, Cambridge, v. 20, n. 4, p. 515-523, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdzmhb9v>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 515.

¹¹²⁷ *Ibid.*, p. 517.

entre as pessoas e tonar o que antes era impossível em possível. (tradução nossa).¹¹²⁸

Portanto, o consentimento não é uma novidade recente para a ciência jurídica. No Brasil, ele sempre esteve atrelado à temática dos defeitos do negócio jurídico, com previsão legal no Código Civil de 1916 e, posteriormente, no Código Civil de 2002. A preservação da declaração de vontade da pessoa “livre e consciente”, faz parte de previsão normativa de longa data no direito cível nacional e estrangeiro.¹¹²⁹ A imperfeição do elemento volitivo gera os chamados “vícios do consentimento”, que podem acarretar a anulabilidade do negócio jurídico. Inclusive, a LGPD estabelece que “é vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento” (art. 8º, § 3º). Tal previsão exigirá do intérprete a análise combinada com o CC/02. Esta tese não analisa os defeitos do negócio jurídico, pois haveria fuga do escopo temático voltado à publicidade comportamental online. Contudo, aborda a adjetivação realizada em torno da definição de consentimento na seara dos dados pessoais.

De acordo com a LGPD (art. 5º, inciso XII), o consentimento deve conter uma “manifestação livre” (i), que seja “informada” (ii) e “inequívoca” (iii), indicando, também, a “concordância” (iv) do titular com o tratamento para uma “finalidade determinada.” (v). Quando o tratamento envolver dados pessoais sensíveis, o consentimento é mais robusto e deve ser “destacado” das demais manifestações de vontade. Cada um desses adjetivos será abordado abaixo e contextualizado com as atuais práticas de coleta do consentimento para fins publicitários.

O **consentimento “livre”** refere-se a uma ação espontânea do titular dos dados pessoais.¹¹³⁰ Representa seu livre-arbítrio de optar por autorizar o tratamento de dados. A aferição da liberdade de consentir parte de uma ponderação acerca da assimetria de poder e do nível de pressão exercido pelo agente de tratamento. A voluntariedade do ato não seria prejudicada, por exemplo, quando a justificativa para o consentimento fosse baseada na gratuidade do serviço. É comum os termos de uso mencionarem que a utilização do serviço

¹¹²⁸ “Consent permeates our law. It is one of its most powerful and most important building blocks. This should be no wonder. We live in a society that lionizes individual choice in the many social roles we play every day, whether as consumers, citizens, family members, voters, lovers, or employees. Consent reinforces fundamental cultural notions of autonomy and choice. It transforms the moral landscape between people and makes the otherwise impossible possible.” RICHARDS, Neil; HARTZOG, Woodrow. *The Pathologies of Digital Consent*. *Washington University Law Review*. Washington, v. 96, p. 1461-1503, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8s7ywk>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 1462.

¹¹²⁹ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

¹¹³⁰ BORGESIUUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 223.

online depende do consentimento para o rastreamento comportamental e entrega de anúncios segmentados.¹¹³¹ Contudo, os agentes de tratamento não poderiam abusar do seu poder de mercado, ou como afirmam Fonseca e Mendes, do seu “poder de barganha” para estabelecer condições desarrazoadas em troca do oferecimento do serviço aparentemente gratuito.¹¹³²

Quando o software ou website permite o gerenciamento e “granulação” do consentimento, oferecendo graus diferenciados de permissões que o usuário pode se valer e gerenciar os limites no uso e compartilhamento dos dados pessoais, o consentimento tende a ser livre porque preserva a vontade do titular. O gerenciamento de cookies é um dos exemplos de calibração e preservação do elemento volitivo do consentimento.¹¹³³ No caso da publicidade comportamental online não existem problemáticas ligadas à subordinação ou relação prévia que mine a priori a liberdade do consentimento, tal como pode ocorrer nas relações trabalhistas. Contudo, a publicidade comportamental desencadeia a relação de consumo e representa as vulnerabilidades do consumidor diante do “poder de barganha” unilateral dos agentes de tratamento que definem o formato, os limites e os detalhes operacionais da atividade de consentir.

Nessa linha, existem divergências acerca da utilização de *banners* ou *pop-ups* que fornecem apenas a lógica binária do “aceitar tudo ou recusar tudo”, sendo que a opção “recusar tudo” impede que o serviço seja usufruído. Ocorre que em determinadas situações a utilização do serviço é essencial ou possui alta representatividade social, tal como as famosas redes sociais (Facebook, Instagram, Youtube). Quando o usuário se depara com uma decisão *take-it or leave-it* ele tenderá a aceitar o “combo” oferecido para liberar o seu acesso imediato ao serviço prestado no ciberespaço. Questões extrajurídicas que são expostas no próximo subtópico revelam que nessas condições as pessoas tendem a tomar decisões imediatistas e que minam a liberdade do seu consentimento.

A concepção do *take-it or leave-it* já foi alvo de pesquisas científicas, principalmente no âmbito do GDPR. Elas demonstram que as chamadas “barreiras/paredes de rastreamento

¹¹³¹ BORGESIU, Frederik Zuiderveen. Informed consent: We can do better to defend privacy. *IEEE Security and Privacy*, v. 13, n. 2, p. 103–107, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/276a7vhs>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 103-106.

¹¹³² MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais. E-book* (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mp27s26>. Acesso em: 15 set. 2021.

¹¹³³ DEGELING, Martin; UTZ, Christine; LENTZSCH, Chistopher; HOSSEINI, Henry; SCHAUB, Florian; HOLZ, Thorsten. We Value Your Privacy... Now Take Some Cookies: Measuring the GDPR’s Impact on Web Privacy. *Anais de Evento*. Network and Distributed Systems Security (NDSS) Symposium 24-27 fev. 2019, San Diego, California. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckp4yuh>. Acesso em: 16 jan. 2022.

(*tracking walls*)” podem ser ilegais e tornar o consentimento inválido em determinadas situações. Nesse particular, Eleni Kosta entende que o consentimento será involuntário quando fornecido diante de uma parede de rastreamento. “Nesse caso, o usuário não tem uma escolha real, portanto, o consentimento não é dado livremente.” (tradução nossa).¹¹³⁴ A conclusão da autora parte de uma leitura transversal do considerando n. 43 do GDPR com o art. 7º do mesmo diploma que funcionariam para avaliar o grau de liberdade do consentimento.

Considerando 43. A fim de garantir que o consentimento for dado livremente, o consentimento não deve constituir um fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais num caso específico em que existe um desequilíbrio evidente entre o sujeito dos dados e o responsável pelo tratamento, em particular quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública e, portanto, é improvável que o consentimento tenha sido dado livremente em todas as circunstâncias dessa situação específica. Presume-se que o consentimento não é dado livremente se não permitir que um consentimento separado seja dado para diferentes operações de processamento de dados pessoais, apesar de ser apropriado no caso individual, ou se a execução de um contrato, incluindo a disposição de um serviço, depende do consentimento, apesar de tal consentimento não ser necessário para tal desempenho.¹¹³⁵

Contudo, não há proibição expressa das paredes de rastreamento no contexto europeu das decisões “tudo ou nada”. O considerando n. 25 também deve ser observado, já que ele aponta para a possibilidade dos agentes de tratamento de condicionarem a prestação do serviço à utilização de cookies ou outras tecnologias semelhantes para fins legítimos, desde que o consentimento seja informado.¹¹³⁶ Nessa linha, o antigo Grupo de Trabalho 29 também não se posicionou expressamente pela proibição, mas recomendou não as utilizar para que haja “a oportunidade de escolher livremente entre a opção de aceitar alguns ou todos os cookies ou recusar todos ou alguns cookies”.¹¹³⁷ O Grupo acrescentou que:

Em alguns Estados-Membros, o acesso a determinados sites pode ser subordinado à aceitação de cookies; no entanto, em geral, o utilizador deve manter a possibilidade de continuar a navegar no site sem receber cookies ou apenas receber alguns deles, os consentidos são necessários em relação à finalidade de prestação do serviço do site, e aqueles que estão isentos do requisito de consentimento. Portanto, é recomendável

¹¹³⁴ “In such a case the user does not have a real choice, thus the consent is not freely given.” KOSTA, Eleni. Peeking into the cookie jar: the European approach towards the regulation of cookies. *International Journal of Law and Information Technology*, [s.l.], v. 21, n. 4, p. 380-406, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w5xct>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 396.

¹¹³⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR)*. Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bswxh6n>. Acesso em: 8 jan. 2022.

¹¹³⁶ Vide considerando 25: “o acesso a conteúdos específicos de um sítio Web pode ainda ser sujeito à aceitação bem-informada de um cookie ou dispositivo semelhante, se for utilizado para um fim legítimo.” Ibid.

¹¹³⁷ “The user should have an opportunity to freely choose between the option to accept some or all cookies or to decline all or some cookies and to retain the possibility to change the cookie settings in the future.” UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Article 29 Data Protection Working Party. *Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies*. Brussels, 2 out. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8um26y>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 5.

evitar o uso de mecanismos de consentimento que apenas fornecem uma opção para o usuário consentir, mas não oferecem qualquer escolha em relação a todos ou alguns cookies. (tradução nossa).¹¹³⁸

De acordo com o art. 7º do GDPR, a avaliação do consentimento livre (e, portanto, válido) deve observar se o serviço a ser prestado está condicionado ao consentimento.¹¹³⁹ Se os termos de uso de um serviço solicitam o consentimento para atividades que extrapolam a prestação de serviços, não oferecendo opções de gerenciamento ao usuário, isso tornaria o consentimento inválido. Conforme aponta Borgesius, o fornecimento de serviços de rede social online não depende do rastreamento comportamental em toda a web, ou seja, não depende da instalação de cookies que monitorarão toda a navegação online do usuário, muito menos a aferição de suas emoções, comportamentos e dados pessoais sensíveis. Nesses casos, o claro desequilíbrio e poder de barganha entre agentes de tratamento e titular de dados exige que destaques separados sejam apresentados para que os usuários do serviço optem por não consentir com tal prática comercial.¹¹⁴⁰

No Brasil, a LGPD trouxe uma disposição específica sobre vinculação do consentimento à prestação de serviços ou fornecimento de serviço, ou, ainda, para o exercício de determinado direito. O art. 9º, § 3º previu que, nessas situações, “(...) o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei.”¹¹⁴¹ Não se exigiu expressamente o consentimento, mas estabeleceu-se o dever de o agente de tratamento informar com destaque o titular dos dados. Não há proibições expressas às paredes de rastreamento e as opções de “pegar ou largar”, mas

¹¹³⁸ “In some Member States access to certain websites can be made conditional on acceptance of cookies, however generally, the user should retain the possibility to continue browsing the website without receiving cookies or by only receiving some of them, those consented to that are needed in relation to the purpose of provision of the website service, and those that are exempt from consent requirement. It is thus recommended to refrain from the use of consent mechanisms that only provide an option for the user to consent, but do not offer any choice regarding all or some cookies.” UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Article 29 Data Protection Working Party. *Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies*. Brussels, 2 out. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8um26y>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 5.

¹¹³⁹ Vide artigo 7 (4) do GDPR: “4. Ao avaliar se o consentimento for dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato.” UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR)*. Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bswxh6n>. Acesso em: 8 jan. 2022.

¹¹⁴⁰ BORGESIUS, Zuiderveen; KRUIKEMEIER, S; BOERMAN, Sophie C; HELBERGER, N. Tracking Walls, take-it-or-Leave-it choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation. *European Data Protection Law Review*. Amsterdam, v. 3, n. 3, p. 1-16, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckt2h4z>. Acesso em: 13 jan. 2022. p. 89.

¹¹⁴¹ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*, op. cit.

exige-se o cumprimento do dever de informar mediante “advertências”¹¹⁴² ao titular dos dados. Trata-se de um grau de exigência semelhante à antiga Diretiva Europeia de Proteção de dados.¹¹⁴³

O **consentimento deve ser “informado”** em toda sua dimensão, não apenas no contexto apresentado acima das paredes de rastreamento. Informado significa viabilizar o pleno conhecimento de todos os fatos que envolvem o tratamento de dados, ressalvadas as questões ligadas ao segredo industrial e comercial. Não se trata de obrigar o titular dos dados a ler os longos termos de uso, mas viabilizar o acesso facilitado e destacado de informações importantes e essenciais para a validade do consentimento informado. A racionalidade do titular é limitada (bounded rationality) e a assimetria de informações entre os agentes econômicos (B2C) nunca será resolvida em sua inteireza. O objetivo da adjetivação ligada à informação serve para reduzir tal assimetria.

Nesse sentido, o princípio da transparência (art. 6º, inciso IV, da LGPD), abordado na seção 2.1.1 densifica o consentimento informado, mas a ele não se limita, uma vez que tal princípio será aplicável independentemente da base jurídica eleita como adequada ao caso concreto. Assim, todas as considerações realizadas nesta tese, sobre o princípio e direito/dever à informação são aplicáveis a ideia do consentimento informado. As iniciativas que estabelecem advertências em anúncios publicitários direcionados com base no comportamento (“YourAdChoices”),¹¹⁴⁴ são exemplos de otimização do dever de informar e da densificação dos direitos do titular, especialmente do seu direito de consentir com essas práticas ou de optar por não ser exposto a elas. Nessa linha também está a implementação de softwares anti-rastreamento que realizam uma escolha prévia para o usuário, reduzindo os riscos dessas tecnologias. Trata-se, por exemplo, do “Do Not Track (DNT)”, tema abordado na seção 4.2.2, desta tese. Essas ferramentas auxiliares ajudam na implementação do direito-dever geral à

¹¹⁴² Cabe mencionar que a “informação-advertência” foi abordada pelo Relator Antônio Herman Benjamin no Recurso Especial n. 856.316 MG. Conforme se extrai do trecho do voto vencedor: “A advertência é informação qualificada: vem destacada do conjunto da mensagem, de modo a chamar a atenção do consumidor, seja porque o objeto da advertência é fonte de onerosidade além da normal, seja porque é imprescindível à prevenção de acidentes de consumo.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial n. 586.316 MG*. Relator: Min. Herman Benjamin. 17 de abril de 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p97v4wx>. Acesso em: 12 jan. 2022.

¹¹⁴³ Nessa linha: “the GDPR does not categorically prohibit tracking walls and similar take-it-or-leave-it choices. But compared to the Data Protection Directive, the GDPR is much stricter on the conditions under which consent is ‘freely given’” BORGESIU, Zuiderveen; KRUIKEMEIER, S; BOERMAN, Sophie C; HELBERGER, N. Tracking Walls, take-it-or-Leave-it choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation. *European Data Protection Law Review*. Amsterdam, v. 3, n. 3, p. 1-16, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yck2h4z>. Acesso em: 13 jan. 2022. p. 9.

¹¹⁴⁴ Vide seção 1.2.2, desta tese.

informação presente na LGPD e no CDC.

O **consentimento deve ser inequívoco**. Não deve haver dúvidas acerca da manifestação de vontade do usuário quanto ao tratamento de dados. Tal adjetivação refere-se também à finalidade específica que todo tratamento de dados deve estar baseado. Mesmo que a base legal seja diversa do consentimento, qualquer tratamento realizado precisa observar os fins previamente delineados e acordados entre agente de tratamento e titular dos dados. Trata-se de derivação do princípio da finalidade, previsto na LGPD no art. 6º, inciso I. As famosas frases padrão que informam a alocação de cookies para “melhorar a experiência de navegação” estão longe de representar a especificidade que o consentimento necessita para se tornar regular.¹¹⁴⁵ Trata-se de uma declaração que pode prejudicar a manifestação de vontade do titular dos dados pessoais. O design dos softwares e websites precisam observar a ideia de *privacy by default* também na coleta do consentimento.¹¹⁴⁶ A utilização de *nudges* para forçar o consentimento em itens clicáveis de maior tamanho, cores vibrantes ou muitos passos para efetivar o gerenciamento do consentimento, tendem a reduzir a qualidade do consentimento.¹¹⁴⁷ Por este motivo, tais práticas comerciais devem ser evitadas.

O **consentimento deve ser específico**. Bruno Bioni aponta que a LGPD não utilizou a mesma adjetivação do GDPR (e do regramento anterior contido no MCI), que traz a obrigatoriedade do consentimento expresso. O Projeto original seguia a mesma lógica do GDPR, mas foi alterado durante a sua tramitação na Câmara dos Deputados. Bioni aponta que “do ponto de vista de técnica legislativa, o termo específico é redundante se for considerado que o consentimento já deve ser necessariamente direcionado para propósitos ‘específicos e explícitos’ na linha do que dispõe o princípio da finalidade.”¹¹⁴⁸ Diante da indefinição de como operacionalizar tal adjetivação, o autor entende que se trata de uma camada maior de proteção que ainda não possui um procedimento adequado para ser observado, já que não se exige na LGPD o consentimento expresso, tal como previa o MCI.¹¹⁴⁹ Acrescenta-se, ainda, uma terceira

¹¹⁴⁵ Nas palavras do antigo WP29: "To be valid, consent must be specific. In other words, blanket consent without specifying the exact purpose of the processing is not acceptable." UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 15/2011 on the definition of consent*. Brussels, 13 jul. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/4cjpj8c3>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 17.

¹¹⁴⁶ Vide seção 4.2, desta tese.

¹¹⁴⁷ Nessa linha: FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Norberto Milton Paixão; SILVA, Fernanda Viero da. Mineração de dados e publicidade comportamental: impasses para a regulação do spam e dos nudges na sociedade burocrática do consumo dirigido. *Revista Estudos Institucionais*, v.6, n. 3, p. 1536-1559, set./dez. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/4wtsdmyf>. Acesso em: 16 jan. 2022.

¹¹⁴⁸ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

¹¹⁴⁹ Ibid.

interpretação acerca da necessidade de alguma ação por parte do titular dos dados. A adjetivação do consentimento específico parece indicar que a mera inatividade não gera a regular manifestação de vontade. Dessa forma, se “requer uma expressão de consentimento com pleno conhecimento de tal uso, nomeadamente a manifestação de uma vontade livre, específica e informada, e exclui qualquer uso automático ou tácito”.¹¹⁵⁰

A necessidade de uma ação por parte do titular dos dados também parte da ideia de “concordância” prevista no conceito legal de consentimento. Concordar exige uma manifestação de vontade ativa.¹¹⁵¹ O silêncio não seria capaz de caracterizar tal concordância na coleta do consentimento para fins publicitários, uma vez que, diante de uma relação de consumo, o silêncio não seria capaz de gerar a anuência e validar o ato (art. 39, III do CDC).¹¹⁵² Essa leitura é importante porque o Código Civil traz disciplina geral que autoriza a utilização do silêncio como forma de manifestação da vontade. Conforme o art. 111: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”¹¹⁵³ Para além disso, a leitura sistemática dos princípios gerais da LGPD e do CDC indicam que a pessoa a ser exposta à prática publicitária comportamental precisa estar ciente e concordar com tal prática comercial. Por esses motivos, o consentimento implícito parece ser inadequado para tornar o tratamento de dados regular. Na temática dos cookies, como visto na seção 1.2.3, acerca do contexto europeu, os cookies essenciais não necessitariam de consentimento prévio porque eles se vinculam a outras bases legais. No contexto brasileiro, tais cookies serão regidos pela base jurídica do legítimo interesse ou do cumprimento de cláusulas contratuais (art. 7º, V e IX, da LGPD).¹¹⁵⁴

¹¹⁵⁰ Conforme indica o Conselho Europeu, o consentimento “requires an expression of consent in full knowledge of such use, namely the manifestation of a free, specific and informed will, and excludes any automatic or tacit usage.” UNIÃO EUROPEIA. Parliamentary Assembly. *Resolution 1843 (2011)*. The protection of privacy and personal data on the Internet and online media. Brussels: 7 out. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8z4umy>. Acesso em: 16 jan. 2022. par.18(4).

¹¹⁵¹ “There are in principle no limits as to the form consent can take. However, for consent to be valid it should be an active indication of the user’s wishes.” UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Article 29 Data Protection Working Party. *Working Document 2/201, providing guidance on obtaining consent for cookies*. Brussels, 2 out. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8um26y>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 3.

¹¹⁵² MARIGHETTO, Andrea; MACEI, Demitrius Nichele. O significado do silêncio nas relações obrigacionais. XII Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). *Anais do CONPEDI*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 16.

¹¹⁵³ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/3v7thc4y>. Acesso em: 9 jan. 2022.

¹¹⁵⁴ Dessa forma, “(...) embora cookies de publicidade sejam essenciais para financiar as atividades de certos sites e aplicativos e, logo permitir o acesso gratuito pelos usuários, várias autoridades europeias já se posicionaram no sentido de que identificadores de marketing não podem ser considerados cookies essenciais. Todavia, nada impede que os Publishers neguem acesso a usuários que se utilizem de adblockers ou que não aceitem cookies de publicidade, abordagem que tem sido adotada por grandes veículos como o Washington Post.” RAMOS, Pedro

É nessa linha que surge a discussão sobre a utilização da lógica *opt-out*, que parte da ideia de **consentimento implícito**, facultando ao usuário apenas o seu direito de exclusão. A ambiguidade do consentimento implícito está na ausência dos elementos essenciais que o tornam regular. Os avisos de cookies comuns na navegação pelo ciberespaço que informam ao usuário que a permanência no website representa a sua concordância com os termos de uso, não satisfazem as condições estabelecidas na LGPD. Isso ocorre porque o art. 5º, inciso XII, sobre os elementos do consentimento válido, exigem que a manifestação seja livre, informada e inequívoca, demonstrando a concordância para o tratamento de dados que visa uma finalidade determinada. A simples aposição desses avisos fere a liberdade do ato porque não oferecem uma opção prévia de negar, por exemplo, o rastreamento dos dados de navegação. Não se garante, também a adequada informação, mesmo que haja um link redirecionando o usuário aos termos de uso em sua integralidade. Tal frase simplificadora pode confundir os usuários a acreditarem que os dados serão utilizados apenas para aperfeiçoamento da navegação. Além disso, haverá dúvidas se o usuário realmente leu tal aviso e se houve o consentimento inequívoco, pois não se exigiu uma ação afirmativa por parte dele.

Assim, o rastreamento para fins publicitários, que comumente utiliza tais banners e avisos informando o usuário sobre a prática do consentimento implícito, não pode ser considerado regular diante dos requisitos previstos na LGPD. Permanece a dúvida acerca da licitude dessa prática no tratamento de dados não pessoais, que serão regidos pelo MCI, uma vez que se garante a confidencialidade das comunicações privadas (art. 7º, incisos I, II e III), mas não há previsão acerca do formato de consentimento a ser exigido nesses casos. O art. 7º, inciso IX, traz a disciplina derogada tacitamente pela LGPD sobre o consentimento para dados pessoais.¹¹⁵⁵ Uma linha de interpretação que poderá ser adotada está na utilização dos mesmos

Henrique Soares Melo. RAMOS, Pedro H. *A regulação de proteção de dados e seu impacto para a publicidade online: Um guia para a LGPD*. São Paulo: Baptista Luz Advogados, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdekvxmv>. Acesso em: 5 jan. 2022. p. 13.

A discussão sobre os impactos dessa atividade de exclusão de usuários mais precavidos com a proteção de dados é realizada na seção 3.2.3, desta tese.

¹¹⁵⁵ Marcel Leonardi entende que houve derrogação tácita de todos os dispositivos relativos à proteção de dados pessoais no MCI, aplicando-se exclusivamente a LGPD nesses casos. Especialmente na temática do consentimento, a LGPD foi mais abrangente e específica sobre o seu conteúdo e hipóteses de aplicação. A incompatibilidade da disciplina do consentimento no MCI, que o prevê como única base legal para o tratamento de dados pessoais, revela a sua derrogação tácita. De acordo com o autor, a revogação expressa dos dispositivos incompatíveis do MCI até foi ventilada durante a tramitação do Projeto de Lei que culminaria na LGPD. Contudo, as pressões políticas e os receios da revogação de um diploma que representou a conquista de direitos no ambiente digital, acabou arrefecendo essa opção. LEONARDI, Marcel. Aspectos controvertidos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e o Marco Civil da Internet. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 234-242.

requisitos legais do consentimento na LGPD também para dados não pessoais. Trata-se, inclusive, de uma leitura que pode facilitar o fluxo informacional no ciberespaço, através da unificação de critérios a serem observados pelos agentes de tratamento, para qualquer espécie de dado tratado.

Outro meio de *opt-out* está na coleta de consentimento mediante configurações do browser (navegador) utilizado pelo usuário, que traz opções predefinidas pelos desenvolvedores do software. Contudo, se tais opções permitirem a coleta sem exigir uma ação específica do usuário e explicitando a finalidade, a duração e demais informações importantes para o tratamento de dados, a prática comercial tende a ser considerada irregular. O consentimento é um ato singular, para uma finalidade específica, não poderá ser genérico e direcionado à tratamentos de dados futuros. Por outro lado, quando os browsers trazem configurações padrão que rejeitam o rastreamento (vide proibição de cookies de terceiros em navegadores Safari, Firefox e, futuramente, o Chrome), não haverá ilicitude. Trata-se, nesse caso, de aprimoramento da privacidade dos usuários, o que densifica os seus direitos de proteção de dados pessoais.

No contexto europeu, o Grupo de Trabalho 29, em parecer sobre publicidade comportamental, pontuou que o consentimento mediante as configurações padrão dos browsers não são suficientes para o atendimento dos requisitos legais previstos nas leis de proteção de dados.¹¹⁵⁶ Para além disso, o Grupo entendeu que as novas tecnologias de rastreamento são capazes de contornarem as preferências eleitas pelo usuário (*cookies flash*), além de representarem “consentimento futuro” para tratamentos que o usuário desconhecerá a finalidade. Da mesma forma, outras técnicas semelhantes também não seriam adequadas para fornecer o consentimento informado. “Poucas pessoas exercem opções de opt-out, não porque tenham tomado uma decisão informada de aceitar a publicidade comportamental, mas sim porque não percebem que, ao não usar o opt-out, estão de fato consentimento com a prática.” (tradução nossa).¹¹⁵⁷

A operacionalização do consentimento é plural, podendo assumir diferentes formas.

¹¹⁵⁶ Conforme se extrai do antigo WP29: “Average data subjects are not aware of the tracking of their online behaviour, the purposes of the tracking, etc. They are not always aware of how to use browser settings to reject cookies, even if this is included in privacy policies. It is a fallacy to deem that on a general basis data subject inaction (he/she has not set the browser to refuse cookies) provides a clear and unambiguous indication of his/her wishes.” UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*. Brussels, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/8r9f923t>. Acesso em: 11 set. 2021. p. 14.

¹¹⁵⁷ “(...) in general users lack the basic understanding of the collection of any data, its uses, how the technology works and more importantly how and where to opt-out. As a result, in practice very few people exercise the opt-out option, not because they have made an informed decision to accept behavioural advertising, but rather because they do not realise that by not using the opt out, they are in fact accepting.” *Ibid.*, p. 15.

A LGPD não dispôs expressamente acerca do tema. Caberá a ANPD definir quais serão as estratégias consideradas lícitas e que estarão de acordo com as boas práticas comerciais. Até o momento, a definição da melhor forma de solicitar o consentimento do usuário é de livre escolha dos agentes de tratamento, desde que estejam de acordo com a principiologia e os deveres estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro. Técnicas que visem reduzir o grau informativo, a liberdade de escolha e a especificidade do consentimento devem ser vistas como práticas comerciais abusivas, pois impedem a regular manifestação de vontade pelos consumidores diante da publicidade comportamental.

Portanto, a visão defendida nesta tese é de que o consentimento válido e adequado à LGPD é aquele que exige uma **ação positiva** do usuário, consentimento com a prática da publicidade comportamental. Portanto, uma versão *opt-in*. A principiologia da LGPD a princípio parece oferecer arcabouço para tal conclusão, já que o consentimento seria mais robusto e protetivo dos titulares dos dados. No cenário da União Europeia também há prevalência desse posicionamento. Contudo, para além das dificuldades conceituais e de operacionalização desse formato de consentimento, o próximo tópico visa compreender os efeitos negativos da “fadiga do consentimento.” Conforme aponta Omer Tene:

(...) os indivíduos consentem explicitamente em acordos o tempo todo, sem que tal consentimento seja informado, voluntário ou inequívoco. Indivíduos assinam contratos padronizados (por exemplo, com bancos ou seguradoras), executam acordos clickwrap e acordos de licença de usuário final (EULAs) e baixam aplicativos concedendo quaisquer permissões que lhes sejam solicitadas. (...) A dependência excessiva de opt-ins inevitavelmente interromperá as interfaces de usuário e sobrecarregará os indivíduos com solicitações repetitivas, nas quais eles estarão ansiosos para clicar para chegar ao seu destino. (tradução nossa).¹¹⁵⁸

Este argumento não exclui a importância do consentimento para a proteção dos dados pessoais e da privacidade dos usuários da internet, mas aponta para uma questão importante sobre as falhas cognitivas que não devem ser ignoradas pelos juristas. Por este motivo, o próximo subtópico se inicia com um questionamento central originalmente proposto por Smit, Noort e Voorveld no contexto da publicidade comportamental europeia.¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁸ “Individuals explicitly consent to agreements all the time without such consent being informed, voluntary, or meaningful. Individuals sign boilerplate contracts (e.g., with banks or insurance companies), execute clickwrap agreements and end-user license agreements (EULAs), and download apps granting whatever permissions are asked of them. (...) Excessive reliance on opt-ins inevitably will disrupt user interfaces and encumber individuals with repetitive prompts, which they will be eager to click through to reach their destination.” TENE, Omer; WOLF, Cgristopher. Draft EU General Data Protection Regulation: Costs and Paradoxes of Explicit Consent. *Information Security & Privacy News*. v. 3, n. 4, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc5hftr>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 28.

¹¹⁵⁹ SMIT, Edith G.; Van Noort, Guda; VOORVELD, Hilde A.M. Understanding online behavioural advertising: User knowledge, privacy concerns and online coping behaviour in Europe. *Computers in Human Behavior*. Amsterdam, v. 32, p. 15-22, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8a7ekd>. Acesso em: 16 jan. 2022.

3.1.2 O que o consentimento informado representa para um público não bem-informado?

A **informação** é importante para o exercício do direito de escolha e de autopreservação.¹¹⁶⁰ A alternativa mais factível para otimizar o consentimento do usuário parece estar na disponibilização de mais informações acerca do funcionamento e dos riscos da publicidade comportamental online. Contudo, especialistas entendem que o excesso do conteúdo informativo gera “desinformação”, pois prejudica o entendimento completo da mensagem que se quer transmitir. A principal característica dos termos de uso online está na grande quantidade de informações que os compõem, somada a presença de cláusulas destacadas do contrato que “chamam a atenção” dos aderentes.¹¹⁶¹ Contudo, ao simplificar tais destaques (por exemplo, expor a mensagem: “seus dados serão utilizados para fins publicitários”), incorre-se no mesmo erro da “**desinformação**”. Agora pela insuficiência de dados hábeis para o agir decisório informado dos consumidores.¹¹⁶² Omitindo ou se aproveitando de percepções comportamentais dos consumidores, acerca das peculiaridades da perfilação comportamental, da inferência das emoções e de outras práticas comerciais automatizadas, os agentes de tratamento continuam avançando fortemente na atividade de extração de dados.¹¹⁶³

A **disponibilidade da informação** não significa a automática e completa absorção pelo sistema cognitivo do consumidor. Em algumas situações, ocorre até mesmo a desconsideração por completo da mensagem que formalmente foi criada para coletar o consentimento. O usuário costuma clicar em algum ícone chamativo, que normalmente libera

¹¹⁶⁰ No cenário alimentar, uma das áreas que torna o direito/dever à informação mais relevante, muitas das informações que acompanham o rótulo do produto partem de uma regulação anterior que obriga o fornecedor a disponibilizá-la. Alguns desses casos envolvem, por exemplo, as informações nutricionais, sobre a origem do produto, sobre ingredientes alergênicos, sobre transgenia e as informações especiais sobre restrições alimentares. Tal técnica possui duas finalidades: informar o consumidor para que ele decida de forma consciente e informada; e, resguardar a sua integridade física, com dados que possam evitar acidentes de consumo, tal como no caso das pessoas alérgicas ou com outras enfermidades (diabetes, hipertensão etc.).

¹¹⁶¹ Muitos destaques informativos derivam de obrigações legais, tal como a obrigatoriedade do consentimento destacado para tratamento de dados pessoais sensíveis (vide art. 11, inciso I, da LGPD).

¹¹⁶² "(...) forms are complex because so much affects a well-considered in which lawmakers and disclosers are caught. struggle to understand, remember, and manipulate. This is the cleft stick decision; the fewer factors you eliminate, the more discloses must disclosures seem often not to notice. (...) Simplicity, then, is usually in tension with full disclosure." BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E. *More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure*. Princeton: Princeton University Press, 2014. E-book (não paginado).

¹¹⁶³ Os consumidores normalmente não leem os contratos de adesão, nem mesmo os destaques informativos em balões ou botões apresentados na tela do equipamento eletrônico. Essa situação pode levar à adoção de práticas comerciais menos favoráveis aos consumidores. Para ilustrar esse descuido, uma loja de jogos eletrônicos inglesa acrescentou uma cláusula absurda nos termos de uso de um site. Reivindicava a alma dos usuários para a eternidade, a menos que eles optassem por recusar tal cláusula. A recusa salvava a alma dos usuários e ainda fornecia um voucher de cinco libras. Ocorre que poucos usuários fizeram tal opção. Esse teste que utilizou a “lógica do absurdo” demonstrou que não importa o conteúdo dos termos de uso, os consumidores não vão absorver tais informações. 7,500 ONLINE shoppers unknowingly sold their souls. *Fox News*. New York, 11 jan. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/56p9ae2p>. Acesso em: 16 jan. 2022.

o seu acesso ao serviço virtual e o exime da atividade dispendiosa de pensar sobre os custos e os benefícios daquela transação.¹¹⁶⁴ Por exemplo, pesquisas empíricas indicam que apenas 0,1 a 0,2% dos compradores de softwares e aplicativos abrem os contratos de licença para analisar as cláusulas lá descritas. Quando o fazem, não gastam mais que alguns minutos nessa atividade.¹¹⁶⁵

No campo da publicidade comportamental, **pesquisas empíricas** realizadas no contexto norte-americano apontaram que mais de 80% dos entrevistados tendem a rejeitar esse tipo de prática comercial se forem devidamente informados e tiverem escolha para tanto.¹¹⁶⁶ Em outra pesquisa, 57% dos entrevistados, mesmo quando demonstraram pouco ou nenhum conhecimento acerca da temática, revelaram que não se sentem confortáveis com a coleta, processamento e compartilhamento de dados de navegação para fins publicitários. Para eles a prática seria demasiadamente intrusiva.¹¹⁶⁷ No que tange à leitura automatizada de e-mails para perfilização e direcionamento publicitário, 62% dos entrevistados na pesquisa realizada por Cranor e McDonald, acharam a prática assustadora e violadora da privacidade. A maioria desconhecia tal prática.¹¹⁶⁸ Quando alguns entrevistados foram perguntados sobre o rastreamento digital baseado nas técnicas de anonimização, 68% não permitiriam de qualquer maneira o rastreamento mesmo nessas condições e outros 19% afirmaram que provavelmente não permitiriam.¹¹⁶⁹ Nas palavras dos pesquisadores Torow et al.:

¹¹⁶⁴ Aliás, a literatura de Análise Econômica do Direito sugere que os consumidores não leem contratos de dados em decorrência dos custos de transação envolvidos. Tais custos não são, necessariamente, uma falha de mercado. No mínimo indicam os desafios para a superação da problemática da assimetria de informação. Não basta, como sustentado neste subtópico, fornecer mais informações ao consumidor para suprir tal assimetria.

¹¹⁶⁵ MITTS, Joshua. How Much Mandatory Disclosure is Effective? [s.l.], *Empirical Studies eJournal*, [s.v.], out. 2014. Disponível no SSRN: <https://tinyurl.com/2h62t4ht>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 3.

¹¹⁶⁶ Conforme apontam Utz et al. em pesquisa empírica sobre o tema, a principal justificativa elencada pelos entrevistados para conceder o consentimento para fins publicitários está na ausência de uma opção mais benéfica que concilie o uso do serviço e uma exposição menor à atividade de rastreamento por cookies ou outras tecnologias correlatas. UTZ, Christine; DEGELING, Martin; FAHL, Sascha; SCHAUB, Florian; HOLZ, Thorsten. (Un)informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in the Field. *2019 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security*. Anais de Evento. London, 11-15 nov. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4zdt9vry>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 2.

¹¹⁶⁷ MCDONALD, Aleecia M; CRANOR Lorrie. American's attitudes about internet behavioral advertising practices. In: *Proceedings of the 9th workshop on privacy in the electronic society* Chicago, Illinois, out. 2010. Anais de Evento. Disponível em: <https://tinyurl.com/yvbkd56e>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹¹⁶⁸ MCDONALD, Aleecia M; CRANOR, Lorrie Faith. Beliefs and Behaviors: Internet Users' Understanding of Behavioral Advertising. *38th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy*, Telecommunications Policy Research Conference. Chicago, Illinois. Out. 2010. Anais de Evento. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p826ff9>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 21.

¹¹⁶⁹ TUROW, Joseph; KING, Jennifer; HOOFNAGLE, Chris Jay; BLEAKLEY; HENNESSY, Michael. *Americans reject tailored advertising and three activities that enable it*. Survey supported by the Rose Foundation for Communities and the Environment. Filadélfia, set. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/3ckevua3>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 16.

Ao contrário do que dizem os profissionais de marketing, os [norte-]americanos rejeitam a publicidade personalizada (...). Quaisquer que sejam as razões, nossas descobertas sugerem que se os americanos pudessem votar na segmentação comportamental hoje, eles a encerrariam. (tradução nossa).¹¹⁷⁰

No cenário europeu, a preocupação também se mantém em níveis elevados. Em um estudo de grande porte que envolveu 26.574 participantes residentes nos países membro da União Europeia, ficou evidenciado que quase três quartos dos europeus desejam ter mais controle sobre suas informações e que deveriam ser consultados antes que qualquer tipo de coleta ou processamento de dados pessoais. Para eles o consentimento informado é fulcral para o controle dos dados. Para além disso, sete em cada dez pessoas temem os riscos envolvidos nas tecnologias utilizadas pela publicidade comportamental online.¹¹⁷¹

O rastreamento gera preocupações para a maioria dos entrevistados em pesquisas sobre o tema, principalmente no que tange à privacidade e aos protocolos de segurança para o manejo adequado dos dados coletados e processados.¹¹⁷² Entretanto, a atitude concreta desses consumidores pode ser diametralmente oposta ao posicionamento revelado nas pesquisas empíricas.¹¹⁷³ Nesse sentido, Borgesius aponta que:

Pesquisas e entrevistas fornecem informações mais confiáveis do que a mera intuição, mas devem ser interpretadas com cautela. As pessoas geralmente agem de maneira diferente na prática do que se poderia esperar delas com base nos resultados da pesquisa. Esse é o caso também para as opções de privacidade. As pessoas dizem que se preocupam profundamente com a privacidade, mas muitas vezes divulgam informações pessoais em troca de benefícios mínimos. (tradução nossa).¹¹⁷⁴

¹¹⁷⁰ “Contrary to what marketers say, Americans reject tailored advertising (...). Whatever the reasons, our findings suggest that if Americans could vote on behavioural targeting today, they would shut it down.” Ibid., p. 4.

¹¹⁷¹ EUROPE UNION. European Commission. Special Eurobarometer 359: Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union. Brussels, 8 dez. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/54xzk2s8>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 172, 146.

¹¹⁷² TUROW, Joseph; KING, Jennifer; HOOFNAGLE, Chris Jay; BLEAKLEY; HENNESSY, Michael. *Americans reject tailored advertising and three activities that enable it*. Op cit. p. 4-5.

¹¹⁷³ Essa aparente contradição é explicada pela vertente literária da Economia Comportamental. As diferenças entre as preferências declaradas (o que as pessoas afirmam nas pesquisas) não são tão confiáveis quanto as preferências reveladas (como elas agem concretamente). Quando a atitude declarada é favorável à maior proteção da privacidade, mas a atitude concreta é pelo uso do serviço que diminui a sua privacidade, é chamada de “o paradoxo da privacidade”. Nessa linha, veja: BARNES, Susan B. A privacy paradox: social networking in the United States. *First Monday*. [s.l.], v. 11, n. 9, set. 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/2nexusuuv>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹¹⁷⁴ “Surveys and interviews give more reliable information than mere intuition, but they must be interpreted with caution. People often act differently in practice than might be expected from them based on survey results. This is the case for privacy choices as well. People say they care deeply about privacy, yet often divulge personal information in exchange for minimal benefits. Section 5 returns to this ‘privacy paradox.’ Furthermore, it’s difficult to generalise findings from studies that use different methods. Many studies discussed above are from the US, and one should be careful when extrapolating the results to Europe. Another problem with surveys about privacy is that people who care a lot about their privacy may refuse to answer survey questions.” BORGESIUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 223. p. 256-257.

Isso decorre da falta de usabilidade das ferramentas de proteção que exigem conhecimento técnico e dispendem maior tempo por parte do consumidor.¹¹⁷⁵ Essa falta de usabilidade não é um ato atribuído apenas a desatenção do consumidor, os agentes de tratamento também possuem uma parcela de responsabilidade nessa seara. Para se precaverem e eventuais irregularidades no tratamento de dados, tais agentes acabam recorrendo aos avisos de consentimento e ao oferecimento de múltiplas opções de gerenciamento de privacidade aos usuários. Há o oferecimento, mas peca-se na capacitação para o uso, como demonstrado neste tópico.

O uso excessivo de solicitações de consentimento não parece representar uma saída adequada para concretização do consentimento informado. Tais solicitações geram uma fadiga que levam o consumidor a aceitar quaisquer condições para ter acesso imediato ao serviço gratuito. Aliás, em pesquisa realizada no cenário europeu, identificou-se que a grande maioria dos entrevistados (81,6%), quando perguntados se preferem pagar pelo serviço digital para evitarem as práticas de publicidade comportamental e melhor proteger sua privacidade, responderam que não, pois preferem receber anúncios direcionados para acessar o conteúdo digital de forma gratuita. O pequeno percentual de entrevistados dispostos a pagar pelos serviços revelam que não gastariam muito dinheiro nessa prática. Isso não significa que os entrevistados não valorizam a privacidade. De acordo com Cranor e McDonald, eles valorizam a privacidade, mas acreditam ser errado pagar para exercer seus direitos como titular dos dados pessoais, “que a privacidade deveria ser delas por direito.”¹¹⁷⁶

O senso comum já indicava o **problema generalizado do volume de informações** recebidas pelos consumidores no ambiente virtual em relação à sua capacidade biológica de

¹¹⁷⁵ TUROW, Joseph; KING, Jennifer; HOOFNAGLE, Chris Jay; BLEAKLEY; HENNESSY, Michael. *Americans reject tailored advertising and three activities that enable it*. Survey supported by the Rose Foundation for Communities and the Environment. Filadélfia, set. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/3cke3vua3>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 25;

No mesmo sentido: <https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/1866919.1866929>

MCDONALD, Aleecia M; CRANOR Lorrie. American’s attitudes about internet behavioral advertising practices. In: *Proceedings of the 9th workshop on privacy in the electronic society* Chicago, Illinois, out. 2010. Anais de Evento. Disponível em: <https://tinyurl.com/yvbk56e>. Acesso em: 17 jan. 2022;

PURCELL, Kristen; BRENNER, Joanna; RAINIE, Lee. *Search Engine Use 2012: even though online Americans are more satisfied than ever with the performance of search engines; strong majorities have negative views of personalized search results and targeted ads*. Pew Research Center’s Internet & American Life Project. Washington, D.C., 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8s7c3d>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹¹⁷⁶ MCDONALD, Aleecia M; CRANOR Lorrie. American’s attitudes about internet behavioral advertising practices. In: *Proceedings of the 9th workshop on privacy in the electronic society* Chicago, Illinois, out. 2010. Anais de Evento. Disponível em: <https://tinyurl.com/yvbk56e>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 26.

compreensão. Ronaldo Porto Macedo Junior ressalta que os estudos sobre a racionalidade limitada (*bounded rationality*) e da sobrecarga de informação (*overloaded information*) evidenciam que a máxima: “maior informação – maior capacidade de decisão consciente (e, portanto, livre)”, frequentemente não corresponde à realidade.”¹¹⁷⁷ J. Mitts acrescenta que “Há um pressuposto fundamental, mas raramente reconhecido na lei de proteção do consumidor, sobre a internalização de toda a informação que lhes é apresentada.”¹¹⁷⁸ Costuma-se presumir a absorção dessas informações em prol da manutenção da lógica do sistema jurídico, mesmo que ele esteja divorciado da complexidade tecnológica atual. A técnica de entregar a maior quantidade de informações possíveis, através de uma quantidade cada vez maior de destaques informativos, apesar de revelar custos menores para os fornecedores, pode não ser a melhor forma de proteger o consumidor.¹¹⁷⁹

Seguindo essa linha, Omri Ben-Shahar e Carl Schneider realizaram pesquisas científicas para compreender a causa da falha dos “destaques informativos obrigatórios” previstos nas leis norte-americanas. Eles se basearam na problemática: A regulação que institui os destaques obrigatórios é a melhor forma de levar a informação ao consumidor? Diante do “tsunami” de informações técnicas e/ou científicas, o consumidor pode encontrar o que deseja e tomar decisões mais acertadas?¹¹⁸⁰

Os autores afirmam que a divulgação obrigatória de informações através da regulação é uma resposta estatal, que fornece elementos para as pessoas “não-especialistas” enfrentarem decisões complexas e técnicas. Esse cenário é intensificado na “sociedade de risco”. A divulgação obrigatória propõe uma “solução sedutoramente simples”: se as pessoas precisam de informações específicas para tomar decisões sobre temas que não dominam, a melhor saída é ampliar cada vez mais o acesso e a disponibilidade. Tal técnica regulatória é utilizada na

¹¹⁷⁷ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. *Justitia*. São Paulo, n. 61, p. 245-259, jan./dez. 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/3kn65jff>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 247.

¹¹⁷⁸ MITTS, Joshua. How Much Mandatory Disclosure is Effective? [s.l.], *Empirical Studies eJournal*, [s.v.], out. 2014. Disponível no SSRN: <https://tinyurl.com/2h62t4ht>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 3.

¹¹⁷⁹ Conforme ressalta João Pedro Leite Barros em análise à legislação portuguesa: “(...) o afã do legislador de resguardar o direito do consumidor não foi transformado em tutela real. O malfadado esforço em normatizar ao máximo o dever de informação, promovido através de diretivas descoordenadas entre si, não atingiu o resultado desejado, demonstrando-se que o sistema é ao mesmo tempo protetivo e defeituoso. Nesse compasso, ficou nítido que a noção de quanto mais informação melhor para o consumidor foi sucumbida pela consequente desinformação por parte deste. Basta observar, por exemplo, que a pleora de informações veiculadas pelo fornecedor, na prática, não permite que o consumidor diferencie quais são as mais relevantes, prejudicando a assimilação daquelas essenciais para o contrato.” BARROS, Leite. O excesso de informação como abuso do Direito (Dever). *Revista Luso-Brasileira de Direito do consumo*. v. 7, n. 23, p. 13-60, mar. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc83wyc6>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 40.

¹¹⁸⁰ BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E. *More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure*. Princeton: Princeton University Press, 2014. E-book (não paginado).

atualidade porque minimiza ou evita alguns problemas relacionados à responsabilidade dos fornecedores.

A pesquisa realizada pelos autores se baseou em leis sobre contratos de plano de saúde, sobre contratos de financiamento bancário e sobre o consentimento informado no contexto dos procedimentos médicos. Todas essas áreas teriam em comum o excesso de informações disponibilizadas ao consumidor. Segundo eles, tal excesso está lastreado em duas noções fundamentais: a ideia de livre mercado e de autonomia privada. Assim “(...) os mercados funcionam melhor quando os consumidores são amplamente informados”, pois esse cenário fornece dados suficientes para o melhor exercício do direito de escolha. Em última análise, a escolha revelaria uma das vertentes da autonomia privada desses indivíduos.¹¹⁸¹

Contudo, a conclusão do estudo realizado por Omri Ben-Shahar e Carl Scheneider está na falha da técnica regulatória da obrigatoriedade dos destaques informativos. Mais informação não é sinônimo de um nível mais elevado de consentimento informado aos consumidores. A pesquisa se reservou a confirmar a hipótese da falha informativa, não se dedicou a propor modelos substitutivos ou estratégias de otimização da autonomia decisória dos consumidores. Ressaltam, por outro lado, que o seu fracasso pode sustentar o desenvolvimento de outras formas de proteger a autonomia pessoal dos consumidores na sociedade contemporânea, diante da insuficiência da atual forma de entregar a informação e de coletar o consentimento informado.¹¹⁸²

Na mesma linha, Cass Sunstein argumenta que as informações contidas em destaques obrigatórios (advertências em conteúdo publicitário ou na rotulagem de produtos) costumam ser confusas ou irrelevantes para o bem-estar do consumidor.¹¹⁸³ Muitos dados seriam desnecessários: “Isso [o excesso de informações] confunde a mente. É chato. Além disso, existe uma grande quantidade de informações que as pessoas não querem receber.”¹¹⁸⁴ O autor discorda da política do “direito de saber”, pois a informação em excesso geraria desinformação e a perda de sentido lógico para o receptor, já que nem sempre as pessoas estão dispostas a

¹¹⁸¹ BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E. *More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure*. Princeton: Princeton University Press, 2014. E-book (não paginado).

¹¹⁸² BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E. *The Failure of Mandated Disclosure*. *Chicago Law and Economics*. Working Paper n. 516, 2010. Disponível no SSRN: <https://tinyurl.com/ht5d7mxxp>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 647.

¹¹⁸³ SUNSTEIN, Cass R. *Too much information: understanding what you don't want to know*. Cambridge: The MIT Press, 2020. p. 39.

¹¹⁸⁴ “It clutters the mind. It is boring. In addition, there is a great deal of information that people want not to receive.” *Ibid.*, p. 11.

investir tempo observando destaques excessivos.¹¹⁸⁵ Partindo de uma análise consubstanciada na “disposição de pagar” (WTP),¹¹⁸⁶ Sunstein entende que “menos é mais” e que as políticas públicas prévias à obrigatoriedade de qualquer destaque informativo deveriam partir da necessidade concreta daquela informação para o consumidor.¹¹⁸⁷ A informação necessária seria aquela capaz de melhorar significativamente a vida das pessoas, tendo como base a ideia de bem-estar social.^{1188 1189}

A conclusão obtida pelos autores precisa ser testada no ambiente do consentimento informado, como mecanismo de proteção contra os riscos indesejados da publicidade comportamental online aos consumidores. Para subsidiar essa análise, o autor desta tese se utilizou de pesquisas empíricas realizadas por pesquisadores estrangeiros e indexadas nas principais bases de dados internacionais. Tais pesquisas trazem dados importantes acerca do nível de informações disponibilizado aos consumidores sobre a publicidade comportamental e como eles lidam na prática com essa tecnologia disruptiva. Elas foram diluídas e organizadas abaixo, de acordo com as dificuldades que permeiam o “**processo de comunicação**”¹¹⁹⁰ entre fornecedores (agentes de tratamento) e consumidores (titulares dos dados pessoais).

¹¹⁸⁵ Ibid., p. 92.

¹¹⁸⁶ Em língua inglesa: “Willingness-to-Pay (WTP).” Para o Cass Sunstein haveria um nexo entre WTP e bem-estar do consumidor. Ibid., p.12-13.

¹¹⁸⁷ Existem críticas ao pensamento de Sunstein acerca da maleabilidade que a ideia de bem-estar pode fornecer na análise concreta da necessidade de uma informação. Para a literatura dissidente, a união de pequenas pesquisas realizadas pelo autor não fornece elementos confiáveis e empíricos para validar a sua tese. Em que pese a unanimidade deles recomendar a leitura de Sunstein. Nessa linha estão:

SHIRKY, Clay. Accused of ruining popcorn, Cass Sunstein wants to repent. *New York Times*, 10 set. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/3hahwyxb>. Acesso em: 17 jan. 2022;

TUHUS-DUBROW, Rebecca. Navigating an environment overabundant with information. *TLS*, 6 nov. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/mtuyh2sa>. Acesso em: 17 jan. 2022;

BATABYAL, Amitrajeet A. Review of "Too Much Information" by Cass R. Sunstein. ResearchGate, ago. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/ye24xd99>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹¹⁸⁸ Nesta tese, a expressão bem-estar social foi empregada no mesmo sentido daquele previsto na CRFB/88, incluindo tanto a qualidade de vida proporcionada às pessoas, quanto ao acesso de bens e serviços produzidos em sociedade, pelo estado e pelo mercado. Nas palavras de Ivo Gico Junior, trata-se da “(...) a utilidade agregada. Cfr. Preâmbulo, art. 186, inc. IV, art. 193, art. 219, art. 230 e §1º do art. 231, todos da Constituição Federal.” GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Bem-estar social e o conceito de eficiência. *Revista Brasileira de Direito*. Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yt87vfv3>. Acesso em: 15 jun. 2020. p. 16.

¹¹⁸⁹ Para demonstrar a maleabilidade do critério “necessidade”, Sunstein cita a rede social digital Facebook para sustentar que mesmo informações que podem gerar ansiedade e tristeza e que não tenha nenhum valor instrumental ou regulatório, tal como as notícias e atualizações de amigos, tem um valor hedônico negativo e essencial para os usuários do aplicativo. Essa perspectiva é utilizada para afirmar que nem sempre a informação requerida será aquela que é considerada legalmente essencial para o consumidor. SUNSTEIN, Cass R. *Too much information: understanding what you don't want to know*. Op. cit., p. 136.

¹¹⁹⁰ Expressão utilizado por Alexandre David Malfatti para explicar a transmissão da informação ente os agentes econômicos. MALFATTI, Alexandre David. *O direito à informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeta Jurídico, 2003. p. 135-216.

A pesquisa exploratória em outros países foi necessária porque há poucas abordagens acadêmicas brasileiras acerca das dificuldades que podem surgir na tentativa de concretização da manifestação de vontade dos titulares dos dados.¹¹⁹¹ A compreensão da dimensão do problema perpassa pela análise do “processo de comunicação”, que se deseja perfazer entre fornecedor e consumidor. Resumidamente, a entrega da informação, ou seja, da “mensagem” consiste em um processo factual que envolve o “emissor” e o “receptor” da informação. O suporte da informação vem afixada em um “veículo” (rotulagem, anúncio, manual, etc.), através de um “código” específico reconhecível pelo receptor (símbolos, escrita, som, etc.). Aqui unem-se a abordagem comunicacional publicitária trabalhada na seção 1.1, com a abordagem informacional para concretização do consentimento informado. Trata-se de temas correlatos e ligados ao princípio da informação. Contudo, tais abordagens possuem escopos distintos.

As **dificuldades no processo de comunicação** podem estar em 4 (quatro) frentes: a) na complexa formação da rede publicitária, que perpassa por diversos agentes que possuem diferentes funções na atividade de tratamento de dados; b) na baixa divulgação de informações sobre o funcionamento das tecnologias de rastreamento e análise comportamentais; c) na incapacidade do receptor (o titular dos dados) de compreender adequadamente ou internalizar o conteúdo da informação que se quer transmitir; e d) na inadequação de algumas práticas de exposição de *banners*, *pop-ups*, símbolos ou caixas de preenchimento que confundem os consumidores na coleta do seu consentimento.

A **complexidade** presente na rede publicitária comportamental foi apresentada nos capítulos anteriores. Ficou evidenciada que a antiga verticalização do processo de produção e divulgação centralizada de anúncios publicitários (característica do chamado “fordismo” industrial), foi em grande parte substituída pela pervasidade do ciberespaço que modificou completamente a forma de se anunciar bens de consumo, que passou a envolver uma miríade de atores (característica do chamado “toyotismo”).¹¹⁹²

¹¹⁹¹ CARNEIRO, Ramon Mariano. “Li e aceito”: violações a direitos fundamentais nos termos de uso das plataformas digitais. *Internet & Sociedade*. [s.l.], v.1, n.1, fev. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2b4ssp73>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹¹⁹² As mudanças no processo produtivo industrial podem ser explicadas através de alguns modelos descritivos elencados pela literatura. Dentre eles, destacam-se: o fordismo, o pós-fordismo, a especialização flexível e o toyotismo. O termo “fordismo” foi criado por Henry Ford em 1914, para referir-se aos sistemas de produção em massa (linha de produção). O fordismo visou racionalizar o processo produtivo, automatizando o trabalho. O objetivo era controlar ao máximo os insumos para manter o ritmo adequado de produção. Para tanto, mantinham-se grandes estoques de produtos a serem vendidos. Após o declínio do sistema fordista clássico e da tentativa de universalização do automóvel, adotou-se uma postura diferenciada que consistiu em redução de estoques e diminuição da produção. Essa mudança de paradigma ocorreu porque essa indústria americana ficou fragilizada

Nesse novo modelo disseminado na década de 1990, e amplamente empregado na atualidade do mercado publicitário, os fornecedores agem em cooperação e de maneira descentralizada. A produção do anúncio publicitário é realizada por diversos agentes que compõe a cadeia comercial. Além dos agentes diretamente ligados à atividade, como já mencionado até agora (os anunciantes, a agência de propaganda e os veículos de divulgação), existem outros atores envolvidos indiretamente no desenvolvimento de softwares de coleta, de processamento e compartilhamento de dados pessoais. Além daqueles envolvidos nas ferramentas de monetização unificada de espaços publicitários e as startups desenvolvedoras de produtos B2B para inferência de emoções. Essa complexidade gera dificuldades na concretização do consentimento informado nos moldes da LGPD, já que o tratamento e compartilhamento de dados é realizado por diferentes agentes que não possuem uma relação direta com os titulares dos dados. Como mencionado no início deste capítulo, o usuário desconhece grande parte dos agentes que tratam os seus dados pessoais para as finalidades publicitárias comportamentais. Trata-se de um espelho unidirecional.

Até a data de fechamento desta tese (2022) inexistiam dados concretos sobre o impacto da LGPD na atividade publicitária e na proteção dos titulares de dados. A vigência ainda recente da LGPD não permite atestar determinadas hipóteses sobre os impactos positivos e negativos que ela está ocasionando no mercado publicitário seja no aspecto da transparência no uso e compartilhamento de dados entre os agentes de tratamento, seja na observância dos direitos dos titulares dos dados pessoais. Por outro lado, já existem pesquisas realizadas no ambiente europeu pós-GDPR e que indicam que tal regramento ainda não provocou mudanças significativas de comportamento das agências de publicidade e dos veículos de comunicação no que tange as políticas de coleta do consentimento e de rastreamento comportamental.¹¹⁹³ Logo após a vigência do GDPR, até houve uma redução de cerca de 12,5% na utilização de

com o avanço de outras montadoras, principalmente com o sistema Toyota de produção (japonês), que se baseava na produção enxuta; customização; e exploração das facilidades comerciais dos blocos regionais. O novo paradigma adotou a ideia do *just-in-time*, que consiste na produção apenas do que já foi vendido ou que há expectativa de ser vendido. Assim, essas ideias que revelam uma “estratégia da especialização flexível”, especificamente a partir da metade dos anos 1970, tentavam adequar a capacidade de produção com as incertezas do mercado consumidor e reagir rapidamente as mudanças do mercado. Esse novo paradigma industrial passou a se articular sob três dimensões básicas: a) cooperação entre sociedades empresárias; b) uso intensivo de novas tecnologias; c) padrão de organização voltado a obtenção de melhores resultados (não apenas lucrativos, mas de qualidade do produto, expectativas do consumidor e controle dos riscos). Para aprofundar o tema, veja: FERNANDES, Rafael Gonçalves. OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Novas formas de pensar a relação contratual na atualidade. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 5, n. 5, p. 1503-1526, 2019.

¹¹⁹³ SAKAMOTO, Takahito; MATSUNAGA, Masahiro. After GDPR, still tracking or not? Understanding opt-out states for online behavioral advertising. *IEEE Symposium on Security and Privacy Workshops*, Anais do SPW 2019, p. 92–99. San Francisco, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/269cstjx>. Acesso em: 17 jan. 2022.

tecnologias de rastreamento. Contudo, alguns meses depois o número voltou a subir e alcançou a mesma média pré-GDPR. Urban et al. explicam que essa redução ocorreu em decorrência da adequação dos sistemas ao GDPR, o que exigiu uma interrupção temporária da atividade de rastreamento.¹¹⁹⁴

A segunda questão está na **assimetria de informações** entre os próprios agentes de tratamento (os emissores). Os agentes que compõe a rede não dominam completamente o funcionamento de algumas tecnologias empregadas para a mineração de dados e para a realização de perfilização automatizada. Trata-se da chamada e já abordada “caixa preta” dos algoritmos, que nem sempre está ao alcance da compreensão humana. Decisões automatizadas podem partir de inferências discriminatórias observadas no ciberespaço e serem reproduzidas voluntária ou involuntariamente na segmentação publicitária e em outros serviços prestados no espaço digital.¹¹⁹⁵ Nesse sentido, Bruno Bioni aponta que o “complexo ecossistema é formado por uma miríade de sujeitos em que todos põem ‘as mãos’ sobre os dados pessoais” e tornam “o fluxo informacional completamente volátil.”¹¹⁹⁶ O fluxo de informações na rede publicitária é demasiadamente indeterminado, imprevisível e fluído.

A terceira questão está na **recepção** dessa informação pelo consumidor. Pesquisas indicam que as pessoas são avessas à decisão que requer uma escolha entre elementos complexos.¹¹⁹⁷ Tomar decisões sobre os dados pessoais requer tempo, conhecimento e esforço. O número de solicitações de consentimento torna o ato banal e padronizado.¹¹⁹⁸ O usuário deixa de preocupar-se com os efeitos da sua decisão e passa a concordar com todos os termos independentemente do seu conteúdo. Conforme aponta Lindstrom:

A questão é que o nosso cérebro está constantemente ocupado coletando e filtrando informações. Algumas partículas de informação chegarão até o armazenamento de longo prazo — em outras palavras, a memória —, mas a maior parte se tornará entulho irrelevante, relegado ao esquecimento. Esse processo é inconsciente e instantâneo,

¹¹⁹⁴ URBAN, Tobias; TATANG, Dennis; DEGELING, Martin; HOLZ, Thorsten. Measuring the Impact of the GDPR on Data Sharing in Ad Networks. *15th ACM Asia Conference on Computer and Communications Security*. Anais do ASIA CCS 2020, n. 235, p. 222–235. [s.l.], 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckja3s6>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹¹⁹⁵ Vide seção 1.1.4, desta tese.

¹¹⁹⁶ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

¹¹⁹⁷ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

¹¹⁹⁸ BURGESS, Matt. The tyranny of GDPR popups and the websites failing to adapt. In: *Wired*, [s.l.], 29 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdhachtf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

mas acontece a cada segundo de cada minuto de cada dia.¹¹⁹⁹

Seja pelo excesso de informações ou pela falta de experiência/conhecimento, “o receptor não será capaz de selecionar e priorizar informações que são relevantes para a tomada de decisão.”¹²⁰⁰ Assim pode-se afirmar que os receptores da informação (também chamados de destinatários) terão dificuldades de absorver a informação, o que a torna passível de “ruídos”, que geram interpretações errôneas pelo desconhecimento do conteúdo da informação.¹²⁰¹ Esse último aspecto pode gerar interferências prejudiciais para o consentimento válido e eficiente. Além disso, não se pode descuidar do perfil dos consumidores brasileiros que carecem de formação escolar. Segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ainda existem 11 milhões de pessoas que não sabem ler ou escrever, cerca de 6,6% da população nacional com mais de 15 anos.¹²⁰²

A quarta questão consiste na **utilização do código e do veículo adequados** no processo de transferência da informação, ou seja, a maneira como ela é entregue ao destinatário. Após a implementação do GDPR, artigos científicos têm apontado uma maior proporção de avisos de cookies mediante banners digitais em portais virtuais ou em aplicativos.¹²⁰³ São os famosos “avisos de cookies”, que solicitam uma confirmação do usuário para preencher o requisito do consentimento previsto no Regulamento.¹²⁰⁴ Contudo, tais pesquisas indicam, também, que as opções ofertadas aos usuários não oferecem um grau mais elevado de proteção, se comparado com as práticas comerciais anteriores ao GDPR. Conforme indicam Xuehui Hu e Nishanth Sastry “descobrimos que, em geral, a relação entre os operadores de sites e os

¹¹⁹⁹ LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre porque compramos*. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: HarperCollins, 2017. E-book (não paginado).

¹²⁰⁰ DUCATO, Rossana. Data protection, scientific research, and the role of information. *Computer Law & Security Review*. [S.l.], v. 37, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2557aayh>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 8.

¹²⁰¹ Conforme ressalta Alexandre Malfatti, “os ruídos da mensagem são os eventos que ocorrem durante o processo de comunicação e que servem para deteriorar aquilo que está sendo transmitido pelo emissor ao destinatário.” MALFATTI, Alexandre David. *O direito à informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003. p. 16.

¹²⁰² FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *PNAD Contínua 2019: Educação*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87rf8u>. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹²⁰³ UTZ, Christine; DEGELING, Martin; FAHL, Sascha; SCHAUB, Florian; HOLZ, Thorsten. (Un)informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in the Field. *2019 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security*. Anais de Evento. London, 11-15 nov. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4zdt9vry>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹²⁰⁴ Em pesquisa realizada em 2018, que analisou 6.579 websites europeus, identificou-se que 62,1% deles exibem os avisos de consentimento. Um aumento de 16%, quando comparado com a quantidade de avisos pré-GDPR. DEGELING, Martin; UTZ, Christine; LENTZSCH, Christopher; HOSSEINI, Henry; SCHAUB, Florian; HOLZ, Thorsten. We Value Your Privacy... Now Take Some Cookies: Measuring the GDPR’s Impact on Web Privacy. *Anais de Evento*. Network and Distributed Systems Security (NDSS) Symposium 24-27 fev. 2019, San Diego, California. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckp4yuh>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 1.

usuários permanece desequilibrada e, na prática, o GDPR pode estar aquém do nível de proteção que visa oferecer.” (tradução nossa).¹²⁰⁵ O consentimento padrão oferecido pelos websites e softwares diversos podem confundir os usuários a aceitarem condições menos favoráveis à sua privacidade, tal como o rastreamento constante das atividades na web.¹²⁰⁶ Nas palavras de Utz et al.:

No geral, os avisos de consentimento se tornaram onipresentes, mas a maioria fornece poucas ou muitas opções, deixando as pessoas com a impressão de que suas escolhas não são significativas e alimentando o hábito de clicar em qualquer elemento de interação que faz com que o aviso desapareça em vez de engajar-se ativamente com ele e fazer uma escolha informada. (tradução nossa).¹²⁰⁷

Nas palavras de Timo Jakobi, “a maioria das soluções não é proteção por padrão, de modo que o próprio usuário deve se tornar ativo para não liberar dados.”¹²⁰⁸ As soluções apresentadas no formato de “gerenciamento de privacidade” exigem conhecimento técnico dos usuários e acabam por gerar um certo cansaço aos usuários.¹²⁰⁹ Muitas etapas e opções reduzem – intencionalmente – o alcance desses padrões mais protetivos.¹²¹⁰ Trata-se de *nudge* para que o usuário se mantenha no grupo padrão que aceita a totalidade dos termos de uso de dados, que

¹²⁰⁵ “In summary, we find that by and large, the relationship between website operators and users remains unbalanced, and GDPR may in practice be falling short of the level of protection that it aims to deliver.” HU, Xuehui; SASTRY, Nishanth. Characterizing third party cookie usage in the EU after GDPR. *11th ACM Conference on Web Science*. Anais do WebSci 2019, v. 1, p. 137–141, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckp4yuh>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 7.

¹²⁰⁶ HU, Xuehui; SASTRY, Nishanth. Characterizing third party cookie usage in the EU after GDPR. *11th ACM Conference on Web Science*. Anais do WebSci 2019, v. 1, p. 137–141, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckp4yuh>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 7.

¹²⁰⁷ “Overall, consent notices have become ubiquitous, but most provide too few or too many options, leaving people with the impression that their choices are not meaningful and fueling the habit to click any interaction element that causes the notice to go away instead of actively engaging with it and making an informed choice.” DEGELING, Martin; UTZ, Christine; LENTZSCH, Christopher; HOSSEINI, Henry; SCHAUB, Florian; HOLZ, Thorsten. We Value Your Privacy... Now Take Some Cookies: Measuring the GDPR’s Impact on Web Privacy. *Anais de Evento*. Network and Distributed Systems Security (NDSS) Symposium 24-27 fev. 2019, San Diego, California. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckp4yuh>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 2.

¹²⁰⁸ JAKOBI, Timo; STEVENS, Gunnar; SEUFERT, Anna-Magdalena; BECKER, Max; GRAFENSTEIN, Max Von. Web Tracking Under the New Data Protection Law: Design Potentials at the Intersection of Jurisprudence and HCI. *Journal of Interactive Media*. Berlin, v. 19, n.1, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8s6sz7>. Acesso em: 17 jan. 2022. (Não paginado).

¹²⁰⁹ A usabilidade das ferramentas de exclusão ou recusa do consentimento depende de conhecimento técnico pelos usuários. Pesquisas indicam que os usuários têm dificuldade de compreender e localizar os mecanismos protetivos dos dados pessoais, que normalmente são alocados dentro da aba “configurações” da aplicação utilizada. Nesse sentido: HABIB, Hana; ZOU, YIXIN; JANNU, Aditi; SRIDHAR, Neha; SWOOPES, Chelse; ACQUISTI, Alessandro; CRANOR, Lorrie Faith; SADEH, Norman; SCHAUB, Florian. An Empirical Analysis of Data Deletion and Opt-Out Choices on 150 Websites. *Fifteenth Symposium on Usable Privacy and Security*. Anais do SOUPS 2019. Ann Arbor, 2019, p. 387–406. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc9nhr7j>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹²¹⁰ HU, SASTRY, op. cit., p. 7.

No mesmo sentido, Utz et al. descobriram que avisos com mais de duas opções ou que redirecionam o usuário para outras abas ou links prejudicam o ato de colher o consentimento informado. <https://arxiv.org/abs/1909.02638> DEGELING et. al., op. cit., p. 2.

são construídos unilateralmente pela rede publicitária.^{1211 1212} Em alguns casos, nem mesmo existem opções de gerenciamento, ofertando apenas a opção opt-in, na modalidade “tudo ou nada”.¹²¹³ Tais casos revelam uma espécie de “design abusivo”, uma vez que podem ser enquadrados como uma prática abusiva que utiliza das vulnerabilidades do consumidor para obter o consentimento a qualquer custo.¹²¹⁴

A regulação, que propõe a obrigatoriedade de informar determinados pontos essenciais do tratamento de dados pessoais, não consegue atingir o seu objetivo, qual seja: o de fornecer instrumentos para uma decisão informada nas relações jurídicas firmadas entre leigos e especialistas. Grether, Schwartz e Wilde afirmam ser improvável que os consumidores façam escolhas ideais, mesmo depois de ler os termos de uso.¹²¹⁵ Isso pode ocorrer porque os consumidores ignoram a leitura de um termo do qual não poderão melhorar sua condição, ou seja, mesmo após a leitura a decisão tende a permanecer a mesma. Isso é mais evidente diante de serviços digitais relacionados às grandes redes sociais e aplicativos de celular. Decisões imediatistas também impulsionam o agir decisório que dispensa a observância concreta do contrato de adesão.¹²¹⁶

¹²¹¹ FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Norberto Milton Paixão; SILVA, Fernanda Viero da. Mineração de dados e publicidade comportamental: impasses para a regulação do spam e dos nudges na sociedade burocrática do consumo dirigido. *Revista Estudos Institucionais*, v.6, n. 3, p. 1536-1559, set./dez. 2020.

¹²¹² Conforme aponta Borgesius “me firms use transaction costs strategically. Firms can discourage people from opting out, by requiring multiple mouse clicks for an opt-out. For instance, people face transaction costs when they want to opt out of receiving behaviorally targeted ads on the website Youronlinechoices, managed by the Interactive Advertising Bureau. It takes three clicks and a waiting period to opt out of receiving behaviorally targeted ads. Opting out of Google’s advertising cookies takes five mouse clicks from its search page.” BORGESIUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 223. p. 279.

¹²¹³ Sobre os impactos econômicos do GDPR na atividade publicitária, veja:

ARIDOR, Guy; CHE, Yeon-Koo; SALZ, Tobias. *The economic consequences of data privacy regulation: empirical evidence from GDPR*. Working Paper 26900. National Bureau of Economic Research: Cambridge, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w6jaj>. Acesso em: 16 dez. 2021.

¹²¹⁴ HARTZOG, Woodrow. *Privacy’s blueprint: the battle to control the design of new technologies*. Cambridge: Harvard University Press, 2018. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/ytusan2k>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹²¹⁵ GREETHER, David; SCHWARTZ, Alan; WILDE, Louis. The Irrelevance of Information Overload: An Analysis of Search and Disclosure. *Southern California Law Review*, [s.l.], v. 59, n. 2, p. 277-304, 1985. Disponível em: <https://tinyurl.com/ajyn7vrp>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 277.

¹²¹⁶ Custodio Miranda afirma que o contrato de adesão é: “(...) um ato que se inicia com uma declaração emitida para o público pelo estipulante, contendo uma proposta contratual, do tipo de uma promessa irrevogável de contratar, mediante cláusulas uniformes, por ele formuladas unilateralmente, para possíveis aderentes, sobrevivendo-lhe, em função disso, sucessivas declarações de aceitação, que dão origem a outras tantas relações jurídicas determinadas que constituem-se em contratos singulares que, uma vez superado esse inicial modo de formação, em tudo se igualam (exceção feita às consequências e implicações daquele modo de formação) aos contratos de modelo clássico.” MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 136-137.

Apesar disso, as informações precisam chegar até os consumidores.¹²¹⁷ Soluções que visem reduzi-las ou simplificá-las não parecem ser adequadas à complexidade tecnológica e a própria lógica da LGPD. Utz et al. apontam que “a presença de um link para a política de privacidade do site não aumenta a interação do usuário”, o que comprova a ineficácia de destaques informativos que pretendem ser claros, concisos e diretos na otimização do consentimento informado. (tradução nossa).¹²¹⁸ Não há, contudo, um dever legal de leitura das cláusulas contratuais. Tal dever, se existente, seria ineficaz diante das limitações da racionalidade e da realidade biológica do ser humano. A solução do problema da assimetria de informação através da opção facultada aos consumidores de ler o contrato parece imprudente e desarrazoada.¹²¹⁹ Conforme apontam Timo Jakobi et al.:

A assimetria de informação entre operadores de rastreadores e usuários finais é tão extensa que o mercado (se é que se pode falar de mercado neste caso) deixa de funcionar. Se 50 ou mais rastreadores coletam dados pessoais em uma página inicial e os passam para um número incontrolável de terceiros, isso se baseia em um modelo de negócios fortemente unilateral e dificilmente orientado para o consenso. (tradução nossa).¹²²⁰

Essa constatação não serve para diminuir a importância do consentimento e das atuais políticas de informação dos serviços digitais. Os fornecedores devem continuar a informar os consumidores e a redigir e divulgar termos que sejam relativamente fáceis de compreender. A

¹²¹⁷ Nesse sentido: “The modern data ecosystem is mind-bogglingly complex, with many different kinds of information collected in many different ways, stored in many different places, processed for many different functions, and shared with many other parties. All that nuance gets glossed over when companies try to simplify and shorten information, the risk hidden or made to seem more benign through abstraction.” HARTZOG, op. cit.

¹²¹⁸ “We find that the presence of a link to the site’s privacy policy does not increase user interaction, underlining the importance of making information immediately actionable rather than pointing to further resources.” UTZ, Christine; DEGELING, Martin; FAHL, Sascha; SCHAUB, Florian; HOLZ, Thorsten. (Un)informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in the Field. *2019 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security*. Anais de Evento. London, 11-15 nov. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4zdt9vry>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 2.

¹²¹⁹ Custodio Miranda também analisa a aplicabilidade do “dever saber formal” nos contratos de adesão, o qual gera uma presunção relativa da cognoscibilidade das condições gerais pelo aderente, mesmo que ele não tenha conhecimento de tais condições. No direito italiano tal regra é expressa e gera responsabilização do aderente pela não “leitura” do contrato. No direito brasileiro, optou-se por outro mecanismo legal. Impõe deveres específicos ao estipulante, nos termos do art. 46 do CDC. Nesse sentido, o estipulante deve facilitar em todos os aspectos o acesso do aderente ao conteúdo dessas condições, tendo em vista a existência de deveres bilaterais no negócio jurídico para formar o consenso. Não há expressa previsão no ordenamento jurídico brasileiro impondo ônus ao aderente que deixa de tomar conhecimento das condições gerais por espontânea vontade. Há na verdade, como dito, a obrigação do proponente em disponibilizar as condições levando em consideração um padrão mediano de aderente (consumidor médio). MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. Op. cit., p. 56-59.

¹²²⁰ “The information asymmetry between operators of trackers and end-users is so extensive that the market (if one can even speak of a market in this case) fails to function. If 50 or more trackers collect personal data on a homepage and pass it on to an unmanageable number of third parties, this is based on a strongly one-sided and hardly consensus-oriented business model.” JAKOBI, Timo; STEVENS, Gunnar; SEUFERT, Anna-Magdalena; BECKER, Max; GRAFENSTEIN, Max Von. Web Tracking Under the New Data Protection Law: Design Potentials at the Intersection of Jurisprudence and HCI. *Journal of Interactive Media*. Berlin, v. 19, n.1, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8s6sz7>. Acesso em: 17 jan. 2022. (Não paginado).

transparência deve reger a legibilidade e inteligibilidade das cláusulas contratuais. Noções básicas ligadas ao tamanho pequeno de fonte, frases longas e uso do “juridiquês” devem ser evitados em todos os aspectos da relação de consumo. O próprio CDC estabelece regras formais para tais contratos. O art. 54, § 3º, dispõe que “os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.” Conforme aponta Luth, em tese sobre economia comportamental e proteção do consumidor:

Essas intervenções [dirigismo contratual] diminuem a quantidade de tempo, custo financeiro e esforço que os consumidores precisam investir para entender o conteúdo do contrato. Os consumidores têm uma oportunidade real de ler e avaliar os termos do contrato padronizados. Esta oportunidade, combinada com a responsabilidade do consumidor pela escolha de não ler, deve incentivar os consumidores a serem cautelosos ao celebrar contratos. A assinatura sem leitura ainda é permitida e pode (e irá), portanto, ainda ocorrer. No entanto, afirma a economia da informação, a conclusão desinformada de contratos é, neste caso, uma escolha do consumidor, uma vez que teve a oportunidade de ler o contrato. Por meio do uso de deveres de divulgação, como disponibilidade e transparência, a leitura do consumidor deve ser aumentada, pois reduz os custos de busca do consumidor, tornando a leitura mais benéfica para o consumidor. (tradução nossa).¹²²¹

A **transparência** nem sempre conseguirá empoderar os consumidores por completo. Por este motivo, a discussão deve ultrapassar a mera preocupação com o consentimento formal e com o acesso à informação e deve se concentrar nas condições limitantes dessa exposição.¹²²² O dever de educar não se exaure na relação de consumo entre fornecedor e consumidor e atinge, também, o Estado, que deve estar atento às novidades do mercado, com o objetivo de formular e implementar políticas públicas direcionadas ao consumo consciente, informado e transparente. É nesse sentido que se defendeu o papel de coordenação entre as agências estatais

¹²²¹ “These interventions decrease the amount of time, financial cost and effort that consumers need to invest to understand the content of the contract. Consumers are given a true opportunity to read and assess the standardised contract terms. This opportunity, combined with consumer responsibility for the choice not to read, should optimally incentivise consumers to take care when entering into contracts. Signing-without-reading is still allowed and could (and will) therefore still occur. However, information economics claims, uninformed conclusion of contracts is in such a case a choice of the consumer, as she has had the opportunity to read the contract. Through the use of disclosure duties, such as availability and transparency, consumer reading should be increased, as it reduces consumer search costs, making consumer reading more beneficial to consumers.” LUTH, Hanneke A. *Behavioural Economics in Consumer Policy: the economic analysis of standard terms in consumer contracts revisited*. (Ph.D. in Law), Law Program, Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam, 2010. p. 156.

¹²²² Conforme ressalta Leonardo Roscoe Bessa, a inobservância dos requisitos legais dos contratos de adesão geram como sanção a ineficácia do vínculo contratual, uma vez que o art. 46 do CDC menciona que os contratos “não obrigarão os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.” Afirma o autor que “Em outras palavras, a ausência de oportunidade ao consumidor de tomar conhecimento prévio do seu conteúdo ou a redação de suas cláusulas de modo a dificultar seu sentido e alcance acarreta a invalidade do acordo de vontade. Na prática, devem as partes voltar ao estado anterior da ‘contratação’, sem prejuízo de eventual indenização em favor do consumidor.” BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022.

responsáveis pelas temáticas postas nesta tese (seção 2.2.4). Essa constatação reforça a necessidade de debates sobre proteção de dados pessoais, que sejam capazes de promover o engajamento público pela a ANPD e a participação da sociedade no desenvolvimento tecnológico das TICs empregadas na publicidade comportamental online. Trata-se de uma concepção ligada à educação para o consumo e para a proteção de dados pessoais.

A LGPD otimiza a proteção dos usuários, mas não é capaz de, por si só, oferecer soluções viáveis para a viabilização do consentimento informado. É nesse sentido que o dever de informar dos agentes de tratamento deve ultrapassar a mera colocação de banners virtuais ou de notificações para obtenção do consentimento. Eles precisam adotar mecanismos tecnológicos que otimizem concretamente a liberdade de escolha do consumidor.¹²²³ Assim, o consentimento no contexto da publicidade comportamental deve ultrapassar a mera disponibilização de “avisos de cookies” e deve adentrar na seara da educação para o consumo.

Para além disso, a **educação para o consumo** pode ser uma forma eficaz de capacitar os consumidores a compreender os riscos presentes em determinadas práticas comerciais.¹²²⁴ De acordo com o art. 6º, do CDC, é um direito básico do consumidor “a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.”¹²²⁵ Nesse caso, a capacitação melhora o ato de consentir com os termos de uso online que incluem cláusulas acerca da publicidade comportamental. Por outro lado, a LGPD para além de exaltar a função da autodeterminação informativa como um dos fundamentos legais da proteção de dados (art. 2º, inciso II), traz as “ações educativas” como forma de concretização das “boas práticas e da governança” por parte dos agentes de tratamento, conforme redação do art. 50, caput. Essas ações educativas colaboram para a melhor proteção dos direitos e interesses dos titulares dos dados pessoais.

3.1.3 As “patologias” comportamentais que minam o consentimento informado como principal base jurídica da publicidade comportamental online

O ciberespaço perfaz uma das áreas que mais explorou a ideia de consentimento para

¹²²³ MALFATTI, Alexandre David. *O direito à informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeta Jurídico, 2003. p. 250.

¹²²⁴ MITTS, Joshua. How Much Mandatory Disclosure is Effective? [s.l.], *Empirical Studies eJournal*, [s.v.], out. 2014. Disponível no SSRN: <https://tinyurl.com/2h62t4ht>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 48.

¹²²⁵ BRASIL. *Lei n. 14.181, de 10 de julho de 2021*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/sz26evay>. Acesso em: 11 jan. 2022.

a obtenção de autorizações ligadas ao tratamento de dados.¹²²⁶ Os usuários são constantemente acionados a clicar em botões de “concordo” em cada página visitada, em cada aplicativo de celular instalado ou software adquirido. Esse excesso de solicitações gera a escassez de qualidade no ato de consentir e o bloqueio no fluxo dos dados pessoais. A constatação dessa falha ficou evidente tanto nas pesquisas empíricas supramencionadas, quanto na tramitação dos Projetos de Lei que culminaram na LGPD. Durante a longa tramitação do Projeto, o consentimento passou de regra presente na cabeça do artigo de lei (art. 7º), e que trazia exceções nos seus incisos, para uma das bases jurídicas de tratamento de dados, em pé de igualdade com as demais. Essa guinada demonstra uma certa mudança de perspectiva do legislador para com a eficácia limitada do consentimento como mecanismo chave de proteção dos dados pessoais.¹²²⁷ Como dito no capítulo anterior, as bases ligadas ao cumprimento de cláusulas contratuais e o legítimo interesse podem autorizar inúmeras atividades de tratamento, sem solicitar o consentimento dos titulares dos dados.

Até este ponto da tese, se delineou que ao lado do consentimento, a transparência e o (auto)controle de dados pessoais formam a tríade cardinal das leis de proteção de dados inspiradas no GDPR.¹²²⁸ Essa abordagem que pode ser resumida na noção de “**autodeterminação informativa**”, trouxe benefícios para a ampliação da proteção dos titulares, mas também apresentou falhas quase que insolúveis, diante da racionalidade limitada da pessoa humana.¹²²⁹ Como se pretende defender neste subtópico, as TICs densificam essas falhas e reforçam as “patologias do consentimento”.¹²³⁰ Para tanto, é preciso compreender se

¹²²⁶ HARTZOG, Woodrow; RICHARDS, Neil. Opinion: It’s time to try something different on Internet privacy. *The Washington Post*. Washington, D.C. 20 dez. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/386dadtn>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹²²⁷ Bioni acrescenta que: “É interessante notar que, na primeira versão do anteprojeto de lei colocada sob consulta pública em 2010, o consentimento era, em termos topográficos, a única base legal para o tratamento de dados pessoais. Isso se repetiu na segunda consulta pública em 2015, quando o que hoje são as demais bases legais da LGPD eram hipóteses nas quais o consentimento poderia ser dispensado.” BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

¹²²⁸ De acordo com Borgesius: “A strong believer in informational self-determination and data subject control might see consent as the primary condition for data processing, at least in the private sector. In this view, the other legal bases are exceptions for data processing that’s ‘necessary’ for overriding interests.” BORGESIUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 237.

¹²²⁹ O termo *bounded rationality* (em tradução livre: racionalidade limitada) foi cunhado por Herbert Simon na década de 1950, para descrever as limitações e dificuldades enfrentadas pelas pessoas na tomada de decisão consistente e racional. Nesse sentido, veja: BARROS, Gustavo. Herbert A. Simon and the concept of rationality: boundaries and procedures. *Brazilian Journal of Political Economy*. [s.l.], v. 30, n. 3, p. 455-472, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/4cbcpk8n>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹²³⁰ RICHARDS, Neil; HARTZOG, Woodrow. The Pathologies of Digital Consent. *Washington University Law*

tais “patologias” minam a legitimidade do consentimento destinado à promoção das atividades publicitárias comportamentais. Essa análise se justifica porque “permanece aberta uma agenda de pesquisa para se pensar como endereçar o consentimento, no contexto de uma economia de dados, diante das dinâmicas de assimetria de poder e vulnerabilidade de determinados grupos.”¹²³¹ Defendeu-se, nesta tese que, legalmente, o consentimento é necessário para tal prática comercial. Contudo, questiona-se: ele revela a melhor estratégia protetiva do consumidor? Ele deve ser utilizado irrestritamente na publicidade comportamental online?

O apego pelo consentimento deriva de uma dinâmica cultural mais intensa que privilegia noções fundamentais de autonomia e escolha individual. Em qualquer área da sociedade (por exemplo, os contratos, o matrimônio e a propriedade), o consentimento demonstra uma autorização para a concretização dos atos da vida civil. Para a ciência jurídica, a ideia de consentimento é central para regulação do comportamento humano. Em situações de igual poder de barganha, o consentimento possui um significado ainda maior e um padrão mais elevado (“padrão ouro”) porque permite uma transação baseada na voluntariedade e consciência mais acurada do ato. No entanto, esse padrão mais elevado também é exigido pelas leis de proteção de dados pessoais em relações assimétricas, tal como a relação entre agente de tratamento e titular de dados. Trata-se do consentimento informado previsto, por exemplo, na LGPD.

Contudo, a aplicação apenas formal de um “padrão ouro” de consentimento em um cenário com deficiências informativas e de vulnerabilidades acentuadas, tal como elencado na seção anterior desta tese, pode levar a inutilidade e ilegitimidade do ato. Para a ciência jurídica, essas “patologias” aparecem acobertadas sob o manto retórico do indivíduo racional e capaz de compreender em um nível médio os atos que pratica. Baseia-se, assim, em uma abstração teórica.¹²³² Para além disso, tais “patologias” só se apresentam se uma análise interdisciplinar for analisada com base nas contribuições de áreas como a economia comportamental, que busca compreender padrões de comportamento que se afastam da lógica econômica clássica da Teoria da Escolha Racional.¹²³³ ¹²³⁴ Foi o que a seção anterior pretendeu introduzir para que se

Review. Washington, v. 96, p. 1461-1503, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8s7ywk>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 1461.

¹²³¹ BIONI, op. cit.

¹²³² O paradigma do “homem médio” é abordado ao longo da seção 3.2, desta tese.

¹²³³ THALER, Richard. *Misbehaving*: A construção da economia comportamental. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

¹²³⁴ Para uma análise da Teoria da Escolha Racional aplicada ao Direito do Consumidor veja a tese LUTH, Hanneke

chegasse a esse ponto “extrajurídico” de análise do consentimento informado.

A **teoria econômica convencional** utiliza a modelagem de comportamentos, tendo como base a análise de estímulos importantes e a resposta racional correspondente para prever as ações do chamado “homo economicus”. Essa figura teórica parte do pressuposto que as pessoas sempre buscam otimizar seu bem-estar e, para tanto, são competentes para agir racionalmente, compreender todas as suas preferências e avaliar objetivamente riscos e probabilidades que estão em jogo.¹²³⁵ Os aspectos individuais, as questões emocionais e a complexidade da mente humana foram negligenciadas por motivos de simplificação e viabilidade teórica. A confiança excessiva no modelo ator racional acabou minando a precisão das previsões obtidas nas modelagens realizadas pelos economistas. A “caixa preta” da subjetividade humana foi aberta com os estudiosos da economia comportamental, que a utilizam para otimizar as análises econômicas convencionais, tal como a Análise Econômica do Direito.¹²³⁶ A economia comportamental não visa substituir ou se apresentar como área substitutiva da economia convencional. Ela busca, empregar *insights* comportamentais para aperfeiçoar o modelo da escolha racional.¹²³⁷

O principal crítico ao modelo do ator racional foi Richard Thaler que, partindo de uma longa lista de condutas humanas que fugiam das expectativas teóricas convencionais, fomentou o desenvolvimento de uma área inovadora denominada de **economia comportamental**. O objetivo consistiu em testar empiricamente e modelar condutas aparentemente irracionais, identificando quais seriam os vieses que impactam o processo de tomada de decisão.¹²³⁸ Tais comportamentos dissonantes da teoria da escolha racional, foram alvo de diferentes estudos experimentais conduzidos por pesquisadores filiados à ideia da economia comportamental.

A. *Behavioural Economics in Consumer Policy: the economic analysis of standard terms in consumer contracts revisited*. (Ph.D. in Law), Law Program, Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam, 2010. (capítulo 2).

¹²³⁵ Conforme aponta Gico Junior: “cada indivíduo atribui uma utilidade a cada escolha possível e é capaz de ordenar essas escolhas de acordo com as utilidades que lhe proveem. Toda vez que tiver de escolher entre duas opções, o indivíduo escolherá aquela que mais lhe traz utilidade, isto é, os agentes são racionais maximizadores de utilidade.” GICO JUNIOR. Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*. Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/mryumkn>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 27.

¹²³⁶ LUTH, Hanneke A. *Behavioural Economics in Consumer Policy*. Op. cit., p. 47.

¹²³⁷ CAMERER, Colin; LOEWENSTEIN, George. Behavioral Economics: Past, Present, Future. In: CAMERER, Colin; LOEWENSTEIN, George; RABIN, Matthew (Eds.). *Advances in Behavioral Economics*. Princeton: Princeton University Press, 2004. pp. 3-51. Disponível em: <https://tinyurl.com/3337rsjs>. Acesso em: 17 jan. 2022. p. 3.

¹²³⁸ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 1471-1550, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/yv2ky7rh>. Acesso em: 17 jan. 2022.

Daniel Kahneman e Amos Tversky atribuíram tais comportamentos irracionais às limitações cognitivas do cérebro humano. Tal irracionalidade não seria eventual ou imprevisível, ao contrário, ela poderia ser observada e prevista de acordo com o conhecimento científico que estava sendo desenvolvido.¹²³⁹

Nessa linha, Kahneman apresenta uma metáfora útil para exemplificar o funcionamento da mente humana no processo de tomada de decisão. Para o autor, o cérebro está baseado em dois sistemas.¹²⁴⁰ O primeiro deles é automático e se baseia em heurísticas e vieses que nos auxiliam nas atividades cotidianas. Trata-se do sistema 1 (intuitivo/automático), que não exige um esforço mental incomum, tal como se exige do sistema 2 (cognitivo/reflexivo). Esse segundo sistema funciona quando se está diante de algo novo e que exige o exercício da cognição, pois ele age com base na racionalidade e análises complexas e comparativas. Apesar disso, o sistema 2 “pensa devagar” e exige mais energia e reservas de açúcar presentes no sangue, para entrar e permanecer em funcionamento. Por este motivo, o sistema 1 prepondera na maior parte do tempo. Ele protege o indivíduo de gastos energéticos desnecessários.¹²⁴¹

O raciocínio promovido pelo sistema 1 “é rápido, automático, sem esforço, associativo e frequentemente carregado de emoção”, enquanto o sistema 2 é “mais lento, serial, exigente e deliberadamente controlado.” (tradução nossa).¹²⁴² Isso não afasta a possibilidade de funcionamento simultâneo desses sistemas. Por exemplo, ao dirigir um veículo automotor e escutar um *podcast* qualquer, a pessoa utiliza simultaneamente os dois sistemas (o sistema 1 para dirigir o veículo e o sistema 2 para compreender o conteúdo do *podcast*). A análise de

¹²³⁹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science*. [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8csjun>. Acesso em: 17 jan. 2022.

No mesmo sentido:

HANSON, Jon D; KYSAR, Douglas A. Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation. *Harvard Law Review*, v. 112, p. 1420-1569, out. 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/mt6j88e2>. Acesso em: 17 jan. 2022;

ARIELY, Dan. *Predictably irrational: the hidden forces that shape our decisions*. Londres: Harper Perennial, 2010. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/ytsvmbvr>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹²⁴⁰ Cabe pontuar que ao lado da teoria do processo dual (*dual process theory*), há a teoria prospectiva (*prospect theory*). Nessa linha, ver: THALER, Richard. Toward a positive theory of consumer choice. *Journal of Economic Behavior and Organization*, v. 1, p. 39-60, 1980. Disponível em: <https://tinyurl.com/ydnfzeep>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹²⁴¹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

¹²⁴² “System 1 reasoning is fast, automatic, effortless, associative, and often emotionally charged whereas System 2 reasoning is slower, serial, effortful, and deliberately controlled.” KAHNEMAN, Daniel. Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics. *The American Economic Review*, [s.l.], v. 93, p. 1449-1451, 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8zrp43>. Acesso em: 17 jan. 2022.

Kahneman é interessante para a compreensão dos motivos científicos da falta de atenção do consumidor para com temas complexos como o fornecimento do consentimento informado e da leitura das cláusulas de um contrato de adesão.¹²⁴³ Nos dois casos, se exige a utilização do sistema 2, naturalmente mais dispendioso para qualquer ser humano, independente do seu nível de instrução acadêmica.¹²⁴⁴

Nessa linha, a literatura comportamental, baseada na interdisciplinaridade entre economia, psicologia e outras ciências sociais, desenvolveu insights sobre como os indivíduos tomam decisões na prática e respondem às normas e políticas adotadas por agentes públicos ou privados.¹²⁴⁵ Como apontado por Kahneman, o processo de tomada de decisão é afetado por vários vieses e heurísticas, o que pode gerar consequências prejudiciais aos consumidores e ao bem-estar social, tal como a confiança excessiva na ideia de consentimento informado para subsidiar as práticas comerciais de publicidade comportamental. Conforme observaram Jolls, Sunstein e Thaler, em muitas situações um conjunto de vieses comuns fazem com que os indivíduos apresentem comportamentos distintos daqueles observados nas análises teóricas da teoria econômica convencional.¹²⁴⁶

Vieses são o resultado da decisão concreta da pessoa humana e que são sistematicamente diversos da expectativa prevista pela teoria da escolha racional. Esses vieses não são eventuais, como apontava a literatura econômica convencional, mas são comuns e fazem com que as pessoas ajam, muitas vezes, contra a maximização do seu próprio bem-estar. Tais vieses são baseados em **heurísticas** que, por sua vez, são regras de tomada de decisões cotidianas utilizadas pelas pessoas para simplificar problemas e eliminar múltiplas opções possíveis.¹²⁴⁷ Conforme aponta Damian Clifford, “devido as limitações de tempo, força de

¹²⁴³ KAHNEMAN, op. cit.

¹²⁴⁴ Nas pesquisas mencionadas no tópico anterior, poucas diferenças foram observadas quanto ao critério “nível de instrução acadêmica”, quando o assunto é a avaliação dos riscos do consentimento.

¹²⁴⁵ Um exemplo de incorporação de insights da economia comportamental na seara jurídica está na constatação das vulnerabilidades do consumidor e a sua correspondente proteção diferenciada. “O Brasil, ao admitir as várias expressões de vulnerabilidade do consumidor, conforme construção doutrinária, de certa maneira, abre espaço para o tratamento das questões postas a partir de uma abordagem comportamental.” OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Reforma do Direito do Consumidor Brasileiro a partir das lições do Behavioral Economics: uma agenda possível? In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti (orgs). Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada. Brasília: Singular, 2019. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc3a74st>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 231.

¹²⁴⁶ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 1471-1550, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/yv2ky7rh>. acesso em: 17 jan. 2022.

¹²⁴⁷ Ibid. Veja também: KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: uma falha no julgamento humano*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Objetiva, 2021. E-book (não paginado).

vontade e racionalidade, as heurísticas podem ser posicionadas como estratégias necessárias e eficientes para ignorar certas informações (ignorância racional).” (tradução nossa).¹²⁴⁸ A cognição revela que a atenção é escassa e necessita de utilização do sistema 2. Portanto, as heurísticas são mecanismos de defesa natural para o uso ponderado das energias corporais, que são direcionadas aos focos prioritários do seu utilizador.

Sem a pretensão de apresentar o vasto panorama da literatura econômica comportamental ou de aprofundar as suas temáticas correlatas, esse breve relato serve de aporte para a apresentação dos vieses e das heurísticas específicas que demonstram a concretude do comportamento humano na tomada de decisão. Funciona, também, como aporte teórico para reforçar a ideia de que o consentimento não é a melhor forma de se garantir a proteção do consumidor diante da publicidade comportamental online, mesmo que legalmente essa visão seja considerada irrelevante. Tais vieses e heurísticas são abordados abaixo de acordo com a importância para a temática do consentimento obtido no ciberespaço. Não há intenção de apresentar todos os **vieses e heurísticas** possíveis e observados pelos insights comportamentais.¹²⁴⁹ Questões ligadas ao altruísmo, felicidade e caridade, que também se apresentam como desvios comportamentais do ator racional, não são objeto desta tese. As percepções comportamentais relevantes são relacionadas à bounded rationality (racionalidade limitada), a information overload (excesso de informações), risk perception biases (vieses de percepção de risco), status quo biases (vieses de estado atual) e time related biases (vieses relacionados ao tempo).

A racionalidade limitada (bounded rationality) indica que as pessoas são menos capazes de chegar a uma decisão ideal diante de uma pluralidade de escolhas.¹²⁵⁰ Grandes quantidades de informação (information overload) auxiliam na diminuição da capacidade decisória dos consumidores.¹²⁵¹ Esse efeito da sobrecarga de informações pode advir, inclusive,

¹²⁴⁸ “Indeed, due to limitations of time, willpower, rationality heuristics may be positioned as necessary and efficient strategies to ignore certain information (rational ignorance).” CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 68.

¹²⁴⁹ THALER, Richard. *Misbehaving: A construção da economia comportamental*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

¹²⁵⁰ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 1471-1550, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/yv2ky7rh>. acesso em: 17 jan. 2022.

¹²⁵¹ KOROBKIN, Russell. Bounded Rationality, standard form contracts, and unconscionability. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 70, n. 4, p.1023-1295, 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p97r8tr>. Acesso em: 17 jan. 2022.

dos destaques informativos obrigatórios que não são a melhor técnica para conscientizar os consumidores e obter o consentimento informado (vide seção 3.1.2). Nessa linha, os estudos comportamentais indicam que o excesso de informações beneficia os responsáveis pela prestação do serviço, uma vez que os indivíduos aderentes tendem a aceitar as opções padrão oferecidas (o que é identificado como inércia ou paralisia de decisão).¹²⁵² No caso da publicidade comportamental, as opções padrão de consentimento favorecem o rastreamento e a formação de perfis dos consumidores, o que reduz a qualidade das decisões por eles tomadas, mesmo que haja opções de gerenciamento desses itens.

Acrescenta-se que, mesmo que determinada informação seja considerada importante para a tomada de decisões e que seja destacada para chamar a atenção dos potenciais aderentes, como, por exemplo, a obrigatoriedade dos destaques para tratamento de dados sensíveis. Tais informações tendem a ser ignoradas ou negligenciadas. Essa variação na percepção de riscos (risk perception biases) parte de um otimismo acerca da baixa probabilidade de ocorrência de contingências futuras. A literatura comportamental indica que os riscos reais possuem mais chances de serem subestimados, tal como as violações à privacidade e proteção de dados, do que riscos remotos como um acidente de avião, que tendem a serem superestimados. Isso ocorre pela seletividade natural do cérebro em dar maior foco em eventos “chamativos” e que geram “pavor” do que os eventos corriqueiros embora importantes. Contudo, em ambos os casos, os indivíduos geralmente optam por não tomar uma decisão verdadeiramente informada. Preferirão manter as coisas como estão e aceitarão o que for oferecido como opção padrão (status quo biases).

Manter o *status quo*, ou seja, clicar no ícone “aceito todos os cookies” é mais confortável à mente humana. É preferível, inclusive, diante das opções alternativas “gerenciar cookies”, “aceitar apenas cookies necessários”, “recusar todos os cookies”.¹²⁵³ Para além disso, o foco de atenção do usuário estará na atualidade do ato, sem grandes preocupações com os riscos futuros da aceitação daqueles termos. Trata-se dos vieses relacionados ao tempo (time related biases). A comparação entre o estado atual de usufruir do serviço digital e o estado que ocorrerá no futuro (rastreamento comportamental), leva os indivíduos a concentrar esforços nos

¹²⁵² LUTH, Hanneke A. *Behavioural Economics in Consumer Policy: the economic analysis of standard terms in consumer contracts revisited*. (Ph.D. in Law), Law Program, Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam, 2010. p. 50.

¹²⁵³ Os cookies foram utilizados como tecnologia exemplificadora das práticas comerciais de rastreamento. Como visto no primeiro capítulo desta tese, ela é apenas uma das tecnologias que compõe um rol extenso de técnicas de extração e tratamento de dados pessoais.

benefícios atuais e a ignorar as consequências futuras.¹²⁵⁴ Essa visão “miope” é utilizada estrategicamente pelos desenvolvedores de softwares.¹²⁵⁵ Inclusive, alguns desses desenvolvedores utilizam “interfaces maliciosas” que são direcionadas a coletar o consentimento “forçado” dos usuários através de *pop-ups* que barram a navegação ou cobrem parte do conteúdo do portal virtual visitado, apresentam erros quando o usuário opta por recusar a atividade de rastreamento, entre outras práticas.¹²⁵⁶ “Como as empresas têm fortes incentivos para obter consentimento, não é surpresa que muitas dessas interfaces maliciosas sejam usadas para coagir, persuadir e manipular.” (tradução nossa).¹²⁵⁷

É nesse sentido que Neil Richards e Woodrow Hartzog, entendem que a exploração comercial desses vieses e heurísticas levam ao “adoecimento” do consentimento e a ineficiência da proteção adequada dos consumidores. Para os autores, existem três espécies de **patologias ligadas ao consentimento**. Trata-se do consentimento involuntário, forçado ou incapacitado. Esse terceiro é ligado às limitações legais do consentimento oferecido pelos responsáveis legais de pessoas que, por alguma circunstância, estão inaptas a manifestar a sua vontade de maneira autônoma (por exemplo, as crianças e as pessoas com deficiência mental).¹²⁵⁸

A **primeira modalidade** de patologia está no consentimento que perde o aspecto da compreensão adequada da informação que se quer transmitir (*unwitting consent*). Isso ocorre porque se parte do domínio dos usuários acerca da complexidade tecnológica do ciberespaço. Se ignora que “com muita frequência, as pessoas no ambiente digital têm pouca ou nenhuma ideia sobre quais são as práticas de dados ou a forma de exposição para qual estão consentindo.” (tradução nossa).¹²⁵⁹ Em comentário sobre a publicidade comportamental online, os autores revelam que não há como extrair uma voluntariedade adequada do consentimento para tais fins comerciais. A complexidade tecnológica mina qualquer expectativa de compreensão informada

¹²⁵⁴ ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jens. Privacy and rationality in individual decision making. *IEEE Security and Privacy Magazine*. [s.l.], v. 3, n. 1, p. 26-33, fev. 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8f2kh3>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹²⁵⁵ Por exemplo, a fidelização de usuários à uma rede social online de grande impacto, gera um efeito cascata em que os potenciais usuários que desejam adentrar à rede, aceitam todos os termos de uso porque buscam a gratificação imediata de fazer parte da “comunidade digital”.

¹²⁵⁶ CONTI, Gregory Conti; SOBIESK, Edward. Malicious Interfaces and Personalization’s Uninviting Future. *IEEE Security & Privacy*. [S.l.], v. 7, n. 3, p. 64-67, maio/jun. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycktf4v>. Acesso em: 18 jan. 2022.

¹²⁵⁷ RICHARDS, Neil; HARTZOG, Woodrow. The Pathologies of Digital Consent. *Washington University Law Review*. Washington, v. 96, p. 1461-1503, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8s7ywk>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 1489.

¹²⁵⁸ Esse terceiro tipo de patologia não é alvo desta tese.

¹²⁵⁹ “Simply put, far too often, far too many people in the digital environment have little to no idea about what data practices or exposure that they are consenting to.” *Ibid.*, p. 1479.

do funcionamento dessa nova tecnologia. Isso não quer dizer que o consentimento foi obtido de maneira ilegal, mas que, no mínimo, parece ser insuficiente diante do “padrão ouro” exigido nas leis de proteção de dados pessoais do mundo ocidental.

A análise de dados e a vigilância de publicidade também podem envolver esse tipo de consentimento involuntário. Por exemplo, considere quantas vezes as pessoas são solicitadas a clicar em “Concordo” com certas tecnologias de publicidade. Há alegações verossímeis de que o processo usado para direcionar anúncios a usuários da Internet com base na vigilância de seus hábitos de leitura permite inferências (e direcionamento) com base em características sensíveis, como raça, orientação sexual, saúde, estado de gravidez e outros fatores. A anedota possivelmente apócrifa de big data que agora é infame nos círculos de tecnologia envolve uma história na *New York Times Magazine* que descreve como a gigante do varejo Target foi capaz de usar o histórico de compras de uma jovem e outras informações aparentemente benignas para adivinhar com precisão que ela estava grávida (e, posteriormente, enviar seus anúncios direcionados) antes que o pai da adolescente descobrisse. Em qualquer caso, a análise preditiva está sem dúvida ultrapassando as noções da maioria das pessoas sobre o que é capaz com os dados. Pedir às pessoas para consentir em riscos que parecem ficção científica é outro exemplo da doença do consentimento. Mas o resultado continua sendo que muito, se não a maioria, dos atos de consentimento no contexto digital sofrem da patologia do consentimento involuntário. (tradução nossa).¹²⁶⁰

A **segunda modalidade** de patologia está no consentimento forçado (coerced consent). Não se trata propriamente de uma coação, tal como previsto no CC e no CDC. Os autores norte-americanos utilizam a expressão “forçado” para indicar que as plataformas digitais oferecem “uma escolha ruim ou uma escolha péssima” para o exercício formal do consentimento. Podem estabelecer também “paredes de rastreamento” ou escolhas do tipo “tudo ou nada”, que impedem o uso do serviço caso não haja consentimento nos moldes propostos unilateralmente pelos agentes de tratamento.¹²⁶¹ Quando serviços universais como os produtos Facebook ou Google oferecem opções ruins no que tange à proteção dos dados pessoais e da privacidade, os usuários se veem sem alternativa a não ser aceitar os termos ou

¹²⁶⁰ “Data analytics and advertising surveillance can also involve this kind of unwitting consent. For example, consider how many times people are asked to click “I agree” to certain advertising technologies. There are credible allegations that the process used to target advertisements to internet users based upon surveillance of their reading habits allows inferences (and targeting) based upon sensitive characteristics, such as race, sexual orientation, health, pregnancy status, and other factors. The possibly apocryphal big data anecdote that is now infamous in tech circles involves a story in the *New York Times Magazine* describing how retail giant Target was able to use a young woman’s purchase history and other seemingly benign pieces of information to accurately guess that she was pregnant (and subsequently send her targeted advertisements) before the teenager’s father found out. In any event, predictive analytics are no doubt outstripping most peoples’ notions of what is capable with data. Asking people to consent to risks that seem like science fiction is another example of consent’s sickness. But the bottom line remains that much if not most consent in the digital context suffers from the pathology of unwitting consent.” RICHARDS, Neil; HARTZOG, Woodrow. *The Pathologies of Digital Consent*. *Washington University Law Review*. Washington, v. 96, p. 1461-1503, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8s7ywk>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 1485-1486.

¹²⁶¹ No cenário brasileiro inexistente um posicionamento seguro sobre a ilegalidade de tal prática comercial. Com base nos posicionamentos da União Europeia, parece que não há problemas legais na adoção dessa técnica de “paredes de rastreamento”, mas ela deve ser evitada ao máximo por questões éticas.

deixar de participar do ciberespaço. Esse cenário parece desarrazoado porque “‘escolher’ não usar a internet é, em um sentido muito real, ‘escolher’ não participar da sociedade moderna ou da economia moderna.”¹²⁶²

Neil Richards e Woodrow Hartzog consideram tanto o padrão atual de consentimento informado digital, quanto os termos de uso online, como ferramentas comerciais insuficientes para garantir a proteção de dados e da privacidade dos usuários. No que tange aos contratos, essa opinião se funda na ideia de que a regulação dos contratos de adesão parte de uma análise agnóstica acerca de quem de fato está (ou não) consentindo com o ato. Para eles, “o contrato é formado com base no que uma pessoa razoável seria levada a acreditar no contexto relevante (um padrão objetivo).” (tradução nossa).¹²⁶³ O problema apresentado pela economia comportamental está justamente na maleabilidade desta noção de razoabilidade. Na mesma linha, Bruno Bioni aponta que “a proteção contratual do consumidor no âmbito das políticas de privacidade não deve ser vista como o mecanismo ideal para a proteção dos dados pessoais.”¹²⁶⁴ Para o autor, essa solução regulatória “deve ser encarada como uma ação paliativa se a causa regulatória primária falhar, qual seja, o empoderamento *ex ante* do cidadão para exercer um controle genuíno sobre seus dados pessoais.”¹²⁶⁵ Para ambos os autores, o controle contratual pelos termos de uso e de privacidade, são controles *ex post*, cuja discussão é dada *a posteriori* e com base na declaração de nulidade de cláusulas contratuais abusivas.

Como desfecho dessa subseção, menciona-se pesquisa empírica realizada na Inglaterra acerca dos termos de uso de 20.991 (vinte mil, novecentos e noventa e um) aplicativos móveis relacionados à saúde e bem-estar, disponíveis na plataforma Google Play Store. Essa pesquisa retrata bem os desafios da proteção dos titulares dos dados pessoais com base apenas em um controle contratual. Nessa linha, a pesquisa possuía o objetivo de identificar a adequação dos

¹²⁶² Ibid., p. 1487.

¹²⁶³ “(...) the contract is formed based on what a reasonable person would have been led to believe in the relevant context (an objective standard).” RICHARDS, Neil; HARTZOG, Woodrow. *The Pathologies of Digital Consent*. *Washington University Law Review*. Washington, v. 96, p. 1461-1503, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8s7ywk>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 1479. A seção 3.2 aborda o paradigma do “homem médio”.

¹²⁶⁴ O autor acrescenta que: “Dada essa dinâmica contratual, os usuários não têm poder de barganha para colocar em curso as suas preferências de privacidade. Isso, somado à proeminência de uma série de plataformas que condicionam a própria participação social do cidadão, acaba por tornar falaciosa a prometida esfera de controle dos dados pessoais. É nesse contexto que a lógica do “tudo” ou “nada” das políticas de privacidade acaba por mistificar a autodeterminação informacional. As políticas de privacidade, ora escoradas nessa dinâmica dos contratos de adesão, têm sido uma ferramenta inapropriada para garantir ao consumidor o controle dos seus dados pessoais.” BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

¹²⁶⁵ Ibid.

termos contratuais, as práticas concretas dos desenvolvedores dos softwares e os procedimentos adotados para assegurar a proteção dos dados e da privacidade. Os pesquisadores identificaram que: (i) 88% dos aplicativos de saúde possuíam contratos com cláusulas sobre coleta e compartilhamento de dados pessoais com terceiros; contudo, (ii) 28,1% dos aplicativos não forneciam qualquer tipo de política de privacidade ou aviso específico para os usuários compreenderem o uso e a destinação dos dados; além disso, (iii) 56% dos agentes que coletaram os dados pessoais o faziam na qualidade de terceiros para fins publicitários; (iv) o mais grave, consistiu na descoberta de que 25% dos aplicativos violavam as suas próprias políticas de privacidade quando efetuavam o tratamento de dados, não respeitando as opções realizadas pelos usuários ao acesso de itens como listas telefônicas, localização, entre outros; (v) tal atitude, ainda, colocavam os usuários em risco, já que 23% desses aplicativos infratores utilizam “canais inseguros de comunicação”, suscetíveis de vazamentos e acessos não autorizados.¹²⁶⁶

A partir dessas conclusões, os pesquisadores afirmaram existir graves problemas no tratamento de dados pessoais em aplicativos móveis que coletam dados sensíveis sobre a saúde dos usuários, tal como contagem de passos, batimentos cardíacos, registros de medicamentos, glicose, entre outros. Mesmo o reduzido percentual de usuários que se preocupam demasiadamente com privacidade e tentam dificultar o rastreamento indevido dos dados, com bloqueadores de anúncios e gerenciamento de permissões de aplicativos, não há como evitar concretamente a coleta “invisível” desses dados a partir dos equipamentos eletrônicos portáteis. Para eles, deve-se “(...) defender um maior escrutínio, regulamentação e responsabilidade por parte dos principais atores por trás do cenário - as lojas de aplicativos, anunciantes digitais e corretores de dados - para determinar se esses dados devem existir e como devem ser usados.” (tradução nossa).¹²⁶⁷

3.1.4 Síntese da primeira categoria de “zonas cinzentas”: o paradigma jurídico padrão de consentimento não é adequado para limitar eventuais práticas comerciais abusivas

Com a promulgação da LGPD, o consentimento não deixou de ser central para a proteção de dados pessoais. Ele apenas deixou de ser a única base legal viável ao tratamento de

¹²⁶⁶ TANGARI, Gioacchino; IKRAM, Muhammad; IJAZ, Kiran; KAAFAR, Mohamed Ali; BERKOVSKY, Shlomo. Mobile health and privacy: cross sectional study. *The BMJ*, v. 373, n. 1248, p. 1-12, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8r9h2r7>. Acesso em: 18 jan. 2022.

¹²⁶⁷ “We must also advocate for greater scrutiny, regulation, and accountability on the part of key players behind the scenes - the app stores, digital advertisers, and data brokers - to address whether these data should exist and how they should be used, and to ensure accountability for harms that arise.” STUDY finds “serious problems with privacy” in mobile health apps. In: *BMJ*, 16 jun. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p82aez9>. Acesso em: 18 jan. 2022.

dados, tal como se extraía do MCI, que, inclusive, diante da incompatibilidade com o novel diploma, pode-se dizer derogado tacitamente nesse quesito. A centralidade do consentimento, no cenário nacional ou estrangeiro, não é ocasional, mas sim justificada pela importância dada à autonomia da vontade da pessoa humana na sociedade moderna. Desde as discussões jurídicas embrionárias sobre o consentimento na seara médica, que desbocaram na noção concretizada pelos tribunais norte-americanos acerca do consentimento informado, tal temática foi ganhando aperfeiçoamento e níveis elevados de exigência nos textos legais. A valorização da escolha individual parte do aprimoramento das próprias liberdades individuais que densificam a ideia de dignidade humana e da noção de autodeterminação informativa.

O consentimento para fins de tratamento de dados pessoais deve ser consubstanciado em uma manifestação livre, informada e inequívoca do seu titular, que demonstre a concordância com os atos específicos e determinados que serão praticados pelos agentes de tratamento. Para os dados pessoais sensíveis, deverá haver um destaque sobre tal ato e a sua finalidade específica. Partindo dessa adjetivação, que contém uma carga histórica, foram delineadas as dificuldades da sua aplicação concreta diante das inovações promovidas nas práticas publicitárias comportamentais.

Em primeiro lugar, a liberdade do ato de consentir encontra barreiras no ciberespaço diante das práticas de “pegar ou largar” oferecidas pelos agentes de tratamento para o usufruto do serviço aparentemente gratuito. Normalmente, essas opções vêm acompanhadas de “barreiras” ou “muros” de rastreamento que impedem uma escolha concreta pelo titular, que se vê obrigado a aderir a totalidade dos termos, aí inclusos o rastreamento e a perfilização comportamental. A LGPD não trouxe proibições expressas para tal prática, assim como o GDPR também não a vetou. No cenário brasileiro, a partir da leitura do art. 9º, § 3º, da LGPD, é possível afirmar que tais práticas são lícitas, desde que tragam informações destacadas (informação-advertência) sobre a vinculação do serviço prestado ao tratamento de dados pessoais. Feita tal advertência, não existem impedimentos para tal prática que apenas será considerada abusiva se incorrer em alguma irregularidade no tratamento de dados pessoais. Essa conclusão está de acordo com a própria lógica dos contratos de adesão tradicionalmente regidos pelo CDC.

Em segundo lugar, não deve haver dúvidas acerca da manifestação de vontade do titular para as finalidades especificadas pelos agentes de tratamento. Frases genéricas, banners coloridos, botões clicáveis chamativos que clamam pela atenção do potencial aderente e o conduzem no ato de consentir não representam a melhor via para tal manifestação, mas não há

qualquer ilegalidade nessas práticas. Contudo, frases dúbias ou inverídicas que afirmam que o tratamento de dados visa melhorar a experiência de navegação do usuário não representam o “padrão ouro” de consentimento exigido pela LGPD. Esses casos representam indícios de irregularidade no tratamento de dados por omissão da finalidade do tratamento que, em muitos casos, avançam para o compartilhamento de dados com terceiros e para os anúncios publicitários segmentados.

Em terceiro lugar, os adjetivos “consentimento específico” e “concordância” com o tratamento de dados parecem indicar a necessidade de uma ação por parte dos titulares para que a sua manifestação de vontade seja considerada válida. Essa conclusão parte da ideia de que o silêncio não caracteriza anuência nas relações de consumo. Trata-se de ponto delicado, haja vista que a LGPD não trouxe o adjetivo “expresso” tal como previsto no GDPR e, anteriormente, no MCI. Contudo, a leitura dialogada entre LGPD e CDC parecem conduzir o intérprete para a necessidade de uma ação do titular de dados que indique que está de acordo com as práticas de tratamento de dados propostas. Essa lógica é importante para a publicidade comportamental porque a prática atual aponta para o excesso de banners e pop-ups que não exigem um fazer pelo titular de dados ao afirmarem que “a permanência no site significa a concordância com os termos de uso.” Nesse ponto, concluiu-se que tal prática comercial está em desacordo com a LGPD porque não preenche os requisitos adjetivos do consentimento.¹²⁶⁸ Por outro lado, existem os softwares gerenciadores de consentimento oferecidos pelos navegadores de internet que já realizam uma pré-seleção e dispensam uma ação específica do usuário ao navegar pelas páginas da web. Caso a opção seja pela negativa do consentimento, por exemplo, de tratamento de dados para fins publicitários, não haverá problemas. Entretanto, parece irregular autorizar de forma genérica e *ad eternum* qualquer tipo de tratamento de dados e para qualquer finalidade que o usuário desconhecerá por que consentiu com a opção oferecida pelo terceiro gerenciador de consentimento. O consentimento é um ato singular, para uma finalidade específica e não poderá ser genérico e direcionado à tratamentos de dados futuros. Portanto, deve ser *opt-in*.

Em quarto lugar, o ato de informar ultrapassa as barreiras da mera entrega da informação. O dever de informar parte do princípio geral da transparência, mas nele não se

¹²⁶⁸ Aplica-se o art. 9 § 1º, da LGPD: “Na hipótese em que o consentimento é requerido, esse será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca.” BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

exaure. Soluções que visem reduzi-las ou simplificá-las não parecem ser adequadas à complexidade tecnológica. É nesse sentido que se demonstra a importância do dever de educar o consumidor/agente de tratamento sobre o funcionamento e os riscos da publicidade comportamental online. Tal dever se estende também ao Estado que deve formular e implementar políticas públicas educativas acerca do consumo consciente, informado e transparente. A coordenação entre ANPD e SENACON pode aprimorar esse setor, tal como ficou evidenciado no capítulo anterior. Assim, o consentimento no contexto da publicidade comportamental deve ultrapassar a mera disponibilização de “avisos de cookies” e deve adentrar na seara da educação para o consumo.

Essa preocupação com o consentimento informado foi justificada a partir de dados empíricos coletados por pesquisadores estrangeiros que identificaram falhas do processo de comunicação entre agentes de tratamento e titulares dos dados pessoais. Tanto a lógica “mais informação” quanto a ideia de “destaques informativos” não são sinônimos de “maior compreensão” pelos seus receptores. O excesso ou a falta do conteúdo informativo gera “desinformação” e impacta na ideia do “padrão ouro” do consentimento. As pesquisas empíricas mencionadas nesta tese funcionaram como aporte teórico para demonstrar que a maioria dos entrevistados possuem reservas no tratamento de dados para fins publicitários. Além de demonstrarem desconhecimento sobre muitas práticas comerciais que envolvem tal seara. As dificuldades comunicacionais identificadas foram trabalhadas em quatro categorias. Dificuldades que envolvem: : a) a complexa formação da rede publicitária, que perpassa por diversos agentes que possuem diferentes funções na atividade de tratamento de dados; b) a baixa divulgação de informações sobre o funcionamento das tecnologias de rastreamento e análise comportamentais; c) a incapacidade natural e biológica do receptor (o titular dos dados) de compreender adequadamente ou internalizar o conteúdo da informação que se quer transmitir; e d) a inadequação de algumas práticas de exposição de banners, pop-ups, símbolos ou caixas de preenchimento que confundem os consumidores na coleta do seu consentimento.

Essas dificuldades foram, então, analisadas sob o prisma da literatura econômica comportamental que explicam a interferências de vieses e heurísticas na tomada de decisões pelos titulares de dados que podem ter preferências declaradas (de maior proteção da privacidade e da proteção de dados, reveladas na seção 3.1.2) diametralmente opostas das atitudes concretas. O ser humano é naturalmente limitado no que tange à absorção de informações e qualquer excesso tende a ser ignorado. Mesmo em situações que não revelam esse excesso, outros vieses podem agir sob o receptor da informação e minar qualquer tentativa

de concretização do consentimento informado. Nessa lista, a subjetividade na análise dos riscos da publicidade comportamental pode ser um deles ao lado da noção temporal que ignora ou minimiza consequências futuras do tratamento e do compartilhamento dos seus dados pessoais. Assim, a necessidade de utilizar um serviço digital ganha preponderância diante dos riscos mencionados no primeiro capítulo desta tese.

É nesse ponto que foram categorizadas as “patologias” provocadas pela publicidade comportamental online ao consentimento previsto na LGPD, de acordo com a proposta de Neil Richards e Woodrow Hartzog. As técnicas utilizadas para a coleta desse consentimento exploram as percepções e vieses comportamentais para extraí-lo e obter a autorização legal para prosseguir com o tratamento de dados. A primeira patologia está ligada ao consentimento formal e desinformado, que explora a racionalidade limitada dos usuários para obtê-lo a qualquer custo. O conhecimento científico comportamental, tal como o neuromarketing, é utilizado em desfavor dos consumidores nesse caso, em uma espécie de exploração de vulnerabilidades.¹²⁶⁹ A segunda patologia está na utilização de designs maliciosos que tornam o consentimento um ato forçado e livre de espontaneidade.

A efetivação do consentimento depende da preservação da liberdade de escolha do aderente (titular dos dados) e da observância do fluxo informacional na sua integralidade. Isso requer não apenas a disponibilização das informações, mas a utilização dos insights da economia comportamental para delinear novos rumos para a chamada autodeterminação informativa. Essas percepções das falhas do ato de consentir não devem motivar a sua desconsideração. Pelo contrário devem fomentar novas ferramentas e soluções para a proteção do consumidor no ciberespaço. A LGPD deu um importante passo para a correção dessas falhas ao estabelecer deveres específicos aos agentes de tratamento para que se efetive o consentimento informado. Trata-se de uma tentativa de se aprender com os resultados da economia comportamental.

3.2 Os desafios ligados à proteção da autonomia da vontade diante da potencial manipulação (tecnológica) comportamental

Nesta seção, a capacidade do quadro jurídico brasileiro de fazer face ao avanço tecnológico da publicidade comportamental é posta novamente em causa. Ao lado da capacidade (limitada) do consumidor de consentir de forma voluntária, informada e livre aos

¹²⁶⁹ Para aprofundar a temática do neuromarketing, conferir: BRIDGER, Darren. *Neuromarketing: como a neurociência aliada ao design pode aumentar o engajamento e a influência sobre os consumidores*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Autêntica Business, 2018.

termos de uso dos serviços digitais que incorporam as práticas comerciais disruptivas, neste tópico, a própria substância da transação é alvo de análise. Aqui se observa o momento posterior ao consentimento, quando o consumidor já está exposto à publicidade comportamental.

Coloca-se em pauta a construção teórica da autonomia da vontade fundada na racionalidade humana (seção 3.2.1). Em seguida, são perquiridos os limites da persuasão comercial e seus impactos na autonomia dos consumidores, diante da arquitetura tecnológica supostamente influenciadora de comportamentos no ciberespaço (seção 3.2.2). Para então arrematar a ideia de uma possível conexão entre a coleta sistêmica de dados, perfilização e personalização com uma sutil “erosão” da autonomia da vontade. Essa possível “erosão” provocada pela publicidade comportamental online, é intensificada quando se encontram limites no instituto da responsabilidade civil, que dependem de pressupostos configuradores de difícil preenchimento no caso concreto para indenizar as vítimas. A solução testada para minimizar os danos ao consumidor, ainda que tal saída seja aparentemente precária e paliativa, consiste na utilização do instituto do “direito ao arrependimento” previsto no CDC (seção 3.2.3), que viabiliza um “repensar” acerca da transação econômica realizada sob influências publicitárias abusivas. A seção 3.2.4 conclui.

3.2.1 A construção teórica da autonomia da vontade fundada na racionalidade humana

As relações de consumo pela internet ocorrem em ambientes mediados pela tecnologia. Como visto no primeiro capítulo desta tese, existem diferentes tecnologias envolvidas no comércio eletrônico. O consumidor depende da interface tecnológica oferecida pelos agentes pertencentes a toda a rede comercial e publicitária do ciberespaço para manifestar seu consentimento diante da miríade de bens de consumo oferecidos, gratuitamente ou não.¹²⁷⁰ Tais interfaces intermediadas pela tecnologia, visam promover, limitar ou banir determinados comportamentos ou intenções de compra.¹²⁷¹ Na visão empresarial, essa intermediação atua como grande aliada da otimização da navegação do usuário pela internet e da concretização de transações comerciais sem atritos. Contudo, costuma-se ocultar a outra face da moeda, no que tange a forte atuação persuasiva em favor dos objetivos comerciais. Com a interdisciplinaridade e auxílio da economia de dados, a persuasão atual em nível micro, individualizado e

¹²⁷⁰ CALO, Ryan. Digital market manipulation. *George Washington Law Review*. Washington, D.C., v. 82, n. 4, p. 995–1051, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/nhj6pcpx>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 1034.

¹²⁷¹ RADIN, Margaret Jane. Humans, Computers and Binding Commitment. *Indiana Law Journal*. [S.l.], v. 75, n. 4, p. 1126-1162, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckza89b>. Acesso em: 18 jan. 2022.

personalizado.¹²⁷²

Esse novo formato de persuasão é uma das principais ferramentas para influenciar a navegação dos consumidores pela internet, não apenas influenciar intenções de compra, mas a permanência contínua em serviços que são baseados e custeados com receita publicitária.¹²⁷³ Tal lógica comercial pode limitar escolhas, reduzir o acesso à informação e impor preferências com base em algoritmos. Essas questões levantam preocupações importantes acerca do impacto da tecnologia sobre a autonomia do consumidor de escolher livremente o conteúdo que deseja acessar e o que deseja usufruir do ciberespaço. A problemática da influência tecnológica que, aliás, não pode ser considerada, *ipso facto*, ilícita ou abusiva por natureza, está no desequilíbrio que ela é capaz de gerar nas relações de consumo. Algumas dessas influências já foram abordadas nesta tese e consideradas ilícitas, tal como a discriminação de preços e discriminação ilícita de pessoas com base em dados pessoais sensíveis. Antes de adentrar aos meandros da persuasão e manipulação tecnológica, cabe contextualizar a definição de autonomia para esta tese e sua interface com as temáticas do ciberespaço.

É desafiador delimitar o **significado de autonomia** porque ela assume diferentes concepções e significantes, a depender da base teórica utilizada e do campo científico eleito. Trata-se de uma temática que extravasa o ambiente jurídico e assume contornos éticos, filosóficos e políticos. A autonomia costuma ser atrelada à suas raízes etimológicas compostas pela expressão “autos”, que significa “o mesmo”, “por si mesmo” e “nomus”, que remete a ideia de “lei” e de “uso”, o que ilustra, sinteticamente, a ideia de “dar-se suas próprias leis”.¹²⁷⁴ As duas expressões unidas, portanto, se referem a ideia de autogoverno. Trata-se do poder da pessoa humana de se autodeterminar e tomar decisões que dizem respeito a sua vida, saúde, integridade físico-psíquica e as relações sociais.¹²⁷⁵ Trata-se de uma análise subjetiva ligada ao que o indivíduo compreende como bom para sua vida e para seu bem-estar.

Há uma miscelânea de estudos clássicos sobre tal temática. Dentre eles se destacam as concepções da ética deontológica de Kant e do liberalismo utilitarista de John Stuart Mill. Nessa linha, Kant apresenta uma explicação racionalista para a autonomia moral. Estudiosos dedicados aos pensamentos deste autor atrelam a noção moral de autonomia como parte

¹²⁷² ARIELY, Dan. *Predictably irrational: the hidden forces that shape our decisions*. Londres: Harper Perennial, 2010. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/ytsvmbvr>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹²⁷³ CALO, op. cit., p. 1034-1035.

¹²⁷⁴ MORAIS, Inês Motta. Vulnerabilidade do doente versus autonomia individual. *Revista Brasileira de Saúde Infantil*. Recife, v. 10, n. 2, p. S331-S336, dez. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s76ctev>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. S334.

¹²⁷⁵ *Ibid.*, p. 334.

integrante do chamado imperativo categórico.¹²⁷⁶ Tal construção teórica fundada em princípios gerais e universais, traz deveres que devem ser observados por todos os agentes racionais, “representa uma legalidade universal em consonância com uma ordem natural, uma legislação dos supremos fins dos seres racionais (...)”.¹²⁷⁷ Nessa linha, apenas os indivíduos que agem moralmente e, portanto, de acordo com o imperativo categórico, estariam atuando de maneira racional e autônoma em sociedade. Para Donnelly, a deontologia kantiana de autonomia está ligada ao agir moral apropriado e não propriamente a livre escolha.¹²⁷⁸

Por outro lado, John Stuart Mill considerou que “o único propósito pela qual o poder pode ser exercido por direito sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é prevenir danos a outros.”¹²⁷⁹ O autor parte da base utilitarista para defender a liberdade individual como pressuposto do desenvolvimento do ser humano em sociedade. Nessa concepção, o indivíduo é soberano sobre seu corpo e mente e o único limite que pode confrontar tal liberdade diz respeito a esfera pessoal de terceiros e a responsabilidade do indivíduo para com toda a sociedade. Essa concepção utilitarista parte da autonomia como maximização do bem-estar geral, por este motivo ela pode sofrer limitações em prol de outros objetivos desejados e úteis a pessoa e a coletividade.¹²⁸⁰

Autores contemporâneos aperfeiçoaram tal construção teórica, mas permaneceram, em grande medida, engajados na descrição libertária clássica de Mill acerca da importância do princípio da autonomia individual para o desenvolvimento humano, o que desboca na ideia de independência e autenticidade. Enquanto a independência pode ser entendida como controle de uma pessoa sobre seus valores, objetivos de vida e desejos, a autenticidade diz respeito à gestão das opções possíveis à pessoa e a respectiva concretização do agir decisório livre e

¹²⁷⁶ CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 266-269.

¹²⁷⁷ DAGIOS, Magnus. O imperativo categórico e a dignidade da pessoa humana. *Revista Opinião Filosófica*. Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 131-144, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p99jy5f>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 134.

¹²⁷⁸ DONNELLY, Mary. *Healthcare Decision-Making and the Law: Autonomy, Capacity and the Limits of Liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ccc75>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 19.

¹²⁷⁹ MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Essays*. Edited by John Gray. Oxford: Oxford University Press, 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/4a7t8vyn>. Acesso em: 18 jan. 2022. Crédito da citação de: DONNELLY, Mary. *Healthcare Decision-Making and the Law: Autonomy, Capacity and the Limits of Liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ccc75>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 19.

¹²⁸⁰ BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. New York: University Press, 1994.

informado.¹²⁸¹ Nessa linha, a autonomia depende de uma gama de opções para que haja verdadeira concretização da vontade humana. Para Mac Intyre a autonomia pode ser didaticamente observada sob três lentes: pensamento, vontade e ação. A autonomia de pensar preserva as capacidades cognitivas do ser humano na valoração da tomada de decisão, o que envolve juízos críticos em um misto de razão com emoção, conforme explorado no próximo subtópico. A autonomia da vontade está na capacidade de deliberação livre e poder de decisão, que desboca na autonomia de agir. É nesse meandro (a ação) que pode sofrer uma série de limitações a depender da vontade criada e idealizada pelo sujeito, tendo em vista a existência de impedimentos legais, éticos, morais, religiosos, políticos, entre outros.

É nesse sentido que pode haver limitação normativa da autonomia e modulação da liberdade da pessoa humana em prol de outros objetivos delineados pela sociedade. Conforme aponta Paul Bernal, há possibilidade de intervenção regulatória positiva quando necessário para proteger os indivíduos e, até mesmo, para aumentar a sua liberdade decisional no ciberespaço.¹²⁸² Nessa linha, seria necessária a eliminação de opções degradantes da autonomia para a manutenção das “condições essenciais” de concretização da vontade humana, quais sejam: manutenção das habilidades mentais apropriadas, uma gama adequada de opções ofertadas e a presença da autodeterminação no caso concreto.¹²⁸³ Tais intervenções estatais são necessárias para a proteção dos consumidores, uma vez que se está diante de uma relação assimétrica entre agentes econômicos, em que os fornecedores tendem a agir em interesse próprio, desafiando a autodeterminação dos consumidores, principalmente diante dos potenciais riscos das tecnologias empregadas na publicidade comportamental.

Helen Nissenbaum visualizou três formas de **correlação entre autonomia e privacidade**. A primeira forma é uma relação conceitual. A privacidade é um direito que constitui e viabiliza parcialmente a autonomia da pessoa humana. Não se trata de uma forma de conexão causal, “em vez disso, a privacidade deve ser entendida como uma forma de autonomia: especificamente, é autodeterminação com respeito às informações sobre si mesmo.”

¹²⁸¹ CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 268.

¹²⁸² BERNAL, Paul. *Internet Privacy Rights: Rights to Protect Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. Versão parcial disponível em: <https://tinyurl.com/4rsrxb9m>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 26.

¹²⁸³ RAZ, Joseph Raz. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1988. p. 420. Conforme citado por: CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 277.

(tradução nossa).¹²⁸⁴ A segunda forma é prática. A privacidade permite que haja restrição de acesso às informações pessoais. Há preservação de uma esfera íntima, cujo controle evita perturbações e preserva a liberdade de pensamento e ação da pessoa humana. Portanto, a privacidade “contribui para as condições materiais para o desenvolvimento e exercício da autonomia.” (tradução nossa).¹²⁸⁵ Essa segunda relação modifica o olhar porque considerada a causalidade entre privacidade e autonomia. Já a terceira forma de relação, também considerada causal pela autora, é conectada à ideia das novas tecnologias. Nissenbaum demonstra que a erosão “da capacidade ou dos meios de seguir adiante” acaba atrofiando a autonomia das pessoas. Para a autora, “a vigilância generalizada e a agregação e análise de informações aumentam a gama de influências de atores poderosos, como agências governamentais e marqueteiros, que podem moldar as escolhas e ações das pessoas.” (tradução nossa).¹²⁸⁶

A definição de autonomia para esta tese, que explora um cenário tecnológico inovador, também pode ser melhor compreendida dentro das discussões teóricas contemporâneas, principalmente com a construção civilista de autonomia da vontade. Por este motivo, permanece fora do escopo desta tese adentrar em discussões filosóficas sobre autonomia, uma vez que não se problematiza temas ligados à responsabilidade criminal ou moral da pessoa humana. Esta tese se refere exclusivamente às relações de consumo e de proteção de dados pessoais. Consequentemente, a definição de autonomia não precisa ser explorada na sua concepção filosófica ou ser densificada com base em parâmetros éticos acerca do embate acadêmico sobre “seres humanos vs. máquinas.”¹²⁸⁷ O enfoque aqui é restrito ao uso comercial das tecnologias que exploram, analisam e predizem comportamentos humanos através das TICs.

Portanto, a autonomia está associada à autodeterminação, consentimento e intenção.¹²⁸⁸ A literatura jurídica costuma equiparar a autonomia à capacidade de o indivíduo

¹²⁸⁴ “Instead, privacy is to be understood as a form of autonomy: specifically, it is self-determination with respect to information about oneself.” NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: Technology, Policy, and Social Life*. Stanford: Stanford University Press, 2010. p. 81.

¹²⁸⁵ “(...) it contributes to material conditions for the development and exercise of autonomy and freedom in thought and action.” Ibid.

¹²⁸⁶ “Widespread surveillance and the aggregation and analysis of information enhance the range of influence that powerful actors, such as government agencies, marketers, and potential employees, can have in shaping people’s choices and actions.” Ibid., p. 83.

¹²⁸⁷ Nessa linha: VERBEEK, Peter-Paul. Ambient Intelligence and Persuasive Technology: The Blurring Boundaries Between Human and Technology. *Nanoethics*. [S.l.], v. 3, n. 3, p. 231-242, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/svacn5ap>. Acesso em: 18 jan. 2022;

JACKO, Julie. *The Human-Computer Interaction Handbook*. 3. ed. Boca Raton: CRC Press, 2012.

¹²⁸⁸ MIK, Eliza. The erosion of autonomy in online consumer transactions. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 8, n. 1, p. 1-38, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8axsuzb>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 9.

fazer escolhas.¹²⁸⁹ Para além disso, tal literatura costuma identificar a presença de autonomia da vontade pela lógica da exclusão, ou seja, haverá autonomia quando não houver, por exemplo, vícios da vontade (erro, dolo, coação, estado de perigo e a lesão). A própria evolução jurídica da autonomia vem acompanhada da temática dos defeitos do negócio jurídico e da evolução da teoria geral dos contratos. Nessa linha, “os vícios do consentimento provocam uma manifestação de vontade que não correspondente com o íntimo e verdadeiro querer do agente. Cria-se uma divergência, um conflito entre a vontade manifestada e a real intenção de quem a exteriorizou”.¹²⁹⁰

O “dogma” da autonomia ganhou densidade jurídica com o desenvolvimento teórico dos contratos.¹²⁹¹ A noção de vontade livremente manifestada para contratar, gerida pelos próprios indivíduos e ausente de qualquer influência externa imperativa, foi consubstanciada na ideia de “autonomia da vontade”. Em uma relação paritária, parte-se da posição de igualdade dos contratantes que possuem liberdade de contratar, de escolher seus parceiros contratuais e definir a forma e o conteúdo do contrato.¹²⁹² A vontade como mecanismo de vinculação dos indivíduos foi adotada supostamente para viabilizar segurança do tráfego econômico. Tal concepção de autonomia está intrinsecamente ligada à ideia de liberdade contratual.¹²⁹³

¹²⁸⁹ RADIN, Margaret Jane. Humans, Computers and Binding Commitment. *Indiana Law Journal*. [S.l.], v. 75, n. 4, p. 1126-1162, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckza89b>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 1126.

¹²⁹⁰ Roberto Gonçalves, Carlos. *Direito Civil Brasileiro*: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹²⁹¹ O status de importância dado ao consenso refere-se à noção de que a obrigação deve advir de um da vontade dos contratantes, bastando, para tanto, a declaração de vontade, dispensado o formalismo em diversas situações. Ressalte-se que as influências da idade média, principalmente àquelas advindas dos séculos XVII e XVIII, contribuíram fortemente para formação clássica do contrato, cujo pilar principal esteve na autonomia da vontade. O século XIX, marcado pelo liberalismo e pelo Estado Moderno, solidificou a concepção tradicional de contrato baseado no individualismo, de acordo com os imperativos da liberdade e igualdade individual (formal), vinculando-os definitivamente ao dogma da autonomia da vontade.

Nessa linha:

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: O novo regime das relações contratuais. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

MATTOS, Analice Castor. Aspectos relevantes dos contratos de consumo eletrônico. Curitiba, Juruá, 2012. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/nyvakuss>. Acesso em: 18 jan. 2022;

MATTOS, Analice Castor. Evolução do direito contratual. *Revista Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 4, n.1, jan./jun. 2008, p. 258.

¹²⁹² Nesse sentido, Enzo Roppo ressalta que a autonomia da vontade não age apenas na manifestação da vontade, mas atinge todos os liames do contrato, inclusive na determinação da forma, da contraparte e do tipo contratual adequado à operação realizada. Alerta também que essa ampla liberdade foi sendo paulatinamente limitada pela ciência jurídica. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 149.

¹²⁹³ Acrescenta, Enzo Roppo que o ordenamento jurídico regula a liberdade dos contratantes para protegê-la ou limitá-la. Existiria uma dupla veste da liberdade de contratar: “como veículo de progresso” e, ao mesmo tempo, “como um possível instrumento de opressão e de injustiça substancial”. Essa segunda veste ilustra as limitações contratuais, por exemplo, nas relações de consumo, uma vez que há uma tendência pela utilização indevida do poder econômico (ou de outras ordens) sobre os consumidores. *Ibid.*, p. 110.

Conforma aponta Cláudia Lima Marques no que tange a teoria geral dos contratos, “a vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual, e não a autoridade da lei, que é apenas um limite.”¹²⁹⁴ As regras imperativas que de alguma forma limitam a liberdade de contratar funcionam, segundo a autora, como regras protetivas da vontade das pessoas, seja no delineamento dos parâmetros de interpretação dos contratos ou nas regras sobre capacidade.¹²⁹⁵

Na literatura civilista alguns autores fazem distinções entre **autonomia privada e autonomia da vontade**. Érico de Pina Cabral anota que “(...) a autonomia da vontade relaciona-se com a liberdade de autodeterminação (manifestação da vontade livre) e a autonomia privada ao poder de autorregulamentação (normas estabelecidas no interesse próprio)”.¹²⁹⁶ Na mesma linha, Francisco Amaral acrescenta que “a expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real”.¹²⁹⁷ Apesar disso, Luiz Edson Fachin compreende que autonomia privada é gênero e a autonomia da vontade é a sua espécie de manifestação no mundo concreto. O autor firma que “a análise da autonomia privada, cuja expressão é autonomia da vontade, está diretamente vinculada ao espaço que o universo jurídico reserva aos particulares para disporem sobre seus interesses.”¹²⁹⁸ Nesta tese preferiu-se adotar a nomenclatura autonomia da vontade.

Cabe mencionar que foi com o Código Civil francês de 1804, baseado na construção teórica de Domat e Pothier, que a vontade foi posta em destaque para reafirmar a ideia da força obrigatória aos contratos (*pacta sunt servanda*).¹²⁹⁹ A justiça contratual era alcançada com a vontade livremente manifestada, sem formalismos e livre de qualquer vício de consentimento. A lei reservava o papel de garantir instrumentos para o cumprimento das promessas, atuando em uma posição supletiva. Essa noção de autonomia da vontade em contratos paritários foi perdendo espaço diante da massificação do consumo. A concepção tradicional francesa de contrato não estava mais satisfazendo os anseios da sociedade capitalista.¹³⁰⁰ Quase cem anos

¹²⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 68-69.

¹²⁹⁵ *Ibid.*, p. 70.

¹²⁹⁶ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 19, n. 5, p. 83-129, jul./set 2004. p. 111.

¹²⁹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 345.

¹²⁹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico*. Curitiba: Educa, 1988. p. 54.

¹²⁹⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 3. 21. ed. São Paulo: Forense, 2017.

¹³⁰⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 722, dez. 1995. p. 41.

após o Código Civil francês, o Código Civil alemão (1896) incluiu o contrato como subespécie do negócio jurídico, incorporando na Lei a teoria dos pandectistas alemães sobre os negócios jurídicos. Esse movimento foi necessário para abarcar inúmeras situações da vida dentro da norma por meio da abstração. Tanto que a definição geral de negócio jurídico consiste em uma declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos.¹³⁰¹

As turbulências sociais, econômicas, políticas e culturais promoveram intensas alterações na teoria contratual que deixou de ser baseada apenas na liberdade de contratar e na igualdade jurídica formal para incorporar outros valores ligados à proteção da pessoa humana. Essa incorporação se deu através de avanços regulatórios que efetuam o chamado “dirigismo contratual”, que impacta a autonomia da vontade, mas visa minimizar injustiças internas (na relação entre contratantes) e injustiças externas (derivadas de instabilidades econômicas, por exemplo).¹³⁰² As duas grandes Guerras reforçaram essa concepção intervencionista do Estado nos negócios jurídicos em geral. Nessa linha, “o contrato perde sua ligação estrita com a propriedade e passa a configurar instrumento geral das atividades econômicas organizadas e pautadas na obtenção do lucro”¹³⁰³ A liberdade dos contratantes, então, encontra os limites da função social.¹³⁰⁴

Nessa linha, as regras acerca dos contratos de adesão são um dos exemplos desse dirigismo contratual que visa proteger o consumidor, agente econômico que está em uma posição de vulnerabilidade no mercado de consumo.¹³⁰⁵ Apesar dessas regras limitarem a liberdade contratual em alguns quesitos, elas não impedem a expressão da autonomia da

¹³⁰¹ Nessa perspectiva: “O BGB, de texto primorosamente sistemático, foi concebido dentro de um padrão lógico-dedutivo, herdado do jusnaturalismo e do jusracionalismo dos Séculos XVII e XVIII, na base do sistema do *more geometrico demonstratum* (sistema de enunciados gerais, sobre proposições normativas, suscetível de verificar a falsificação à comparação da proposição do cálculo e da geometria), que dispensava a investigação ou interferência extra legis.” NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 70.

¹³⁰² Conforme aponta Paulo Lôbo: “intervindo o legislador em vários setores da atividade negocial, utilizando-se principalmente de uma tríplice técnica de limitação da liberdade contratual, a saber: I - limitação da liberdade de escolha do outro contratante, sobretudo nos setores de fornecimento de serviços públicos (água, luz, telefone, transporte etc.), ou monopolizados; II - limitação da liberdade de escolha do tipo contratual, quando a lei estabelece os tipos contratuais exclusivos em determinados setores, a exemplo dos contratos de licença ou cessão, no âmbito da lei de software, e dos contratos de parceria e arrendamento no âmbito do direito agrário; III - limitação da liberdade de determinação do conteúdo do contrato, parcial ou totalmente, quando a lei define o que ele deve conter de forma cogente, como no exemplo do inquilinato, dos contratos imobiliários, do contrato de turismo, do contrato de seguro.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Contrato e mudança social*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 722, dez. 1995. p. 43.

¹³⁰³ BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais Reflexos da Sociedade de Massa no Contexto Contratual Contemporâneo: Disposições contratuais abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 43, p. 133-157, jul./set. 2002.

¹³⁰⁴ Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 128.

¹³⁰⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 80.

vontade do consumidor.¹³⁰⁶ Pelo contrário, elas visam preservar e aperfeiçoar essa autonomia, que está sujeita, por exemplo, aos impactos das práticas comerciais ilícitas e/ou abusivas. Portanto, a intervenção do Estado através do ordenamento jurídico nos contratos de adesão tem como função manter o equilíbrio e a justiça nas relações contratuais. Tal proteção tornou-se necessária com o progresso ocorrido na indústria, pois o contrato passou a exercer papel central na transferência e criação de riquezas na sociedade de consumo em massa. Assim, o ordenamento jurídico observando essa transformação social, estabeleceu sistemas de proteção do consumidor. No Brasil, o CDC perfaz o principal sistema para corrigir desigualdades nas relações de consumo, possuindo mecanismos avançados para tutelar o consumidor.¹³⁰⁷

Realizado essa breve contextualização da autonomia nos constructos civilistas e consumeristas, é interessante arrematar que a autonomia da vontade pode ser vista como capacidade humana de se autogovernar e está atrelada a **três elementos teóricos** ligados à determinação, à independência (ou liberdade) e à razão.

A determinação parte da consciência do indivíduo acerca dos seus desejos e o anseio pela concretização das suas vontades. A independência indica que o processo de cognição para se alcançar a opção desejada pelo indivíduo deve ser livre de influências indevidas, tal como a coerção incapacitante ou manipulações ilícitas ou abusivas. Influências externas sempre existirão, mas as que danificam a autonomia são aquelas que incluem a coerção e a manipulação.¹³⁰⁸ A razão é o elemento diferenciador dos seres humanos dos outros animais. Todavia, estudos comportamentais indicam que as decisões partem de um misto de racionalidade e irracionalidade movida por emoções, em que a cognição pode ou não preponderar. A capacidade de reflexão está atrelada, em alguma medida, a presença da racionalidade e da cognição. Assim, a compreensão da decisão a ser tomada é um dos pressupostos legais para a concretização dos atos da vida civil. Autonomia é vista, portanto, como a capacidade legal de tomar decisões. A sua redução é legalmente permitida em algumas situações permanentes ou temporárias em prol do próprio indivíduo ou da sociedade. Nesse rol estão, por exemplo, as crianças, os adolescentes, pessoas com alguns tipos de deficiências

¹³⁰⁶ Já na segunda metade do século XIX, os preceitos da autonomia da vontade, baseada na igualdade formal, foram contestadas por grupos sociais e estudiosos que notavam que essa teoria contratual acabava privilegiando a vontade dos mais fortes em detrimento dos mais fracos (por exemplo, trabalhadores e consumidores). MATTOS, Analice Castor. Evolução do direito contratual. *Revista Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 4, n.1, jan./jun. 2008, p. 264.

¹³⁰⁷ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 35-37.

¹³⁰⁸ MORAIS, Inês Motta. Vulnerabilidade do doente versus autonomia individual. *Revista Brasileira de Saúde Infantil*. Recife, v. 10, n. 2, p. S331-S336, dez. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s76ctev>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. S334.

mentais e os indivíduos que cumprem pena em regime fechado.¹³⁰⁹

O paradigma da autonomia fulcrada na **ideia normativa de racionalidade** vem sendo desconstruído por estudos científicos interdisciplinares que envolvem neurociência e psicologia.¹³¹⁰ Conforme aponta Markwica, “depois de duas décadas de pesquisa, neurocientistas e psicólogos assolaram a visão ortodoxa de que as ‘paixões’ se opõem à racionalidade.” (tradução nossa).¹³¹¹ O extenso trabalho de pesquisa “sugere que a capacidade de sentir é um pré-requisito para o julgamento racional e o comportamento racional.” (tradução nossa).¹³¹² Essa noção é importante para se avaliar o impacto do agir publicitário disruptivo na tomada de decisões do consumidor, uma vez que essa prática comercial explora mais intensamente as emoções da pessoa singularizada, tendo como base os dados pessoais e as tecnologias de inferência comportamental.

A economia comportamental é uma das áreas que se beneficia dos avanços científicos angariados pela neurociência e psicologia. Ela não está preocupada com a definição política ou filosófica de autonomia, mas com um paradigma mais concreto ligado à irracionalidade humana, ou seja, ela direciona atenção aos “(...) afastamentos mensuráveis no curso do interesse próprio que os sujeitos autônomos geralmente seguem.” (tradução nossa).¹³¹³ Essa seara busca identificar o papel das emoções na tomada de decisão e as falhas da construção teórica da escolha racional. Os vieses e heurísticas já foram mapeados, mas ainda existem incertezas sobre o papel das emoções no agir decisório. Conforme aponta Stark, são necessários insights mais amplos do porquê as pessoas agem de maneira irracional e em detrimento do seu próprio bem-estar, mesmo quando existem alternativas mais benéficas disponíveis.¹³¹⁴

¹³⁰⁹ Trata-se, neste caso, das incapacidades previstas no Código Civil brasileiro de 2002.

¹³¹⁰ Nesse sentido, ver:

LIBET, Benjamin. Unconscious Cerebral Initiative and the Role of Conscious Will in Voluntary Action. *Behavioral and Brain Sciences*, [s.l.], v. 8, n. 4, p. 529-539, fev. 2010. Disponível em: Acesso em: 18 jan. 2022; BURNS, Kelly; BECHARA, Antoine. Decision making and free will: a neuroscience perspective. *Behav Sci Law*, [s.l.], v. 25, n. 2, p. 263-280, 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2b5u789k>. Acesso em: 18 jan. 2022.

¹³¹¹ “(...) after two decades of research, neuroscientists and psychologists have shattered the orthodox view that ‘passions’ stand in opposition to rationality.” MARKWICA, Robin. *Emotional Choices: How the Logic of Affect Shapes Coercive Diplomacy*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 7. Créditos da citação de: CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 281.

¹³¹² “Their work suggests that the capacity to feel is a prerequisite for reasoned judgment and rational behaviour.” Ibid.

¹³¹³ “(...) the measurable departures from the self-interested course that autonomous subjects generally follow.” CALO, Ryan. Digital market manipulation. *George Washington Law Review*. Washington, D.C., v. 82, n. 4, p. 995-1051, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/nhj6pcpx>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 1032-1033.

¹³¹⁴ STARK, Luke. The Emotional Context of Information Privacy. *The Information Society*, [s.l.], v. 32, p. 14-27, dez. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/ymnvuct5>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 14.

Em que pese a crítica realizada pelos estudos interdisciplinares, acerca da atual âncora normativa da autonomia da vontade fulcrada em uma racionalidade imaculada e livre de desvios comportamentais, não se mostra viável abandonar o pressuposto jurídico da razão humana. Conforme mencionado acima, está nas entranhas do liberalismo a concepção da liberdade e da autonomia da vontade como uma conquista civilizatória, mesmo que em grande medida ela seja uma ficção jurídica. Tal conquista, tradicionalmente positivada nas codificações civilistas revela, ao mesmo tempo, uma expressão máxima da dignidade do ser humano em se autodeterminar em sociedade. Arremata Rouvroy que: “(...) O sujeito racional, liberal, individual ou o sujeito jurídico autônomo nunca foi outra coisa senão uma ficção funcional útil ou mesmo necessária e sem fundamentação empírica, apesar de seus méritos e do fato de que, em uma série de domínios, essa construção precisa ser pressuposta.” (tradução nossa).¹³¹⁵

Não existem ambientes de negociação estéreis e livres de influências.¹³¹⁶ A própria organicidade da atividade de comercialização de bens de consumo é construída em torno de influências e estudos sobre comportamento.¹³¹⁷ O desafio está em identificar em quais níveis as influências no consumo serão inaceitáveis. Trata-se de um desafio porque a manipulação tecnológica parece ocorrer em uma “zona cinzenta” não captada pelo ordenamento jurídico. Não é possível, como defendido no próximo subtópico, encaixar tal manipulação como uma forma tradicional de coação, por exemplo. Da mesma forma, foi possível observar no segundo capítulo, as dificuldades para caracterizar algumas práticas publicitárias comportamentais como abusivas de acordo com o regramento tradicional.¹³¹⁸

Independentemente da abordagem filosófica, jurídica ou empírica de autonomia, é patente o valor inerente da livre manifestação da vontade e do direito de escolha dos indivíduos em situação de (hiper)vulnerabilidade, tal como estão (presumidamente) os consumidores no

¹³¹⁵ “(...) the rational, liberal, individual subject, or the autonomous legal subject have never been anything other than useful or even necessary functional fictions without empirical, phenomenal correlates, despite their merits and the fact that, in a series of domains, they need to be presupposed.” ROUVROY, Antoinette. *The End(s) of Critique: Data Behaviourism versus Due Process* in: VRIES, Katja; HILDEBRANDT, Mireille (eds.). *Privacy, Due Process and the Computational Turn*. [S.l.]: Routledge, 2013. p. 157. Conforme citado por: CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 275.

¹³¹⁶ MIK, Eliza. The erosion of autonomy in online consumer transactions. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 8, n. 1, p. 1-38, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8axsuzb>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 6-7.

¹³¹⁷ ARIELY, Dan. *Predictably irrational: the hidden forces that shape our decisions*. Londres: Harper Perennial, 2010. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/ytsvmbvr>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹³¹⁸ Na seção anterior (3.1) ficou evidenciado que a figura do consentimento, tal como está previsto legalmente, é insuficiente para preservar a autonomia do titular de dados, justamente pelas influências externas (positivas e negativas) que interagem com a esfera cognitiva (naturalmente limitada) e conflitam com a ideia de autodeterminação informativa. A LGPD parte dessa abstração do “agente racional e autônomo” capaz de deliberar sobre seus dados pessoais e, via de regra, decidir quando o tratamento poderá ser realizado.

contexto do ciberespaço. Qualquer manipulação na capacidade desses agentes de fazerem escolhas, é capaz de afetar a autonomia da vontade. Nas relações B2C no ciberespaço, a tecnologia aumenta a capacidade de decisão mercantil e permite que as empresas exerçam maior influência sobre as escolhas do consumidor, se comparada com transações comerciais tradicionais (off-line).¹³¹⁹ No contexto da publicidade comportamental, essa interferência tecnológica pode ser direta e afetar concretamente o ato de escolha do consumidor ou, ainda, pode assumir formas mais discretas e ocultas de manipulação do contexto em que as escolhas são feitas. Esse segundo caso pode ocorrer mediante a modulação da arquitetura tecnológica do ciberespaço para os fins mercantis de otimização do lucro.

3.2.2 Os limites tênues e porosos entre persuasão lícita e manipulação publicitária abusiva: Um novo problema jurídico ou não há nada de novo?

A interação do consumidor para com o mercado de consumo é mediada cada vez mais pelas tecnologias disruptivas. Nesse rol, a automação ganha especial destaque no ciberespaço diante do grande volume de dados e de usuários que com ele interagem.¹³²⁰ A interação automatizada no mercado de consumo é otimizada com estratégias de marketing vocacionadas a explorar emoções e desencadear o ato de consumo por meio da personalização. Essa perspectiva resulta da (i) captura e retenção de grandes quantidades de dados sobre os consumidores, (ii) da utilização de tecnologias de análise e predição comportamental, (iii) do fácil acesso e monitoramento dos equipamentos eletrônicos que acompanham a rotina dos consumidores e (iv) do agir comercial baseado em neuromarketing e demais campos do conhecimento que exploram as percepções comportamentais que favorecem o consumo.

Ao lado dessa discussão teórica de autonomia da vontade, que está lastreada na ideia de racionalidade da pessoa humana, surgiram estudos científicos que demonstram que as ações e decisões humanas são baseadas em um misto de **racionalidade e emoção**. Tal literatura repisa que os seres humanos têm menos controle racional sobre as suas ações e decisões do que se imaginava em estudos pretéritos. Inclusive o papel da emoção no agir decisório ganhou novo enfoque. É nesse sentido que a presente seção visa compreender os limites da exploração

¹³¹⁹ MIK, Eliza. The erosion of autonomy in online consumer transactions. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 8, n. 1, p. 1-38, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8axsuzb>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 2.

¹³²⁰ Conforme anota Klaus Schwab: “Ethical concerns about AI and robotics are a particularly high priority for many people and organizations, as AI is capable of having an impact everywhere from the labor market, to vehicle navigation to decisions about creditworthiness. These ethical concerns are often related to transparency issues, consent and forms of bias embedded in the algorithms that power the AI.” SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. *Shaping the future of the fourth industrial revolution: a guide to building a better world*. New York: Currency, 2018. E-book (não paginado).

comercial dessas “fragilidades” dos consumidores em um nível individual, porém de aplicação em escala global. Parte-se de toda construção realizada até agora acerca dos riscos da publicidade comportamental online, que se soma as preocupações apontadas por Klaus Schwab:

(...) o setor de varejo está usando dispositivos de monitoramento cerebral em grupos de foco para entender os padrões de tomada de decisão dos consumidores e para adaptar a experiência do consumidor em lojas físicas e online. Isso estende a tendência atual de coleta de dados profundos para previsão, uma vez que saber como a mente de um indivíduo opera aumenta a capacidade das empresas de projetar estratégias para influenciar esse indivíduo a agir de certas maneiras. Tal como acontece com todos os sistemas tecnológicos que influenciam o comportamento, esta é uma área de grande preocupação, não apenas por causa de questões de privacidade ou segurança, mas porque concede poder assimétrico para aqueles que coletam e usam os dados, enquanto reduz a responsabilidade e agência para aqueles que estão sendo influenciados. (tradução nossa).¹³²¹

Os consumidores sempre foram expostos a diferentes **formas de persuasão**. A tomada de decisão desse agente tradicionalmente parte da forma que o produto ou serviço é oferecido no mercado de consumo. Não há negociação quanto ao *modus operandi* dos empresários no que tange à oferta. Eles delineiam unilateralmente como o produto será exposto nas prateleiras dos mercados, qual será a disposição das lojas em um shopping center e como será confeccionada e oferecida a publicidade para eles. O marketing conta com diversas estratégias para organizar todo esse processo comercial, tendo como base pesquisas científicas e experimentação de diferentes práticas comerciais. Portanto, a disposição de produtos em um portal virtual, por si só, não representa qualquer novidade para o mercado de consumo. Os aplicativos de celular e os sites que visam oferecer bens de consumo são ferramentas que funcionam sob a mesma lógica mercantil fulcrada na obtenção do lucro.

A persuasão é o principal meio para alavancar as vendas desses bens de consumo. Para a literatura comunicacional, o termo persuasão “se refere primordialmente ao emprego da mídia de massa para apresentar mensagens visando deliberadamente aliciar formas específicas de ação da parte de audiências.”¹³²² O processo de comunicação para fins publicitários tem a dimensão persuasiva bem delineada no seu escopo, tal como foi explorado na seção 3.1.2. Essa

¹³²¹ “Meanwhile, the retail industry is using brain-monitoring devices in focus groups to understand consumers’ decision-making patterns and to tailor the consumer experience in physical and online shops. This extends the current trend toward deep data gathering for prediction, since knowing how an individual’s mind operates increases the ability of firms to design strategies to influence that individual to act in certain ways. As with all behavior-influencing technological systems, this is an area of huge concern, not just because of privacy or security issues, but because it grants asymmetric power to those who gather and use the data, while reducing accountability and agency for those being influenced.” SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. *Shaping the future of the fourth industrial revolution: a guide to building a better world*. New York: Currency, 2018. E-book (não paginado).

¹³²² DE-FLEUR, Melvin L.; BALL-Rokeach, Sandra. *Teorias da Comunicação de massa*. Tradução de Octavio Alves Velgo. Rio de Janeiro: Zahar, 1993. p. 291.

dimensão implica na utilização de mecanismos psicológicos para influenciar os receptores da mensagem publicitária.¹³²³ Portanto, a persuasão é uma ferramenta comum e tradicional no mercado de consumo e visa provocar uma ação concreta do agente, por meio de técnicas combinadas que tentam ultrapassar a barreira racional, burilar com as emoções e estimular o consumo.

A publicidade visa criar um cenário adequado ao consumo. Criam-se fantasias e promessas de otimização do bem-estar com a aquisição dos bens de consumo. Sentimentos ligados ao pertencimento, necessidades, impulsos, ansiedade, valores e opiniões são explorados para que haja a atitude favorável de consumo. Para Fleur e Bal-Rokeach, o processo de persuasão pode ser estudado de forma tripartite por meio dos paradigmas psicológico, social e do conhecimento.

O paradigma psicológico é essencial para identificar comportamentos positivos e negativos ao consumo. Tanto o sucesso quanto o fracasso das campanhas publicitárias são estudados minuciosamente por especialistas para o aperfeiçoamento das técnicas empregadas. Os fatores que estão presentes nesse primeiro paradigma referem-se às características biológicas do grupo alvo de determinada publicidade para identificar como ele interage com o ambiente e como sua estrutura cognitiva responde aos estímulos do anúncio publicitário. Fatores biológicos, emocionais e cognitivos fazem parte desta análise.

O paradigma social revela a ideia da modificação de comportamento por meio do aprendizado em um ambiente social. A persuasão trabalha com a ideia de estimular a sensação de integração e de aprovação social para a ação coletiva ser alcançada. O paradigma do conhecimento revela a exploração das qualidades do bem de consumo anunciado de forma que desencadeie a lógica “aprendizagem, atitude e comportamento”. É necessário conhecimento para que haja diferenciação do produto ou serviço promovido pelo persuasor frente aos concorrentes. Busca-se o engajamento do consumidor e a implementação de novos comportamentos.

A interação entre esses três paradigmas explica por que a publicidade atinge de maneira diferente os consumidores, mesmo que eles estejam dentro de um mesmo grupo de interesse. Existem fatores intervenientes (internos e externos ao agente) que alteram as respostas ao anúncio publicitário veiculado nas mídias massivas. Aponta Rita Brasil que “não

¹³²³ BRASIL, Rita Maria Carneiro. *Publicidade: entre a prática e as Teorias da Comunicação*. Tese (doutorado em Comunicação). Programa de Pós-Graduação em Comunicação. Universidade de Brasília. Brasília, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/29mc5kd3>. Acesso em: 20 dez. 2021.

existe uma relação homogênea e linear entre a mensagem [publicitária] e os seus efeitos.”¹³²⁴

Portanto, qualquer ação do consumidor é influenciada por alguma técnica de persuasão publicitária ou, em um sentido mais geral, é afetada pelas estratégias de marketing. O ambiente de tomada de decisão não é e nunca foi incólume, pois está sujeito a diferentes influências advindas não apenas do agente persuasor, mas de todos os fatores ambientais que podem interagir com o consumidor, sejam de origem social, cultural, econômica e política. A questão central não está na existência da persuasão e seus efeitos no ato de consumo, mas no grau que a influência externa provoca na autonomia da pessoa e se essa influência é conhecida e gerenciável por ela. Conforme aponta Baldwin, se a influência externa é reconhecida e gerenciável pelo consumidor, ela pode ser neutralizada por tal agente.¹³²⁵ O princípio da identificação do anúncio publicitário é o exemplo central dessa possibilidade de “neutralização”. Quando o consumidor sabe que está diante de uma publicidade, ele pode optar por desconsiderá-la ou analisar o estímulo que ela provoca com “outros olhos”. É nesse meandro que se encontra a problemática da publicidade subliminar que se incorpora aos conteúdos midiáticos para estimular comportamento de maneira sub-reptícia.

A **licitude da persuasão** faz parte da lógica do mercado de consumo e do livre desenvolvimento da atividade mercantil. Abusos são contidos pelas regras gerais previstas no CDC, que já foram alvo de análise na seção 2.1, desta tese. Os níveis juridicamente aceitáveis de persuasão foram analisados na perspectiva da publicidade tradicional, massiva. Rádio, TV ou até mesmo na publicidade contextual na internet. A ciência da persuasão atua na área comercial há décadas.¹³²⁶ Contudo, a exploração das tecnologias que integram a publicidade comportamental online revela que os anúncios publicitários e o marketing digital passaram a atuar em um nível micro, individualizado.

Quando as técnicas de persuasão passam a utilizar dados pessoais para identificar as vulnerabilidades dos consumidores e, a partir daí, criar estratégias automatizadas e personalizadas para estimular o consumo, surgem questões jurídicas interessantes que ultrapassam os eventuais abusos de um anúncio tradicional veiculado nas plataformas

¹³²⁴ BRASIL, Rita Maria Carneiro. *Publicidade: entre a prática e as Teorias da Comunicação*. Tese (doutorado em Comunicação). Programa de Pós-Graduação em Comunicação. Universidade de Brasília. Brasília, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/29mc5kd3>. Acesso em: 20 dez. 2021. p. 204-205.

¹³²⁵ BALDWIN, Robert. From Regulation to Behavior Change: Giving Nudge the Third Degree. *The Modern Law Review*, London, v. 77, n. 6, p. 831-857, 2014. p. 849.

¹³²⁶ Ryan Calo ressalta que: “Emerging methods of big data present a new and vastly more efficient way to identify cognitive bias by attempting to pinpoint profitable anomalies.” CALO, Ryan. Digital market manipulation. *George Washington Law Review*. Washington, D.C., v. 82, n. 4, p. 995-1051, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/nhj6pcpx>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 997.

tradicionais (rádio, tv). Portanto, a premissa adotada nesta tese para diferenciar a publicidade tradicional da publicidade comportamental, está no potencial elevado da publicidade comportamental de influenciar os consumidores em um nível individualizado e personalizado. A capacidade tecnológica de desencadear a irracionalidade e as vulnerabilidades individuais é potencialmente maior que a tentativa massiva de influenciar uma coletividade de consumidores. Conforme aponta Ryan Calo, “métodos emergentes de big data apresentam uma maneira nova e muito mais eficiente de identificar o viés cognitivo, tentando localizar anomalias lucrativas.” Segue o autor, afirmando que “em vez de criar hipóteses e testar um desvio promissor, como faria um experimentador de laboratório, as empresas podem trabalhar ocultamente a partir dos dados brutos.” (tradução nossa).¹³²⁷

O anúncio publicitário adequado para uma pessoa determinada e a ela entregue em um momento oportuno, revela mais que as tradicionais técnicas de persuasão. Para além disso, descobrir o “tom publicitário” que será utilizado para cada indivíduo é um progresso tecnológico que merece atenção devido ao seu potencial negativo à autonomia dos consumidores. Esse “tom” depende de aspectos da personalidade do sujeito. Indivíduos que seguem a lógica do “rebanho” são mais suscetíveis de serem influenciados por anúncios com mais visualizações, interações e opiniões favoráveis. Por outro lado, aqueles que costumam agir por meio da lógica da “escassez” são mais influenciados por anúncios que revelem a quantidade limitada do bem de consumo ofertado (tal como a frase “enquanto durarem os estoques”).¹³²⁸ Trata-se da técnica dos “**perfis de persuasão**” que é tradicionalmente aplicada nas transações *off-line*, mas que ganha um novo viés na utilização de algoritmos de IA, que analisam os dados pessoais do consumidor e conseguem traçar o seu perfil individual e, assim, otimizar a persuasão do anúncio publicitário.¹³²⁹

Ao lado dos “perfis de persuasão”, a “análise de estilos cognitivos” aponta como o sujeito reage aos estímulos oferecidos.¹³³⁰ Alguns podem ser mais impulsivos, outros mais deliberativos. Determinadas pessoas têm o seu foco de atenção direcionado a imagens ou a

¹³²⁷ “Rather than hypothesize and then test a promising deviation, as a lab experimenter would, firms can work backward from raw data.” Ibid., p. 1010.

¹³²⁸ KAPTEIN, Maurits; ECKLES, Dean. Selecting Effective Means to Any End: Futures and Ethics of Persuasion Profiling. *5th International Conference on Persuasive Technology*. Anais do Persuasive 2010. [s.l.], p. 82-93, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/yymnvuct5>. Acesso em: 18 jan. 2022.

¹³²⁹ KAPTEIN, Maurits; DUPLINSKY, Steven; MARKOPOULOS, Panos. Means Based Adaptive Persuasive Systems. *Sigchi Conference on Human Factors in Computing Systems*. Anais [...]. [s.l.], p. 335-344, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc7755fz>. Acesso em: 18 jan. 2022.

¹³³⁰ HAUSER, John R; URBAN, Glen L; LIBERALI, Guilherme; BRAUN, Michael. Website Morphing. *Marketing Science*. [s.l.]. v. 28, p. 202-206, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8wy355>. Acesso em: 18 jan. 2022.

textos, pois o sentido visual é mais aguçado, enquanto outras reagirão melhor aos sons e às fragrâncias. Por este motivo, a personalização da arquitetura de aplicativos e sites (web design) é importante para viés renovado das práticas comerciais. A metamorfose instantânea e personalizada dos sites já é uma realidade no ciberespaço e pode gerar taxas de retorno mais significativas, quando comparado com os layouts engessados com os layouts dinâmicos e adaptativos às preferências do usuário.

A **decisão algorítmica** é central na mediação entre consumidor e fornecedor. Não apenas na veiculação de publicidade, mas em todas as etapas da transação (pré-negocial, negocial e pós-negocial). Os algoritmos decidem quais notícias serão exibidas aos usuários, quais produtos e ofertas serão oferecidos, sugere itens de entretenimento para os telespectadores, entre outras espécies de personalização que estão presentes em vários setores da vida de um consumidor.¹³³¹ Esse retrato revela, ainda que abstratamente e sem comprovação empírica, que os consumidores decidem a partir da decisão algorítmica. Os algoritmos, então, se aperfeiçoam a cada novo movimento online ou off-line.¹³³²

Conforme alerta Damian Clifford “o impacto [das técnicas comerciais] em um contexto de publicidade e marketing é, e sempre foi, difícil de medir.” (tradução nossa).¹³³³ Apesar dessa dificuldade, o autor alerta que as práticas manipulativas geram impactam não apenas o consumidor, mas afetam a sociedade em geral. Principalmente quando o mundo digital oferece uma gama de serviços que ultrapassam o escopo da aquisição de bens de consumo. Relações sociais, informação e entretenimento estão disponíveis aos usuários no ciberespaço e se integram com o ambiente físico em que ele está. A manipulação não precisa alcançar os meandros mais profundos da mente do consumidor, pois um conjunto de fatores e técnicas pode alterar as suas preferências, criar necessidades e estimular o consumo em um nível “mais raso”. Gerald Dworkin, ainda na década de 1980, apontava a necessidade de distinguir:

(...) aquelas maneiras de influenciar as faculdades reflexivas e críticas das pessoas que as subvertem daquelas que as promovem e melhoram. É necessário distinguir diferentes tipos de influências, tais como sugestão hipnótica, manipulação, persuasão coercitiva, influência subliminar e assim por diante, de maneira não *ad-hoc*. Filósofos interessados nas relações entre educação e doutrinação, propaganda e comportamento do consumidor e controle do comportamento exploraram essas questões com alguns

¹³³¹ LÓPEZ, Nuria. Um direito, um dever: guia para o art. 20 da LGPD. In: BLUM, Renato Opice (org.). *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 182.

¹³³² Acerca da ofuscação entre as fronteiras *online* e *off-line*, veja a seção 1.1.4, desta tese.

¹³³³ “Impact in an advertising and marketing context is, and always has been, hard to measure.” CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 285.

detalhes, mas sem conclusão. (tradução nossa).¹³³⁴

É por este motivo que há uma linha rebuscada e ainda intangível ao ordenamento jurídico no que tange aos **limites lícitos da persuasão** gerada pela publicidade no ambiente digital. As novas tecnologias costumam vir carregadas com preocupações ligadas aos riscos que elas podem gerar à pessoa humana e ao meio ambiente. As discussões ligadas ao princípio da precaução ilustram bem essas preocupações.¹³³⁵ No cenário das TICs, pode ser mais complexo identificar quando a persuasão ultrapassa os limites legais e incorre, por exemplo, em alguma abusividade ou ilicitude.¹³³⁶ A identificação desse limite parece ser mais condicionada à interpretação (arte) do que aos escassos dados empíricos sobre os níveis de interferência, por exemplo, da publicidade comportamental online no agir decisório do consumidor a ponto de tornar-se tal prática ilícita no contexto brasileiro.

Essa persuasão pode se transformar em **manipulação de mercado**. A definição de “manipulação de mercado” está atrelada a concepção da economia comportamental e de análise econômica comportamental do direito. A nomenclatura foi desenvolvida por Jon Hanson e Douglas Kysar em 1999, para explicar a exploração comercial de vieses e heurísticas dos consumidores para a geração de lucro.¹³³⁷ “Uma vez que se aceita que os indivíduos sistematicamente se comportam de maneiras não racionais, entende-se de uma perspectiva econômica que outros explorarão essas tendências para obter ganhos.”¹³³⁸ O acesso ao conhecimento científico de ponta sobre neurociência, gerou campos específicos tal como o

¹³³⁴ “(...) those ways of influencing people’s reflective and critical faculties which subvert them from those which promote and improve them. It involves distinguishing those influences such as hypnotic suggestion, manipulation, coercive persuasion, subliminal influence, and so forth, and doing so in a non-ad-hoc fashion. Philosophers interested in the relationships between education and indoctrination, advertising and consumer behavior, and behavior control have explored these matters in some detail, but with no finality.” DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc8npfr4>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 18.

¹³³⁵ Nesse sentido, ver o artigo: FERNANDES, Rafael Gonçalves; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. A regulação do agir decisório disruptivo no Judiciário brasileiro e a observância do princípio da precaução: juiz natural ou juiz artificial? *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 19, n. 30, p. 91-117, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/52u9s6mw>. Acesso em: 7 jan. 2022.

¹³³⁶ TENE, Omer; POLONETSKY, Jules. A theory of creepy: technology, privacy and shifting social norms. *Yale Journal of Law & Technology*. [S.l.], v. 16, p. 1-32, set. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/3856hvyv>. Acesso em: 18 jan. 2022.

¹³³⁷ É importante pontuar que o estudo de Jon Hanson e Douglas Kysar parte de uma análise coletiva dos atores do mercado, por este motivo se trata de um olhar sobre a “manipulação do mercado”. Portanto, a manipulação de mercado é analisada em um nível macro, ou seja, se a presença de anomalias cognitivas identificadas pela ciência influenciará a coletividade de consumidores e afetarão o mercado como um todo. HANSON, Jon. KYSAR, Douglas A. Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation. *The Harvard Law Review*, [S.l.], v. 112, p. 1420-1572, maio 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/4wj3j5z>. Acesso em: 18 jan. 2022.

¹³³⁸ “Once one accepts that individuals systematically behave in nonrational ways, it follows from an economic perspective that others will exploit those tendencies for gain.” *Ibid.*, p. 1550.

neuromarketing que exploram a psicologia humana para estabelecer estratégias personalizadas e individualizadas que potencializam o consumo de produtos e serviços. Para os dois autores, essa seria uma nova forma de falha de mercado atrelada à ideia de behaviorismo.¹³³⁹ Ryan Calo acrescenta que “(...) as empresas não têm apenas a capacidade de se envolver na manipulação do mercado, mas também um incentivo econômico: se alguns atores do mercado investirem nos vieses, aqueles que não o fizerem poderão ser eliminados do mercado.” (tradução nossa).¹³⁴⁰

Portanto, a exploração do viés cognitivo pode levar à manipulação de mercado. No estudo divulgado ainda na década de 1990, Jon Hanson e Douglas Kysar apresentaram pesquisas qualitativas e quantitativas relacionadas ao marketing e comportamento do consumidor. O objetivo estava em identificar as influências indevidas no agir decisório. Evidências de manipulação de mercado são encontradas em práticas comerciais comuns ligadas ao comércio off-line. Os pesquisadores identificaram que algumas estratégias de marketing e publicidade costumeiras no mercado de consumo eram manipuladoras, principalmente aquelas direcionadas à comercialização de tabaco, onde havia uma manipulação dos riscos à saúde humana para influenciar o consumo desse produto.¹³⁴¹ Nessa linha, a tese dos autores consistiu em afirmar que a manipulação do agir decisório dos consumidores é capaz de enfraquecer significativamente os incentivos de segurança oferecidos pelo ordenamento jurídico.¹³⁴² Eles arrematam que “embora os consumidores possam estar bem cientes dessas práticas e abordagens, eles geralmente parecem não estar cientes da extensão em que essas táticas são manipuladoras.”¹³⁴³

Os consumidores são especialmente vulneráveis à manipulação publicitária comportamental porque estão em uma **situação de hipervulnerabilidade** ligada ao aspecto

¹³³⁹ Ibid., p. 1555.

¹³⁴⁰ “Importantly, firms not only have the capability of engaging in market manipulation, but also an economic incentive: if some market actors leverage bias, those that do not could be edged out of the market.” CALO, Ryan. Digital market manipulation. *George Washington Law Review*. Washington, D.C., v. 82, n. 4, p. 995–1051, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/nhj6pcpx>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 1001.

¹³⁴¹ Nesse caso, o principal exemplo de manipulação de mercado está na capacidade do marketing e da publicidade de contornarem as percepções de risco do consumidor sobre os malefícios do consumo do cigarro. Trata-se de uma estratégia de externalização dos custos. A manipulação do risco conduziu a indústria de tabaco por décadas até o desenvolvimento de um regime de responsabilidade empresarial mais concreto. Esse regime contou com uma série de limitações regulatórias na comercialização e nas estratégias de marketing e publicidade do tabaco. No cenário brasileiro, essas limitações possuem cunho constitucional (vide art. 220, §4º, da CRFB/88).

¹³⁴² A saída indicada pelos autores está no fortalecimento da responsabilidade empresarial, principalmente da ideia de responsabilidade pelo fato do produto, haja vista que o exemplo central está na comercialização de tabaco. HANSON, Jon. KYSAR, Douglas A. Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation. *The Harvard Law Review*, [S.l.], v. 112, p. 1420-1572, maio 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/4wj3j5z>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 1458.

¹³⁴³ Ibid., p. 1422.

informacional. A utilização de dados pessoais nas estratégias comerciais publicitárias revela uma nova faceta da assimetria de informações, que passa a ser cada vez maior conforme o potencial tecnológico é otimizado.¹³⁴⁴ Os agentes de tratamento encontram-se em uma posição privilegiada para influenciar o contexto da tomada de decisão. Desde 1991, ainda no começo da implementação comercial da internet no Brasil, Walter Ceneviva alertava que as novas estratégias publicitárias e de marketing digital ameaçariam a liberdade de escolha e autonomia dos consumidores.¹³⁴⁵

O ponto de partida para a **identificação da manipulação** está no regramento geral da publicidade, especialmente o CDC, além das disposições sobre o regular tratamento de dados pessoais na LGPD (e, no que for compatível, o MCI). Esses diplomas trazem, como visto em todo o segundo capítulo da tese, os parâmetros gerais de proteção do consumidor. Mesmo que haja desafios na implementação desse regramento tradicional ao ciberespaço, eles funcionam como uma primeira barreira na contenção das práticas comerciais sabidamente ilícitas ou abusivas. Contudo, a tese demonstrou, até agora, que existem lacunas (zonas cinzentas) que não abrangem especificamente algumas práticas comerciais disruptivas pertencentes à categoria da publicidade comportamental online.

Conforme esclarece Ryan Calo, “embora possa ser apropriado regular o marketing sabidamente enganoso como uma prática comercial enganosa, muitas vezes não há uma maneira eficaz de regular a persuasão abusiva/ilícita.” (tradução nossa).¹³⁴⁶ É mais palpável apontar a abusividade do geopricing e do geobloking, do que perquirir a potencial manipulação algorítmica na criação e exibição de conteúdo personalizado, que pode acarretar o fenômeno denominado “boxing”, em que se desenvolve um enviesamento sistêmico da navegação digital do usuário.¹³⁴⁷ Esse enviesamento de conteúdo de entretenimento, de anúncios publicitários e do layout das aplicações utilizadas pode apresentar taxas de retorno satisfatórias para os

¹³⁴⁴ Sobre o surgimento de um novo tipo de assimetria de informações baseada nos dados pessoais dos consumidores, veja: MIK, Eliza. The erosion of autonomy in online consumer transactions. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 8, n. 1, p. 1-38, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8axsuzb>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 12-14.

¹³⁴⁵ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

¹³⁴⁶ “This line-drawing problem has led some to conclude that whereas it may be appropriate to regulate affirmatively misleading marketing as deceptive practice, there is often no effective way to regulate unfair persuasion.” CALO, Ryan. Digital market manipulation. *George Washington Law Review*. Washington, D.C., v. 82, n. 4, p. 995–1051, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/nhj6pcpx>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 1032.

¹³⁴⁷ Nessa linha, Eliza Mik acrescenta que: “(...) the degree to which consumer behaviour can be influenced by means of colours, shapes and general layout is difficult to appreciate. Such appreciation can only be gained from the realisation that detailed design decisions relating to discrete elements of a website are frequently based on empirical findings from lab experiments involving fMRI, eyeball tracking and heat maps.” MIK, Eliza. The erosion of autonomy in online consumer transactions. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 8, n. 1, p. 1-38, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8axsuzb>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 7.

empresários, pois se explora vieses comportamentais baseados em discriminação, em conteúdo incendiário e em monitoramento sistêmico.¹³⁴⁸

A manipulação também afeta a privacidade dos consumidores. Helen Nissenbaum alerta que o mundo do estilo “panóptico de Oscar Gandy”,¹³⁴⁹ onde há segmentação publicitária, perfilização comportamental e agregação de dados pessoais, as pessoas são compelidas a agir sob influência de terceiros, que possuem interesses que colidem com o desejo de autodeterminação e livre escolha. Nessa linha de raciocínio, as ações tomadas pelo consumidor não seriam verdadeiramente voluntárias porque o funcionamento do ciberespaço é permeado pela vigilância dos seus usuários nos moldes de um “panóptico”. Assim, “a privacidade é considerada um aspecto importante de um ambiente no qual a autonomia tende a florescer e sua ausência provavelmente a minará.” (tradução nossa).¹³⁵⁰ A autora aponta que:

Para ver como isso [a temática da autonomia] se conecta à privacidade, é necessário retornar ao mundo do monitoramento abrangente, agregação de dados, publicação irrestrita, perfil e segmentação - o mundo panóptico de Oscar Gandy. Neste mundo, a manipulação que nos priva de autonomia é mais sutil do que o mundo em que as escolhas de estilo de vida são punidas e explicitamente bloqueadas. A vigilância ampla, a agregação e análise de informações aumentam a gama de influências de atores poderosos, como agências governamentais, sociedades empresárias e funcionários em potencial, que podem moldar as escolhas e ações das pessoas. Tendo uma semelhança perturbadora com as técnicas de vigaristas ou chantagistas, essas técnicas de influência podem explorar as fraquezas das pessoas, negociar em posições de vantagem injusta, nos direcionar para certos tratamentos e, talvez ainda mais problemático, reter informações sobre oportunidades se as pessoas em questão foram consideradas indignas. (tradução nossa).¹³⁵¹

Na medida em que a tecnologia influencia os indivíduos de **maneira subliminar**, os coloca em situações de estreitamento de opções ou implementa técnicas para esgotamento da força de vontade, parece haver indícios de manipulação do agir decisório. Esse é o cenário que apresenta fortes indicativos de redução significativa da autonomia da vontade e da

¹³⁴⁸ Vide seção 1.1.4, desta tese.

¹³⁴⁹ GANDY JUNIOR, Oscar H. *The Panoptic Sort: A Political Economy of Personal Information*. Boulder: Westview Press, 1993. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9xs4bh>. Acesso em: 18 jan. 2022.

¹³⁵⁰ “(...) privacy is claimed to be an important aspect of an environment in which autonomy is likely to flourish, and its absence likely to undermine it.” NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: Technology, Policy, and Social Life*. Stanford: Stanford University Press, 2010. p. 82.

¹³⁵¹ “To see how this connects to privacy, it is necessary to return to the world of pervasive monitoring, data aggregation, unconstrained publication, profiling, and segmentation - Oscar Gandy’s world of the panoptic sort. In this world, the manipulation that deprives us of autonomy is more subtle than the world in which lifestyle choices are punished and explicitly blocked. Widespread surveillance and the aggregation and analysis of information enhance the range of influence that powerful actors, such as government agencies, marketers, and potential employees, can have in shaping people’s choices and actions. Bearing a disturbing resemblance to the techniques of con men or blackmailers, these techniques of influence may exploit people’s weaknesses, bargain from positions of unfair advantage, target us for certain treatments, and, perhaps even more problematically, withhold information about opportunities if the people in question have been deemed unworthy.” Ibid., NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: Technology, Policy, and Social Life*. Stanford: Stanford University Press, 2010. p. 83.

privacidade.¹³⁵² A concretização das influências ocorre através do rastreamento sistêmico e da perfilização automatizada, “ferramentas poderosas de persuasão” aptas a colidir com a liberdade de escolha dos consumidores. No que tange à personalização, Eliza Mink aponta que a autonomia do consumidor será impactada com as decisões baseadas nos perfis comportamentais porque “ele não tem a oportunidade de escolher ou ficar ciente de toda a gama de opções disponíveis.” (tradução nossa).¹³⁵³ Contudo, a autora alerta que essa constatação não torna verdadeira a premissa de que quanto mais opções ao consumidor, melhor seria a preservação de sua autonomia.¹³⁵⁴

É importante pontuar que a **distinção** entre a manipulação provocada pela publicidade tradicional e a publicidade comportamental pode ser baseada em dois pressupostos: (i) a personalização da publicidade comportamental tem como base informações valiosas dos consumidores individualmente considerados e identificados no ciberespaço; e, (ii) a escala massificada que a personalização ganha com o auxílio das novas tecnologias e do conhecimento científico, gera uma sistematização de todo o mercado de consumo e a criação de novos insights sobre as vulnerabilidades dos consumidores em tempo recorde e com aplicação imediata.¹³⁵⁵

Nas transações off-line, o fornecedor enfrenta limites informacionais na interação com o consumidor. Ele até pode controlar determinados elementos de interação, tal como organizar as prateleiras tendo como base as estratégias de marketing. Utilizar cores, iluminação, fragrâncias e trilha sonora especiais que sabidamente estimulam o consumo. Esse cenário já revelava certa preocupação por alguns estudiosos, tal como Martin Lindstrom.¹³⁵⁶ Contudo, nesse ambiente off-line não há adequação ou personalização para o **estilo cognitivo individual** dos consumidores. O fornecedor possui acesso limitado às informações sobre o íntimo do consumidor ou dos seus hábitos de consumo, o que não exclui a possibilidade de que o

¹³⁵² CALO, Ryan. Digital market manipulation. *George Washington Law Review*. Washington, D.C., v. 82, n. 4, p. 995–1051, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/nhj6pcpx>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 1021.

¹³⁵³ “On a theoretical level, his [consumer] autonomy is limited as he is not given the opportunity to choose from - or become aware of - the full range of available options.” MIK, Eliza. The erosion of autonomy in online consumer transactions. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 8, n. 1, p. 1-38, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8axsuzb>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 21.

¹³⁵⁴ Ibid.

¹³⁵⁵ Conforme mencionam Colombo e Goulart: “com a inadequada aplicação da IA na publicidade, poderá ocorrer que: o sujeito seja induzido, de formas abusivas, a contratar; ou, ainda, haja a perda de uma chance, quanto ao acesso ao bem e serviço, já que, em face do profiling abusivo, sequer saberá da existência da oferta.” COLOMBO, Cristiano; GOULART, Guilherme Damásio. Inteligência Artificial aplicada a perfis e publicidade comportamental: proteção de dados pessoais e novas posturas em matéria de discriminação abusiva. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim de Cerqueira. (coords.). *Inteligência Artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 303.

¹³⁵⁶ LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos*. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: HarperCollins, 2017. E-book (não paginado).

consumidor de forma consciente ou inconsciente colabore com o seu perfil de consumo nessas transações.

Deste modo, o impacto da publicidade comportamental online na tomada de decisão dos consumidores não deve ser subestimado ou, ainda, superestimado, pois nem toda prática comercial correlata será abusiva. Apenas a título demonstrativo da relevância global dessa temática, o Conselho da Europa, por meio do seu Conselho de Ministros, já teve oportunidade de manifestar preocupações acerca das capacidades manipulativas de alguns processos algorítmicos no agir decisório dos indivíduos. Para a Organização Internacional, a proteção da autonomia deve ir além da estrutura e noção atual de proteção de dados e privacidade, uma vez que:

As ferramentas contemporâneas de aprendizado de máquina têm a capacidade crescente não apenas de prever escolhas, mas também de influenciar emoções e pensamentos e alterar um curso de ação antecipado, às vezes de forma subliminar. Os perigos para as sociedades democráticas que emanam da possibilidade de empregar essa capacidade de manipulação e controle não apenas as escolhas econômicas, mas também os comportamentos sociais e políticos, só recentemente se tornaram aparentes. Neste contexto, uma atenção especial deve ser dada ao poder significativo que o avanço tecnológico confere àqueles - sejam eles entidades públicas ou atores privados - que podem usar tal algoritmo ferramentas sem supervisão ou controle democrático adequado. (tradução nossa).¹³⁵⁷

Essa perspectiva também foi observada no cenário regional europeu. A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD) emitiu documento (Opinion 3/2018) pela qual expressou preocupação com a “crise de confiança no ecossistema digital” reforçada pela concentração de mercado e a consolidação de grandes monopólios digitais que “ameaçam o pluralismo da mídia” e “lucram com comportamentos prejudiciais”. De acordo com a AEPD:

(...) esta crise de confiança no ecossistema digital ilustra a dependência mútua da privacidade e da liberdade de expressão. A diminuição do espaço íntimo disponível para as pessoas, como resultado da vigilância inevitável por empresas e governos, tem um efeito inibidor sobre a capacidade e a vontade das pessoas de se expressarem e formarem relacionamentos livremente, inclusive na esfera cívica, tão essencial para a saúde da democracia. O presente Parecer está, portanto, preocupado com a forma como as informações pessoais são utilizadas para micro visar indivíduos e grupos com conteúdos específicos, os direitos e valores fundamentais em jogo e as leis relevantes para mitigar as ameaças. (tradução nossa).¹³⁵⁸

¹³⁵⁷ "Contemporary machine learning tools have the growing capacity not only to predict choices but also to influence emotions and thoughts and alter an anticipated course of action, sometimes subliminally. The dangers for democratic societies that emanate from the possibility to employ such capacity to manipulate and control not only economic choices but also social and political behaviours, have only recently become apparent. In this context, particular attention should be paid to the significant power that technological advancement confers to those – be they public entities or private actors – who may use such algorithmic tools without adequate democratic oversight or control." COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. *Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes*. Adopted by the Committee of Ministers on 13 February 2019 at the 1337th meeting of the Ministers' Deputies. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bkxukmr>. Acesso em: 18 jan. 2022. Parágrafo 8.

¹³⁵⁸ "For the EDPS, this crisis of confidence in the digital ecosystem illustrates the mutual dependency of privacy

Ambas as instituições veem na **regulação *hard law*** a principal abordagem para o combate aos abusos e distorções estruturais causadas pelo uso excessivo de dados pessoais e da concentração de mercado no ambiente digital.¹³⁵⁹ Não há o reconhecimento expresso de uma possível falha de mercado provocada pela manipulação do agir decisório no ambiente digital, mas há o reconhecimento de que essa manipulação existe e deve ser coibida. A AEPD incentiva a autorregulação pelo ecossistema publicitário para conter tais práticas abusivas, mas entende que “a manipulação online é demasiadamente sistêmica e pervasiva no que tange às ameaças aos direitos e valores fundamentais, para ser resolvida exclusivamente pela indústria.” (tradução nossa).¹³⁶⁰

Contudo, essa abordagem regulatória não é unânime. Da mesma forma que as correntes doutrinárias mencionadas na seção 1.2.1, sobre a regulação do ciberespaço e, também, na seção 2.1 sobre a regulação da atividade publicitária, John Calfee em 1997, em sua obra “*fear of persuasion: a new perspective on advertising and regulation*” tem um posicionamento mais cético.¹³⁶¹ O autor defendeu a liberdade da atividade publicitária fulcrada na livre iniciativa e liberdade de expressão. Essa visão cética vê com maus olhos qualquer tentativa regulatória da atividade publicitária e rebate a ideia de que haveria algum dano real com a evolução das técnicas de marketing.¹³⁶² Para o autor não existem falhas de mercado no setor publicitário, que é capaz de se autorregular e expulsar aqueles que agem em desconformidade com as práticas comerciais leais. Apesar disso, o autor desta tese entende que a visão de Calfee é estreita acerca do campo publicitário, aparentemente, desatualizada com o cenário disruptivo

and freedom of expression. The diminution of intimate space available to people, as a result of unavoidable surveillance by companies and governments, has a chilling effect on people’s ability and willingness to express themselves and form relationships freely, including in the civic sphere so essential to the health of democracy. This Opinion is therefore concerned with the way personal information is used in order to micro-target individuals and groups with specific content, the fundamental rights and values at stake, and relevant laws for mitigating the threats.” EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Opinion 3/2018 EDPS*, Opinion on online manipulation and personal data. Brussels, 19 mar. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2tv8ezeh>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 3.

¹³⁵⁹ COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. *Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes*. Adopted by the Committee of Ministers on 13 February 2019 at the 1337th meeting of the Ministers’ Deputies. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bkxukmr>. Acesso em: 18 jan. 2022. Parágrafo 9;

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Opinion 3/2018 EDPS*. Op. cit., p. 7.

¹³⁶⁰ “Online manipulation is too systemic, too existential in its threat to fundamental rights and values, to leave it to industry to solve. However self-regulation has an important role to play.” Ibid., p. 20.

¹³⁶¹ CALFEE, John E. *Fear of persuasion: a new perspective on advertising and regulation*. Washington: American Enterprise Institute, 1997.

¹³⁶² Nesse sentido, ver: PIETY, Tamara R. A Necessary Cost of Freedom? The Incoherence of *Sorrell v. IMS*. *Alabama Law Review*. [s.l.], v. 64, n. 102, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr3cz3cb>. Acesso em: 18 jan. 2022.

do ciberespaço. Contudo, a visão de Calfee é, em parte, a estratégia atual nacional, uma vez que tanto o setor publicitário quanto o ambiente digital permanecem, em grande medida, desregulados.

Para além das abusividades já identificadas no segundo capítulo (geopricing, geobloking, marketing de emboscada, publicidade invasiva, tratamento irregular de dados etc.) são necessárias mais pesquisas interdisciplinares para definir quando a publicidade comportamental online afeta a autonomia da vontade dos consumidores. Como dito acima, a persuasão abusiva é mais difícil de ser identificada, se comparada com a abusividade do conteúdo publicitário. Portanto, essa linha tênue entre persuasão e manipulação abusiva precisa ser observada com maior acuidade científica e ser baseada concretamente nos pressupostos jurídicos da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social do contrato.

3.2.3 O “direito de arrependimento” como saída paliativa para a sútil “erosão” da autonomia e para as “limitações” da responsabilidade civil

Não há nada de novo na prática comercial de persuadir os consumidores por meio da publicidade e do marketing. A tese não defende esse ponto de vista. A diferença apresentada pela publicidade comportamental online está no potencial das ferramentas disponíveis às sociedades empresárias para exploração das vulnerabilidades individuais dos consumidores em uma escala massificada e automatizada. O antigo problema das práticas publicitárias abusivas ganha uma nova dimensão que requer um olhar jurídico atento, tendo em vista os desafios apresentados ao status quo do ordenamento jurídico e os limites tênues entre persuasão lícita e manipulação abusiva. O ordenamento jurídico brasileiro é capaz de resolver grande parte dos problemas apresentados pela publicidade comportamental online, tal como defendido no segundo capítulo desta tese.

Todas essas soluções regulatórias abordadas até agora, são medidas *ex post*, ou seja, agem posteriormente ao dano. Neste subtópico, se reforça o argumento da presença de “zonas cinzentas” no ordenamento jurídico que acabam por acelerar a “erosão” da autonomia da vontade e do consentimento informado. Essas “zonas cinzentas” revelam, também, as dificuldades no instituto da responsabilidade civil que apresenta limites, quase que intransponíveis, à responsabilização dos agentes altamente persuasores no ciberespaço. Deixando, portanto, um espaço aberto para a intensificação de condutas publicitárias abusivas. Esse cenário atual - e desafiador - clama por soluções imediatas que minimizem os impactos negativos da publicidade comportamental online. É nesse ínterim que se aponta o direito ao arrependimento previsto no CDC como uma “saída paliativa” aos problemas apontados.

Após perquirir os desafios que circundam a autonomia da vontade dos consumidores expostos à publicidade comportamental online, é possível afirmar que há uma **“sútil erosão” dessa autonomia**. Tal erosão não se iniciou com as tecnologias disruptivas mencionadas nesta tese, mas com elas está sendo potencializada. A utilização do termo “erosão” parece apropriado para captar essa passagem fluída entre persuasão e manipulação, além de delinear a sutileza e graduação das tecnologias empregadas para influenciar o comportamento humano em direção aos anseios das sociedades empresárias que visam o lucro no mercado de consumo.¹³⁶³ Essa erosão atinge, também, o consentimento dos titulares dos dados para a realização de tratamento direcionado à publicidade comportamental online. Os insights da economia comportamental apontam claramente para essas falhas cognitivas (vide seção 3.1). A erosão do consentimento reforça o aspecto fictício e meramente formal dos contratos de adesão que dispõe sobre tal prática, diante da incapacidade do consumidor de compreender os termos da transação. Já a erosão da autonomia diz respeito a manipulação, muitas vezes invisível ao consumidor, do ato de vontade direcionado ao consumo de algum produto ou serviço no ambiente virtual.

A prática comercial de anunciar bens de consumo visa, precipuamente, a concretização da venda de produtos ou serviços. Quando tal prática é caracterizada como ilícita (abusiva, enganosa, que viola o princípio da identificação etc.), haverá a atração da sistemática da responsabilidade civil no CDC.¹³⁶⁴ Isso ocorre porque é direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, conforme preceitua o art. 6º, inciso VI, do CDC.¹³⁶⁵ Trata-se de uma cláusula geral de responsabilidade civil nas relações de consumo.

Assim, a publicidade ilícita, seja qual for a sua modalidade, pode acarretar danos ao consumidor, mesmo que ela integre a fase pré-contratual. O regramento da publicidade no CDC está atrelado, em parte, a própria noção de vício do produto e do serviço, mas a ele não se limita.¹³⁶⁶ Entre as modalidades de vício do produto, o art. 18 do CDC aponta “aqueles

¹³⁶³ A perspectiva da erosão da autonomia no contexto cibernético já foi observada em um sentido mais geral por: MIK, Eliza. The erosion of autonomy in online consumer transactions. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 8, n. 1, p. 1-38, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8axsuzb>. Acesso em: 18 jan. 2022; NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: Technology, Policy, and Social Life*. Stanford: Stanford University Press, 2010. p. 84.

¹³⁶⁴ Pode haver atração da responsabilidade administrativa e penal, nos termos dos arts. 60, 67, 68 e 69 do CDC e art. 7º, inciso VII, da Lei 8.137/90.

¹³⁶⁵ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC)*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9cbn63>. Acesso em: 9 jan. 2022.

¹³⁶⁶ “A ideia de que o art. 6º, VI, do CDC se caracteriza como cláusula geral da responsabilidade civil nas relações de consumo não tem sido debatida pela doutrina, estimulando o equívoco de se procurar subsumir toda situação

decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária”.¹³⁶⁷ Da mesma forma, o art. 19 estabelece a ideia de vício de quantidade e o art. 20 a noção de serviço em disparidade com a oferta publicitária. Esses três artigos de lei, somados à ideia da vinculação da oferta (art. 30 a 35 do CDC), apontam para a publicidade enganosa, o que serve de aporte para a causa de pedir em ação indenizatória promovida pelo consumidor. Adverte-se, contudo, que a lesão causada ao consumidor não precisa decorrer de um vício do produto ou do serviço. Basta que a conduta do fornecedor viole as disposições acerca da publicidade e das práticas comerciais presentes no CDC e cause danos ao consumidor para que haja fundamentação da responsabilidade civil.

A publicidade comportamental online pode gerar efeitos negativos ao consumidor. Essa foi a linha de raciocínio adotada nesta tese. Contudo, para ensejar a aplicação da **responsabilidade civil** dos fornecedores e gerar o dever de indenizar o consumidor, há necessidade da verificação dos elementos constitutivos ligados à conduta, ao dano e ao nexo causal. Como visto até agora, esses elementos não são de fácil identificação na publicidade comportamental. Existem muitas técnicas e agentes envolvidos no ecossistema publicitário que tornam o cenário altamente complexo.

A seção 2.2.3 esclareceu quais agentes são legalmente responsáveis no contexto da publicidade comportamental. Portanto, o critério da conduta já foi analisado sob o viés da publicidade abusiva e do tratamento de dados pessoais no ciberespaço. Naquela oportunidade se delineou que o conceito de fornecedor deve ir além do art. 3º do CDC, pois tal disposição legal não se adequa completamente às perspectivas do mercado publicitário, que possui diferentes atores envolvidos.

Adverte-se, neste ponto, que não há necessidade de se perquirir as divergências e problemáticas derivadas da existência de diferentes sistemas de responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a constituição da relação de consumo afasta as peculiaridades da LGPD, quando se afirma no art. 45 que: “As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de

fática de dano ao consumidor nas categorias de vício e fato do produto ou do serviço (arts. 12 a 27). BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022.

¹³⁶⁷ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC)*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9c6n63>. Acesso em: 9 jan. 2022.

responsabilidade previstas na legislação pertinente.”^{1368 1369}

Apesar das dificuldades teóricas quanto a responsabilização de algumas categorias de agentes publicitários, todos aqueles que estão envolvidos na promoção do anúncio publicitário são caracterizados como “fornecedores equiparados” e devem observar as disposições do CDC. Defendeu-se, nesta tese, a responsabilização dos anunciantes, das agências de propaganda e dos veículos de comunicação sob o escopo do CDC. Contudo, opiniões divergentes que excluem a responsabilidade de determinadas categorias de agentes não prejudicam totalmente a proteção do consumidor, uma vez que pode haver uma possível responsabilização em decorrência do tratamento irregular de dados pessoais empregados na publicidade comportamental para os controladores (anunciantes e veículos de divulgação), nos termos da LGPD.¹³⁷⁰

Não existem dados seguros sobre o potencial lesivo concreto das tecnologias que compõe tal prática publicitária. Apesar disso, pode-se afirmar que a publicidade comportamental pode gerar **danos materiais e morais**, na esfera individual do consumidor ou, ainda, na esfera coletiva. Com as modificações históricas promovidas na teoria da responsabilidade civil, o fornecedor tornou-se responsável pelos danos que os bens de consumo causarem aos consumidores, independente de culpa.¹³⁷¹ No CDC, portanto, o dano à esfera psicofísica do consumidor enseja a responsabilidade do fornecedor. Nessa linha, os danos materiais estão ligados a redução do patrimônio material do consumidor. Pode ser aferido mediante avaliação pecuniária. A indenização visa restabelecer o estado anterior (status quo ante). O delineamento do dano material pode ser extraído do art. 402 do CC/02, e revela o que o consumidor “efetivamente perdeu” ou “o que razoavelmente deixou de lucrar”.¹³⁷² Dano

¹³⁶⁸ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹³⁶⁹ Para consultar as divergências entre os sistemas, veja: MORAES, Emanuele Pezati Franco; PEROLI, Kelvin. O necessário diálogo entre o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados para a coerência do sistema de responsabilidade civil diante das novas tecnologias. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSELVALD, Nelson (coords.). *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias*. São Paulo: Foco, 2020. p. 145-161.

¹³⁷⁰ Vale ressaltar que nos termos do art. 42 da LGPD, § 1º, inciso I, “o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento *quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador*, hipótese em que o operador se equipara ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.” Ibid. (destaque nosso).

¹³⁷¹ “Em regra, no exame das práticas abusivas, em sentido amplo, não cabe discutir se o fornecedor agiu com dolo (intenção) ou culpa na realização das condutas descritas. Deve-se verificar objetivamente se a conduta do fornecedor ou resultado de sua ação se encaixa na descrição normativa. Todavia, há exceções, a depender da redação normativa da conduta do fornecedor cujo verbo pode indicar a necessidade de demonstração da presença de elemento subjetivo.” BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022.

¹³⁷² BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/3v7thc4y>. Acesso em: 9 jan. 2022.

emergente (dano positivo) refere-se à diminuição patrimonial imediata em decorrência do ilícito. Já o lucro cessante (dano negativo) refere-se à perda de um ganho esperado, mas que foi interrompido ou anulado em decorrência do ilícito. Nessa linha, quando um dos efeitos negativos da publicidade comportamental é a excessiva personalização que pode colocar o consumidor em uma situação de “encaixotamento” e redução das ofertas publicitárias ou de manipulação de preços com base em informações e algoritmos discriminatórios, poderá haver tanto o dano positivo (aquisição de um produto com um preço maior ou em condições piores que aquelas cotidianamente oferecidas no mercado de consumo), quanto o dano negativo (quando a diminuição intencional das opções oferecidas ao consumidor impede o consumidor de usufruir e de se beneficiar da amplitude de ofertas na internet).

Por outro lado, os danos morais ofendem os direitos da personalidade. Ainda não foram identificados danos concretos à autonomia da vontade do consumidor, violadores, portanto, da sua personalidade. Há muita especulação a respeito, mas inexistente estudo empírico que comprove o efeito manipulador de alguma das práticas elencadas nesta tese. Contudo, aí reside uma das barreiras da responsabilidade civil na “sociedade de risco”: Como identificar e comprovar que um ou mais práticas publicitárias específicas causarão danos aos consumidores, diante de inúmeras práticas comerciais entrelaçadas no ciberespaço? Apesar disso, já existem condenações administrativas e averiguações realizadas pela SENACON nos casos Decolar (*geopricing* e *geoblocking*) Google (*browser fingerprint*) e Facebook (*cookies*), que apontam a adoção de métodos coercitivos e a utilização de técnicas desleais que violam os direitos dos consumidores/titulares de dados pessoais.¹³⁷³

Essa discussão fica ainda mais prejudicada com as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o conceito e configuração do dano moral, que transitam entre categorias que necessitam de um abalo psíquico, exigem a violação a direito da personalidade ou uma ofensa à dignidade da pessoa humana.¹³⁷⁴ No STJ essa discussão não é pacífica e depende da categoria de dano moral. Por exemplo, se reconhece que a inscrição indevida em banco de dados de proteção ao crédito enseja dano moral que decorre do próprio fato (*in re ipsa*), não sendo necessário perquirir ou provar afetação do estado anímico.¹³⁷⁵

¹³⁷³ Vide seção 2.1.3, desta tese.

¹³⁷⁴ Sobre as divergências, veja:

CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 11-61;

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 141-264.

¹³⁷⁵ Cabe pontuar a existência da súmula 385 do STJ que afirma “da anotação irregular em cadastro de proteção

De acordo com Leonardo Roscoe Bessa, mesmo que a publicidade ilícita não gere danos individuais aos consumidores, ela pode ensejar a condenação por dano moral coletivo. Isso decorre do potencial lesivo das práticas publicitárias aos direitos difusos desse público.¹³⁷⁶ O autor pontua que “(...) a mera veiculação de publicidade enganosa ou abusiva (art. 37 do CDC), independentemente de qualquer aquisição de produto ou serviço ou ocorrência de danos material ou moral (individual), configura lesão a direitos difusos e enseja, portanto, a condenação por dano moral coletivo (...).”¹³⁷⁷

Especialmente no que tange à publicidade comportamental, a sua personalização e individualização não impedem que o dano seja coletivo, na medida em que o alcance da personalização é coletivo. As práticas comerciais de perfilização e discriminação alcançam toda a internet e podem afetar uma coletividade de consumidores. Bessa ilustra a possibilidade de dano moral coletivo mencionando uma condenação no poder judiciário brasileiro, em face de uma sociedade empresária fabricante de veículos que foi responsável pela confecção de publicidade enganosa de automóveis. A condenação foi estabelecida em um milhão de reais pela prática do ilícito, além da obrigatoriedade de realização de contrapropaganda. De acordo com o Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, no RESP 1.546.170/SP:

5. O sistema de tutela da publicidade trazido pelo Código de Defesa do Consumidor encontra-se assentado em uma série de princípios norteadores que se propõem a direcionar e limitar o uso das técnicas de publicidade, evitando, assim, a exposição do público consumidor a eventos potencialmente lesivos aos direitos tutelados pelo referido diploma legal. Dentre estes princípios, merecem destaque, os da identificação obrigatória, da publicidade veraz, da vinculação contratual e da correção do desvio publicitário. (...). 8. O dano moral difuso, compreendido como o resultado de uma lesão a bens e valores jurídicos extrapatrimoniais inerentes a toda a coletividade, de forma indivisível, se dá quando a conduta lesiva agride, de modo injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na própria consciência coletiva. (...)9. A

ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 385*. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2009]. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mj665ds>. Acesso em: 18 jan. 2022.

Contudo, existem julgados relativizando a interpretação sumulada:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 1.704.002 SP*. Relator: Min. Nancy Andrighi. 17 fev. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/sm8hnb7x>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 1.647.795 RO*. Relator: Min. Nancy Andrighi. 5 out. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/bd554hat>. Acesso em: 12 jan. 2022.

¹³⁷⁶ Leonardo Roscoe Bessa aponta que: “Tratando-se de direitos metaindividuais, a condenação por dano moral (rectius: extrapatrimonial) se justifica em face da presença do interesse social em sua preservação. Trata-se de mais um instrumento para conferir eficácia à tutela de tais interesses, considerando justamente o caráter não patrimonial desses interesses coletivos. Qual seria, afinal, o valor do dano material representado por loteamento clandestino desfigurador da ordem urbanística de determinado município? Qual o valor do dano material decorrente de veiculação de publicidade enganosa ou abusiva? Qual o valor do dano material da poluição de um rio ou lago?” BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022.

¹³⁷⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022.

hipótese em apreço revela nível de reprovabilidade que justifica a imposição da condenação tal e qual já determinada pelas instâncias de origem.¹³⁷⁸

Uma das ferramentas para investigação do problema levantado acima sobre a - quase - intangibilidade dos danos da publicidade comportamental está no **nexo de causalidade** como pressuposto lógico e normativo que conecta a conduta do fornecedor ao dano experimentado pela vítima e viabiliza a responsabilidade civil. Tal relação que consiste, em primeira linha, em uma análise ontológica, se estabelece mediante a dilação probatória. Nesse passo, Gisela Sampaio da Cruz entende que atualmente o nexo causal possui duas funções primordiais: “(...) por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização.”¹³⁷⁹

Ainda sobre o nexo causal, dentre as dificuldades teóricas e práticas desse exercício mental de causa e efeito, ressalta-se a existência de divergências sobre as teorias do nexo de causalidade.¹³⁸⁰ Partindo da corrente majoritária que defende a utilização da teoria da causa direta e imediata, deve haver uma “relação de necessariedade lógica” entre o ato do fornecedor e o dano causado ao consumidor.”¹³⁸¹ ¹³⁸² Também conhecida como teoria do dano direto e imediato, teoria do nexo causal direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal. A expressão “direto e imediato” estava presente no art. 1.060 do CC/16, que foi reproduzido no

¹³⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 1.154.617-0 SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 18 fev. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/d5tx6fec>. Acesso em: 12 jan. 2022.

¹³⁷⁹ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 22.

¹³⁸⁰ As principais teorias citadas pela literatura jurídica são: (i) a teoria da equivalência das condições, (ii) a teoria da causalidade adequada e (iii) a teoria da causa direta e imediata. Resumidamente, menciona-se que a teoria mais antiga é a teoria da equivalência das condições que foi acolhida pelo direito penal, pois adota um sistema de tipicidade, diferentemente do Direito civil que trabalha com cláusulas gerais. Segundo Anderson Schreiber, tal teoria revela que “(...) todas as condições de um dano se equivalem, consistindo todos os antecedentes que concorreram de alguma maneira para a sua realização em causas do prejuízo.” Por outro lado, na teoria da causalidade adequada, concebida por Von Bar e aprimorada por Von Kries, procura-se “(...) de fato, identificar, na presença de mais de uma possível causa, qual delas, independentemente das demais, é potencialmente apta a produzir os efeitos danosos.” Há aplicação da ideia de causa e efeito para se analisar o nexo, partindo do pressuposto da “normalidade”. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 56-62.

¹³⁸¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 545.

¹³⁸² Alguns autores defendem a utilização da teoria da causalidade alternativa. Contudo, existem críticas de adequação dessa teoria advinda do direito penal para aplicação na responsabilidade civil. Nesse sentido, Anderson Schreiber afirma que “a rigorosa necessidade de demonstração do nexo causal vem, ainda, amenizada pela chamada teoria da causalidade alternativa. Tal teoria não se propõe a eleger um critério de aferição da causalidade jurídica, mas a cuidar de certas situações que pareciam ao desabrigo nas construções mais comumente adotadas. Sua origem situa-se na discussão sobre o tratamento a ser dado à causalidade em hipóteses em que, embora seja possível identificar o grupo de cuja atuação adveio o dano, mostra-se impraticável a determinação precisa do seu causador.” SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 75.

art. 403 do CC/02.¹³⁸³ A causa responsável pelo dano, nem sempre é a mais próxima dele, mas aquela que necessariamente o causou. Não é analisada a distância temporal entre causa e dano, mas a presença ou não de outra causa que rompa o nexo causal. Exemplo clássico civilista de causa que rompe o nexo causal consiste nos fatos naturais (caso fortuito e força maior).¹³⁸⁴

O **risco de dano**, por si só, não é capaz de gerar o dever de indenizar no cenário brasileiro. Deve haver o preenchimento dos três pressupostos da responsabilidade civil. Apesar disso, alguns autores defendem a readequação da responsabilidade civil, com o objetivo de absorver o rápido desenvolvimento tecnológico.¹³⁸⁵ Para eles não há como defendê-la apenas com seu caráter compensatório. Ela deve ser vista também no seu viés preventivo ou, ainda, como entendem alguns autores, no seu viés punitivo.¹³⁸⁶ Não há como aplicar o instituto da responsabilidade civil com base nos pressupostos e “filtros” históricos de séculos atrás.¹³⁸⁷ A flexibilização é uma tentativa de adaptar os **pressupostos da responsabilidade** (conduta, dano e nexo causal) às novas exigências do século XXI, em especial as peculiaridades do ciberespaço.¹³⁸⁸

Uma discussão profunda sobre as funções, limites e pressupostos da responsabilidade civil no direito brasileiro foge do escopo desta tese.¹³⁸⁹ Este tópico parte da premissa de que um dos efeitos corrosivos da erosão da autonomia da vontade do consumidor está na aquisição indesejada de bens de consumo em decorrência da influência indevida da publicidade comportamental ou, até mesmo, pela mera exposição a práticas publicitárias intrusivas e invasivas da privacidade, o que pode gerar danos materiais e imateriais. A solução fornecida pela responsabilidade civil nesses casos é de cunho *ex post*, atuando após a ocorrência do dano e requer ajuizamento de uma demanda pelo consumidor. Além disso, depende de uma perquirição pelo intérprete (juiz do caso) acerca da ocorrência de um dano ressarcível, da

¹³⁸³ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 100.

¹³⁸⁴ Cabe mencionar que no CDC, tais causas não aparecem no rol do art. 12, § 3º, como causas de exclusão da responsabilidade.

¹³⁸⁵ BORJES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. *Responsabilidade civil e nanotecnologias*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 100-136.

¹³⁸⁶ Nelson Rosenvald defende que a responsabilidade civil seja vista como um sistema complexo que possui diversas finalidades: reparação, prevenção e punição, todas agindo ao mesmo tempo e em conjunto. ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 21 e seguintes.

¹³⁸⁷ SCHEREIBER, op. cit., p. 220-229.

¹³⁸⁸ Essa visão encontra respaldo em alguns julgados, mas a temática dos “punitive damages” está longe de ser um tema pacífico, uma vez que não há autorização legal para tanto. Nesse sentido, ver: HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil punitiva: os “punitive damages” no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹³⁸⁹ Para aprofundar tais temáticas, veja a obra completa de: ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

presença do nexa causal e da possibilidade de se identificar o causador do dano. Tendo em vista que a verificação do dano dependerá da análise de cláusulas gerais relacionadas ao dever de indenizar, à abusividade publicitária e às práticas comerciais abusivas, a discussão desbocará na ideia dos “interesses merecedores de tutela” da responsabilidade civil.

Frente à impossibilidade fática de o ordenamento jurídico estabelecer quais são os danos ressarcíveis e da insuficiência da técnica regulamentar diante das rápidas mudanças tecnológicas, a seleção de interesses que merecem tutela jurídica dependem de uma análise subjetiva do intérprete que dirá, no caso concreto, se haverá dever de indenizar. Um dos parâmetros interpretativos está na cláusula geral de tutela da dignidade humana. Para Anderson Schreiber, a seleção de interesses merecedores de tutela é uma questão controversa no direito brasileiro. O autor aponta impropriedades em fundamentos corriqueiramente utilizados no poder judiciário brasileiro para fundamentar o dever de indenizar. Nessa linha, haveria uma impropriedade no critério da “gravidade do dano”, pois há uma confusão entre gravidade da conduta do agente causador do dano e do próprio dano, bem como a existência de conduta não gravosas, mas que causam grandes danos.¹³⁹⁰ Por outro lado, o critério da dor também seria impróprio para a realização dessa tarefa, pois a dor (sofrimento, frustração, etc.) sentida pela vítima não é o motivo da reparação, mas é a consequência (presente ou não) do dano. O critério da utilidade pública e da eficiência econômica não é própria para a análise dos interesses merecedores de tutela porque tem um caráter marcado pela primazia estatal e pela dicotomia público-privado, além de uma incompatibilidade com os interesses existenciais, haja vista se concentrar na ideia econômica do dano.¹³⁹¹

Em decorrência da impropriedade e insuficiência dos critérios acima mencionados, na prática convencionou-se a utilização de um modelo de “relevância social” do prejuízo. Tal modelo não é propriamente um critério de seleção de interesses merecedores de tutela. Schreiber entende que esse modelo realiza um mero reenvio da problemática à intuição judicial, ou seja, deixa para a discricionariedade judicial a avaliação do que seria razoável indenizar no caso concreto. O autor entende que o dano ressarcível exige uma abordagem diferenciada. O

¹³⁹⁰ Conforme afirma o autor, o critério da gravidade do dano também não é apto a responder à questão dos interesses merecedores de tutela. Nesse sentido afirma: “Não obstante a autoridade destas opiniões, o critério da gravidade padece de forte inconsistência. Em primeiro lugar, confunde-se frequentemente a gravidade do dano com a gravidade da conduta do ofensor. Todavia, a mera observação da vida real demonstra que condutas graves podem não dar margem a dano moral, e que, ao contrário, condutas levemente reprováveis, ou mesmo não reprováveis de todo, podem produzi-lo.” SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 130.

¹³⁹¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 128-129.

juízo de merecimento de tutela só pode derivar da análise concreta no conflito específico. Não seria adequado utilizar critérios prévios “supranormativos” para servir de base para todos os casos merecedores de tutela.¹³⁹²

Dessa forma, o papel do judiciário no desenvolvimento da responsabilidade civil tem um caráter positivo e outro negativo. Interfere positivamente, como dito, na definição dos interesses merecedores de tutela no caso concreto, reparando os danos. Há, no entanto, um aspecto negativo quando o judiciário traz incertezas com a super proliferação de demandas de ressarcimento de danos morais (“indústria dos danos morais”).¹³⁹³ Para se evitar as chamadas demandas bagatelares e a inflação de demandas por danos morais, o autor preleciona: “A melhor via parece ser, portanto, a de reconhecer o dano ressarcível como cláusula geral, operando uma efetiva ponderação de interesses em conflito para fins de configuração de elemento imprescindível à deflagração do dever de reparar.”¹³⁹⁴

A manutenção da autonomia da vontade dos consumidores no ciberespaço é, claramente, um **interesse merecedor de tutela jurídica** e deve ser abarcado pela responsabilidade civil quando sofrer perturbações indevidas. A autonomia protege a liberdade de escolha, direito básico dos consumidores. Da mesma forma, ela revela a importância da autodeterminação informativa para o exercício dos direitos correlatos à proteção de dados pessoais. Contudo, a responsabilidade civil apresenta as limitações acima referidas e consubstanciadas nos seus elementos configuradores. Tal perspectiva tende a dificultar a proteção concreta dos consumidores diante das tecnologias disruptivas que fazem parte das práticas publicitárias em questão. Potenciais riscos e danos ainda não mapeados não geram o dever de indenizar. Soma-se, ainda, as questões controversas ligadas ao desconhecimento científico acerca dos riscos dessas novas tecnologias à pessoa humana.

Entretanto, esta tese deixa para pesquisas futuras a discussão sobre os eventuais “riscos do desenvolvimento” que podem subsidiar a exclusão da responsabilidade civil dos fornecedores/agentes de tratamento da responsabilização dos danos materiais e imateriais que a publicidade comportamental pode ocasionar aos consumidores/titulares dos dados

¹³⁹² Ibid., p. 83-84.

¹³⁹³ No Brasil, o STJ vem afirmando veementemente que o dano moral é *in re ipsa*, tendo em vista que os mecanismos de aferição do dano material não se adequam a essa modalidade imaterial. Contudo, a interpretação correta, segundo o autor, é que a dispensa da prova é em relação ao sofrimento/dor decorrente do dano, já que isso está ínsito ao dano moral, mas a prova desse dano deve ser exigida. Ibid., p. 195.

¹³⁹⁴ Ibid.

peçoais.¹³⁹⁵ Tal temática encontra divergências doutrinárias no direito brasileiro.¹³⁹⁶ A LGPD inovou ao trazer expressamente como baliza para a verificação da regularidade do tratamento de dados pessoais, a noção de “estado atual da tecnologia”, no art. 44, inciso III (“as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado”). Essa disposição pode voltar a fomentar teses sobre a irresponsabilidade desses agentes frente ao desconhecimento técnico e científico acerca dos danos que as tecnologias disruptivas poderiam causar aos consumidores e que só forem mapeadas após a implementação das práticas comerciais.¹³⁹⁷

Diante das dificuldades apontadas pela “erosão” da autonomia da vontade e a consequente dificuldade teórica em estabelecer a responsabilização civil dos fornecedores que utilizam tais práticas comerciais e publicitárias manipuladoras, o autor desta tese aponta o “**direito ao arrependimento**” previsto no art. 49 do CDC, como uma saída paliativa e, portanto, temporária, para que o consumidor repense a sua decisão de ter adquirido determinado bem de consumo no contexto do comércio eletrônico.¹³⁹⁸ Caso haja uma compra por impulso ou motivada pelas estratégias manipulativas ou excessivamente persuasivas promovidas pelos anúncios publicitários ou pelas estratégias de marketing digital, o consumidor terá sete dias corridos do recebimento do produto ou da liberação de acesso ao serviço, para “maturar” a ideia

¹³⁹⁵ O sentido jurídico da expressão “risco do desenvolvimento” refere-se à cognoscibilidade de um defeito frente ao estado da arte (*state of the art*) dos conhecimentos científicos e técnicos. João Calvão da Silva afirma que o critério para definir a responsabilidade consiste em averiguar se havia ou não cognoscibilidade e previsibilidade de defeito do produto no momento que o fornecedor o colocou no mercado de consumo. Ressalte-se que a análise pressupõe o mais avançado estado da arte do conhecimento técnico e científico existente. Mesmo que o fornecedor (o fabricante, o construtor, o produtor ou importador) seja um microempresário, há o dever de buscar tais informações antes da comercialização do produto, sob pena de responder objetivamente pelo defeito na concepção ou na informação. Assim, a impossibilidade de identificar o defeito é vista como uma “impossibilidade absoluta e objetiva”, ou seja, o fornecedor deve considerar a melhor ciência em nível mundial. O padrão de fornecedor analisado não é do “fornecedor médio”, mas daquele “fornecedor ideal”. SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 511-512.

¹³⁹⁶ Sobre o tema, consulte a dissertação de mestrado defendida pelo candidato ao doutoramento, especialmente o terceiro capítulo que aprofunda a temática da responsabilidade civil e a excludente dos riscos do desenvolvimento no direito brasileiro: FERNANDES, Rafael Gonçalves. *A proteção jurídica do consumidor diante da comercialização de nanofoods: aspectos técnicos, regulatórios e de segurança alimentar*. Dissertação (mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito. Centro Universitário de Brasília (CEUB). Brasília, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yjfn6rc3>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹³⁹⁷ Quem deve alegar o “risco do desenvolvimento” como excludente é, por óbvio, o próprio fornecedor. Trata-se de uma tese de defesa, que deve ser corroborada com provas que demonstrem a impossibilidade técnica e científica de toda a comunidade internacional especializada na temática, na identificação dos riscos quando o produto entrou em circulação.

¹³⁹⁸ Conforme redação legal: “Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.” BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC)*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9cbn63>. Acesso em: 19 jan. 2022.

da compra e solicitar o seu cancelamento. Não há necessidade de motivação ou justificativa para o exercício desse direito.¹³⁹⁹

O “direito ao arrependimento” foi originalmente pensado para as vendas fora do estabelecimento físico do fornecedor. O CDC aponta expressamente para as vendas por telefone e em domicílio, pois na década de 1990 não havia, propriamente, um comércio eletrônico no Brasil. A internet estava nos seus primeiros anos de implementação em larga escala. A razão primeira deste direito ao arrependimento está no fato de que o consumidor não tem acesso direto ao bem que está adquirindo. Fotos, vídeos e outros materiais publicitários podem não ser suficientes para a completa ciência de todos os elementos que motivam a decisão de compra. Para além disso, os setes dias podem servir para identificar erros de digitação ou enganos cometidos durante a transação e que não revelam a verdadeira vontade do consumidor em adquirir tal item ou as condições pelas quais tal item foi adquirido.

Além disso, todas as despesas, gastos com transporte e taxas adicionais devem ser imediatamente devolvidas ao consumidor, tal como prevê o parágrafo único do art. 49 do CDC: “Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.”¹⁴⁰⁰

A intensificação do comércio eletrônico no Brasil foi alvo do Decreto 7.962/2013 (Decreto do Comércio Eletrônico), tendo como base o art. 84, IV, da CRFB/88. A justificativa para a edição do Decreto esteve na ausência de regras detalhadas e claras sobre as transações realizadas na internet e que oferecessem segurança jurídica aos agentes econômicos (fornecedores e consumidores). Ainda se espera por uma regulação mais abrangente por meio do Projeto de Lei relativo ao comércio eletrônico (PLS 281).¹⁴⁰¹ Enquanto aguarda-se por esses diplomas normativos, o Decreto n. 7.962/2013, estabelece regras sobre o dever de informar no contexto do comércio eletrônico (arts. 2º, 3º e 5º), o aperfeiçoamento do atendimento ao

¹³⁹⁹ Nessa linha: “Quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem o direito de desistir do negócio em 7 dias, sem nenhuma motivação, nos termos do art. 49 do CDC” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Agravo Regimental no AREsp n.º 533.990 MG Relator: Min. Moura Ribeiro. 18 ago. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/bpaw3tm5>. Acesso em: 19 jan. 2022. Ementa. p. 1.

¹⁴⁰⁰ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC)*, op. cit.

¹⁴⁰¹ Tal Projeto foi analisado na seção 2.1.3, desta tese. O Projeto foi aprovado no Senado e se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados. Para consultá-lo, veja: BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei PL 3514/2015*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8anczk>. Acesso em: 19 jan. 2022.

consumidor (art. 4º) e regras específicas sobre o direito de arrependimento do consumidor (art. 5º).

De acordo com o caput do art. 5º do Decreto 7.962/2013, “o fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.” Para além disso, o consumidor pode exercer tal direito pela mesma ferramenta empregada durante a contratação ou outra mais eficaz no caso concreto. O registro do arrependimento deve gerar comprovante ao consumidor de forma imediata, como, por exemplo, envio de e-mail ou SMS pelo qual o fornecedor acusa o recebimento e gera número de protocolo do pedido. Nenhum valor deve ser cobrado do consumidor e todos os contratos acessórios serão rescindidos automaticamente. Por fim, o parágrafo 3º, do art. 5º, informa que o fornecedor tem o dever de comunicar imediatamente à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito utilizado, acerca do arrependimento para que: “I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.”^{1402 1403}

Diante das técnicas persuasivas da publicidade comportamental online, principalmente da exibição contínua de anúncios publicitários em plataformas de rede social digital e outros locais da web, se utilizando dos dados pessoais dos consumidores para otimizar as vendas online, parece interessante utilizar tal instituto para promover uma maior proteção do consumidor brasileiro. Por enquanto, eles podem recorrer ao arrependimento como um “alívio” imediato às compras na internet que exploram a sua condição de vulnerabilidade. Trata-se de uma saída para a preservação, ainda que *ex post*, da autonomia da vontade e da, conseqüente, liberdade de escolha. Parece fazer parte da autonomia do consumidor exercer essa desistência injustificada. Evita-se, portanto, um potencial dano material que estaria sujeito à indenização apenas se preenchidos os elementos configuradores da responsabilidade civil. Tal solução “fornece uma maneira indireta de contrabalancear os desequilíbrios transacionais relacionados

¹⁴⁰² BRASIL. *Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013*. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/yjbncmxz>. Acesso em: 9 jan. 2022.

¹⁴⁰³ É importante ressaltar que durante a pandemia do novo coronavírus (Covid-19), o direito de arrependimento sofreu limitações legais no que tange a alguns contratos específicos realizados na internet. De acordo com o art. 8º, da Lei 14.010, de 10 de junho de 2020, “até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos” BRASIL. *Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020*. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/mryakrsd>. Acesso em: 19 jan. 2022.

à tecnologia, que são inerentes ao ambiente online.” (tradução nossa).¹⁴⁰⁴ Não se trata de uma solução de longo prazo, tal como aponta Eliza Mik no contexto europeu, mas ela “pode abordar as formas mais flagrantes de exploração do consumidor, como discriminação de preços ou segmentação de consumidores propensos a compras compulsivas.” (tradução nossa).¹⁴⁰⁵

Essa saída é paliativa porque resolve apenas o aspecto econômico da transação indesejada, mas os demais aspectos ligados à proteção dos dados pessoais e da privacidade permanecem sujeitos aos desafios da responsabilização correlata já apontados acima. Para além disso, o Decreto 7.962/2013, apesar de estabelecer deveres mais específicos e concretos ao dever de informar sobre o direito ao arrependimento, ainda exige uma ação por parte do consumidor que deve perceber, por si só, que foi alvo de uma prática manipuladora e solicitar o cancelamento posterior dos bens de consumo adquiridos. Os insights da economia comportamental já apontaram, em outras circunstâncias, que essas ações positivas atingem um número reduzido de consumidores que estão em um patamar mais elevado de conhecimento acerca das práticas comerciais realizadas no contexto do comércio eletrônico. Por este motivo, é importante o fomento da educação para o consumo no ambiente virtual, para que haja concretização desse direito ao arrependimento como mecanismo eficiente de defesa de práticas potencialmente ofensivas à liberdade de escolha dos consumidores. Trata-se, em linhas gerais, de uma “medida de empoderamento” (*ex post*) do consumidor disponível no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁴⁰⁶

O próximo capítulo aponta se há viabilidade jurídica para a adoção de “soluções definitivas” e de cunho regulatório na vedação expressa de determinadas práticas publicitárias comportamentais comprovadamente perturbadoras da autonomia da vontade dos consumidores no ambiente digital. Além disso, indica outras “medidas de empoderamento” (*ex ante*) do consumidor que atuem preventivamente na redução dos riscos advindos da publicidade

¹⁴⁰⁴ “This ‘solution’ provides an indirect way to counterbalance the technology-related transactional imbalances inherent in the online environment.” MIK, Eliza. The erosion of autonomy in online consumer transactions. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 8, n. 1, p. 1-38, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8axsuzb>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 36.

¹⁴⁰⁵ “While the right of withdrawal cannot be regarded as a long-term solution, it can address the more egregious forms of exploitation, such as price discrimination or the targeting of consumers who are prone to compulsive purchases.” Ibid.

¹⁴⁰⁶ Da mesma forma, o candidato ao doutoramento entende que o direito de revisão do tratamento de dados previsto no art. 20 da LGPD e abordado na seção 2.2.2, pode funcionar como medida *ex post* complementar ao direito de arrependimento na minimização dos efeitos negativos da publicidade comportamental online.

Redação do art. 20, caput: “O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.” BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

comportamental online através de *nudges*.

3.2.4 Síntese da segunda categoria de “zonas cinzentas”: a proteção jurídica da autonomia é insuficiente diante da potencial manipulação publicitária comportamental

De certa forma, a seção 3.2 foi inspirada em um questionamento realizado pelo jornalista Vance Packard, autor crítico dos excessos cometidos pelo setor publicitário. Em um dos seus escritos mais relevantes, o livro “The hidden persuaders”, Packard problematizou: “quando você está manipulando, onde você para? Quem pode consertar o ponto em que as tentativas de manipulação se tornam socialmente indesejáveis?” (tradução nossa).¹⁴⁰⁷ O autor já previa em 1957, que o marketing evoluiria em uma escala sem precedentes, se apropriando da inovação tecnologia correlata para explorar as vulnerabilidades dos consumidores. A reflexão de Packard demonstra com clareza os desafios que a publicidade comportamental online impõe à sociedade contemporânea, principalmente à lógica regulatória atual que se baseia em uma abstração do consentimento e na irrestrita autonomia da vontade. Mesmo diante de regramentos amplos, tais como o CDC e a LGPD, um dos grandes desafios para o século XXI será a proteção concreta do consumidor frente às avançadas ferramentas de marketing e de publicidade que instigam um agir emocional, imediatista e baseado nas vulnerabilidades comportamentais e psíquicas.

Não há um ponto fixo que determine quando a livre iniciativa, somada a liberdade de expressão da atividade publicitária encontrará os limites da persuasão lícita e justa no mercado de consumo. Como visto nos dois primeiros capítulos desta tese, a atividade publicitária está baseada na otimização do mercado de consumo, seja no viés informativo, seja no viés estimulador da aquisição de bens de consumo. Não há ilicitude em instigar o consumo e influenciar os consumidores. Contudo, excessos devem ser coibidos. Perturbações abusivas à autonomia da vontade e, conseqüentemente, da liberdade de escolha devem ser analisadas com o devido cuidado pela ciência jurídica. Isso pode ser feito a partir da cláusula geral da boa-fé objetiva nas comunicações publicitárias, principalmente no que tange à lealdade, à transparência e à confiança na fase pré-contratual, bem como a partir do regramento protetivo dos dados pessoais.

A autonomia foi posta em causa na seção 3.2.1, para a identificação de definições, pressupostos e elementos caracterizadores. Contudo, essa atividade se revelou complexa e

¹⁴⁰⁷ “When you are manipulating, where do you stop? Who is to fix the point at which manipulative attempts become socially undesirable?” PACKARD, Vance. *The hidden persuaders*. London: Longmans, Green & CO., 1957 (ed. Rev. 1981). E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/43vee566>. Acesso em: 19 jan. 2022.

recheada de teorias e complexidades interdisciplinares ligadas a filosofia, a ética e a política. Tendo em vista o recorte temático realizado nesta tese, a autonomia pode ser analisada em um escopo mais estreito relacionado à ciência jurídica, especialmente na construção civilista de autonomia da vontade, uma vez que o enfoque ficou restrito ao uso comercial das tecnologias que exploram, analisam e predizem comportamentos humanos através das TICs. Tendo em conta essa limitação conceitual, entendeu-se por autonomia a livre capacidade de um indivíduo fazer escolhas no mercado de consumo, ausente de qualquer vício do consentimento que prejudique o seu “autogoverno” e fulcrada em três elementos ligados a determinação, a liberdade e a razão.

A racionalidade é um dos elementos centrais na construção normativa da autonomia. De outra maneira não poderia ser. Apesar das falhas cognitivas e da interferência emotiva no agir decisório, a racionalidade é um elemento formal e abstrato que garante a independência da pessoa humana na tomada de decisões. Ela é presumidamente racional, até que se comprove a existência de alguma situação psíquica que a impeça de se autodeterminar nos atos da vida civil, por exemplo. Não se mostra viável abandonar o pressuposto jurídico da razão humana como âncora normativa, tendo como base os estudos de neurociência, psicologia e economia comportamental que revelam cientificamente o porquê os consumidores tendem a tomar decisões que pioram ou nada modificam a sua situação de bem-estar.

Tais estudos podem auxiliar o jurista a identificar os limites lícitos da persuasão publicitária promovida pelas práticas disruptivas observadas nesta tese. Contudo, essa atividade é, de longe, demasiadamente complexa e subjetiva. A persuasão é uma ferramenta comum e tradicional no mercado de consumo e visa provocar uma ação concreta do agente, por meio de técnicas combinadas que tentam ultrapassar a barreira racional, burilar com as emoções e estimular o consumo. A questão central não está na existência da persuasão e seus efeitos no ato de consumo, mas no grau que a influência externa provoca na autonomia da pessoa e se essa influência é conhecida e gerenciável por ela. Partindo desta constatação, a premissa adotada nesta tese para diferenciar a publicidade tradicional da publicidade comportamental, está no potencial elevado da publicidade comportamental de influenciar os consumidores em um nível individualizado e personalizado. Por intermédio da inovação tecnológica e científica que une as dimensões incalculáveis do big data com o poder preditivo dos algoritmos modelados pelas ciências comportamentais, eleva a persuasão a um patamar nunca visto antes de exploração desmedida das vulnerabilidades pessoais de cada consumidor e, ao mesmo tempo, em uma

escala massificada.¹⁴⁰⁸

As violações da autonomia da vontade foram observadas, também, sob o viés da manipulação de mercado que se aproveita das discussões da economia comportamental e revelam como os agentes econômicos se comportam em um cenário marcado por vieses e heurísticas. Atores racionais voltados ao lucro utilizaram essas “falhas cognitivas” para elevar os seus ganhos. Com o aporte na literatura jurídica, pontuou-se que a manipulação do agir decisório dos consumidores é capaz de enfraquecer significativamente os incentivos de segurança oferecidos pelo ordenamento jurídico e gerar uma nova forma de falha de mercado ligada às premissas behavioristas. Diante dessas supostas falhas, parte da literatura jurídica e algumas instituições internacionais e regionais entendem ser inevitável a adoção de uma regulação jurídica que limite os efeitos negativos da publicidade comportamental online na autonomia da vontade. Confiar apenas na privacidade e nos regulamentos de proteção de dados pessoais não seria suficiente para a proteção dos consumidores no ambiente digital. Contudo, estudos já apontam as dificuldades de uma regulação eficaz para a persuasão ilícita no ciberespaço. Diferentemente da publicidade abusiva tradicionalmente banida por cláusulas gerais ou listas não exaustivas presentes no ordenamento jurídico, a persuasão mediada pela tecnologia é pervasiva, complexa e quase que intangível, uma vez que ela permeia diferentes aspectos das transações realizadas no ciberespaço.

Conforme indica Helen Nissenbaum, “embora a linha entre formas moralmente aceitáveis e inaceitáveis de moldar, manipular e influenciar as ações das pessoas seja tênue, até difusa, a distinção é, no entanto, real e vale a pena ser investigada insistentemente.” (tradução nossa).¹⁴⁰⁹

As “zonas cinzentas” mapeadas nesta tese são capazes de demonstrar preocupações relevantes para o futuro do mercado de consumo diante da exploração científica e tecnológica das fragilidades do ser humano. O “limite” entre persuasão e manipulação abusiva pode não estar claro atualmente, mas a visão embaçada já indica a importância do papel da interpretação jurídica. Como aponta Ryan Calo, “a verdade é que a sociedade está apenas começando a

¹⁴⁰⁸ Nesse ponto, colaciona-se interessante reflexão feita por Ana Frazão: “Enquanto os governantes e a sociedade civil não sabem o que fazer, os agentes empresariais muitas vezes se aproveitam da inação, do excesso de otimismo das pessoas e das zonas de penumbra da regulação para avançar em diversas searas, inclusive por meio de modelos de negócio supostamente imunes a qualquer regulação jurídica. Esse tipo de empreendedorismo - visto por uns como criatividade, por outros como verdadeira fraude - coloca-nos diante de novos questionamentos, que desafiam as posturas simplistas de que novos negócios ou são ‘mais do mesmo’ ou são totalmente diferentes dos serviços tradicionais.” FRAZÃO, Ana. Premissas para a reflexão sobre a regulação da tecnologia. *Jota*, coluna Tecnologia. São Paulo, 16 nov. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p864xuh>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁴⁰⁹ “Although the line between morally acceptable and unacceptable ways of shaping, manipulating, and influencing people’s actions is a fine, even fuzzy one, the distinction is nevertheless real and worth insistent probing.” NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: Technology, Policy, and Social Life*. Stanford: Stanford University Press, 2010. p. 83.

entender como as vastas assimetrias de informação, aliadas ao poder unilateral de projetar os termos legais e visuais da transação, podem alterar o panorama do consumidor.” (tradução nossa).¹⁴¹⁰

É por este motivo que a tese aponta que a “erosão” da autonomia dos consumidores é potencializada pelas limitações apresentadas na teoria da responsabilidade civil que, por sua vez, tem pressupostos configuradores que dificilmente serão satisfeitos no caso concreto dos potenciais danos da publicidade comportamental online. Para densificar tal assertiva, realizou-se um exercício teórico de identificação desses elementos em casos hipotéticos de atos ilícitos advindos da publicidade comportamental. Esse exercício comprovou a existência de dificuldades teóricas. Diante deste cenário, uma proposta foi realizada para reduzir os efeitos negativos ou possíveis danos materiais causados por tais tecnologias, a tese enxergou no “direito ao arrependimento” uma “saída paliativa” disponível no ordenamento jurídico brasileiro. Tal direito possibilita que o consumidor, dentro de sete dias corridos do recebimento ou do acesso ao bem de consumo, repense a transação realizada e desista da compra e seja ressarcido de todos os valores despendidos na compra.

Em situações que revelam uma perturbação à autonomia da vontade e, conseqüentemente, da liberdade de escolha do consumidor, esse tempo de reflexão serve para repensar o ato de consumo. Trata-se de uma solução precária e de baixo alcance. Porém, ela pode funcionar na prevenção dos danos materiais aos consumidores suscetíveis às práticas excessivamente persuasivas, desde que seja acompanhada de políticas de educação para o consumo e de acesso à informação sobre tal direito ao arrependimento. O próximo capítulo aponta soluções mais concretas e eficazes para a proteção do consumidor.

¹⁴¹⁰ “The truth is that society is only beginning to understand how vast asymmetries of information coupled with the unilateral power to design the legal and visual terms of the transaction could alter the consumer landscape.” CALO, Ryan. Digital market manipulation. *George Washington Law Review*. Washington, D.C., v. 82, n. 4, p. 995–1051, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/nhj6pcpx>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 1006.

CAPÍTULO 4

OS DELINEAMENTOS SOBRE O USO EQUILIBRADO DOS DADOS PESSOAIS PARA FINS PUBLICITÁRIOS¹⁴¹¹

Yuval Harari afirma que a sociedade global está diante de um “dataísmo” orientador da riqueza e da geração de conhecimento em diversos setores.¹⁴¹² Seja no ambiente privado da monetização dos dados e segmentação comportamental, seja no ambiente das políticas públicas baseadas em informações extraídas de equipamentos eletrônicos portáteis, a coleta de dados cresce de maneira exponencial. Toda a sociedade está sujeita à “vigilância sistêmica”.¹⁴¹³ O ponto de equilíbrio entre os benefícios e os malefícios do mercado baseado em dados pessoais depende do aperfeiçoamento das regras do jogo e do engajamento coletivo para a proteção dos dados pessoais. O presente capítulo tem como objetivo defender uma abordagem holística entre medidas de proteção jurídica do consumidor e medidas de empoderamento desses indivíduos.¹⁴¹⁴ Nessa linha, a primeira parte deste capítulo (seção 4.1), visa problematizar as medidas jurídicas que podem ser adotadas para otimizar a proteção do consumidor na seara da publicidade comportamental online. A inquietação orientadora consiste em compreender quais ações “paternalistas” podem adequar o quadro jurídico aos potenciais efeitos negativos desse setor. Por outro lado, a segunda parte deste capítulo (seção 4.2), tem como enfoque a otimização da capacitação técnica do consumidor. Busca-se compreender quais medidas de “empoderamento” podem ser tomadas para aprimorar a proteção desses indivíduos.

¹⁴¹¹ Para esta tese, o termo “uso equilibrado” refere-se à utilização do princípio da proporcionalidade em sentido estrito e ao uso regular dos dados pessoais em práticas comerciais. Vide explicação na seção 4.1.2.

¹⁴¹² HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 376-380.

¹⁴¹³ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 575-579.

¹⁴¹⁴ Essa abordagem dual não é uma inovação proposta por este estudo, uma vez que outros pesquisadores já adotaram uma metodologia semelhante para as temáticas que envolvam dados pessoais e tecnologias disruptivas. Nesse sentido, veja:

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 jan. 2022;

BORGESIUUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022;

CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022.

4.1 O uso equilibrado de dados mediante a interseção analítica (e atualizadora) dos regimes jurídicos aplicáveis à publicidade comportamental

Cláudia Lima Marques aponta que “a pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporâneo.”¹⁴¹⁵ Partindo desse *insight*, a presente seção aponta as medidas teóricas e regulatórias capazes de reduzir as “zonas cinzentas” identificadas nos capítulos anteriores. Busca-se, portanto, fundamentar cientificamente se há necessidade de adoção de novas medidas normativas limitadoras do uso comercial de tecnologias publicitárias. O primeiro passo está em compreender a importância do diálogo entre fontes normativas presentes no ordenamento jurídico por meio de uma análise fulcrada na teoria do “diálogo das fontes” (seção 4.1.1). Em seguida, são expostas técnicas regulatórias que podem auxiliar o agente regulador na definição de medidas específicas que limitem ou proíbam determinadas práticas publicitárias violadoras dos direitos do consumidor (seção 4.1.2). Partindo dessa construção, uma “lista negra” exemplificativa foi construída para demonstrar em que pontos uma intervenção regulatória na atividade publicitária pode funcionar como mecanismo de otimização da proteção do consumidor (seção 4.1.3). A seção 4.1.4 conclui.

4.1.1 O papel do diálogo transversal entre os regimes jurídicos publicitários no equilíbrio de interesses contrapostos dos agentes econômicos

A dimensão transversal da publicidade comportamental online já foi demonstrada nos três capítulos anteriores, oportunidade que explorou a aplicação material e processual dos diplomas normativos correlatos. A temática exposta nesta tese perpassa por diferentes setores da sociedade e atrai a aplicação de diferentes diplomas normativos, sendo que dois deles sempre permanecem centrais nas análises interpretativas (o CDC e a LGPD). Existem dificuldades teóricas na aplicação conjunta dessas regras, uma vez que o escopo da LGPD pode conflitar com o CDC. Contudo, em grande medida, parece haver mais “zonas cinzentas” nesses diplomas, do que conflitos aparentes entre as diferentes regras incidentes na atividade comercial publicitária.

Mesmo que tais diplomas apresentem escopos distintos, eles convergem em direção à proteção da pessoa humana e se interligam na ideia de vulnerabilidade de um dos agentes econômicos. Trata-se da vulnerabilidade do consumidor/titular de dados pessoais, diante de sociedades empresárias que exploram comercialmente atividades que colidem com algumas

¹⁴¹⁵ Cláudia Lima Marques em alusão à palestra de Erik Jayme, no curso de direito internacional público da Corte Internacional de Justiça (CIJ), na Haia, Holanda em 1995. MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/5t4wh3t4>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 72.

expectativas de privacidade, saúde e segurança. Esse cenário demonstra a necessidade de coordenação entre as agendas políticas de proteção do consumidor e de proteção de dados pessoais em direção ao uso equilibrado do “big data.”¹⁴¹⁶ O presente tópico visa apresentar diretrizes interpretativas gerais para a coordenação entre os regimes jurídicos incidentes na publicidade comportamental online. Isso será feito por meio dos princípios comuns estabelecidos no CDC e na LGPD, tendo como fonte unificadora da análise a CRFB/88 e como ponto de partida a teoria do “diálogo das fontes”.

Portanto, o “quebra-cabeça” normativo apresentado nesta tese pode ser observado a partir dos apontamentos realizados pela literatura consumerista acerca do “**diálogo das fontes**”, que apresenta um viés interpretativo ligado à análise sistemática de normas espalhadas pelo ordenamento jurídico. De acordo com Cláudia Lima Marques, pesquisadora responsável pela disseminação dessa ideia no Brasil, que tem origens alemãs com Erik Jayme, “o diálogo das fontes é, pois, a aplicação simultânea, compatibilizadora, das normas em conflito, sob a luz da constituição, com efeito útil para todas as leis envolvidas, mas com eficácias (brilhos) diferenciadas a cada uma das normas em colisão, de forma a atingir o efeito social (e constitucional esperado).”¹⁴¹⁷ Continua a autora, afirmando que “o ‘brilho’ maior será da norma que concretizar os direitos humanos envolvidos no conflito, mas todas as leis envolvidas participarão da solução concorrente.”¹⁴¹⁸

Essa linha de raciocínio baseada no “diálogo” foi acatada pelos tribunais brasileiros, sendo que desde 2006 se reconheceu expressamente a sua importância na otimização da proteção do consumidor. Essa importância foi reconhecida inicialmente no julgamento pelo STF da ADI 2.591/2006 (ADI dos bancos).¹⁴¹⁹ Nessa oportunidade o Tribunal julgou improcedente o pedido realizado pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras (Consif), que pleiteava a inaplicabilidade do CDC nas atividades bancárias pela inconstitucionalidade da expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitárias” presente no art. 3º, § 2º, do CDC. Assim, concluiu-se pela incidência do CDC a todas as operações realizadas pelo consumidor diante de uma instituição financeira. Conforme pontuou o Relator

¹⁴¹⁶ Pontua-se que a coordenação entre os setores da proteção de dados pessoais e da proteção do consumidor já foram observados sob o viés administrativo, das agências responsáveis pela formulação e implementação de políticas públicas setoriais (vide seção 2.2.4).

¹⁴¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 667.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 667-668.

¹⁴¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de inconstitucionalidade n. 2.591-1 DF*. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para acórdão: Eros Grau, 7 jun. 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8n6nf8>. Acesso em: 19 jan. 2022.

Ministro Joaquim Barbosa, “(...) o regramento do sistema financeiro e disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver.” Para ele, “em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico.”¹⁴²⁰ Posteriormente, o diálogo das fontes foi reconhecido em inúmeros julgados no STJ, a começar pelo REsp 911.802/2007, que discutiu a legalidade da cobrança de tarifa básica no que tange aos serviços de telefonia.¹⁴²¹

Em face da proteção constitucional do consumidor (art. 5º, XXXII, da CRFB/88), defende Cláudia Lima Marques que a interpretação combinada de dispositivos legais no contexto de uma relação de consumo não pode ser a ele desfavorável, ou seja, o diálogo das fontes não funciona para reduzir a proteção jurídica conferida pela CRFB/88 e pelo CDC.¹⁴²² O “diálogo” funciona para preservar e otimizar a proteção do consumidor diante da constante atualização e compartimentalização de diplomas que tangenciam as relações de consumo.¹⁴²³ Disposições mais específicas e protetivas do consumidor podem ser encontradas, por exemplo, na LGPD.

Anota Bruno Bioni que, diferentemente dos métodos tradicionais de hermenêutica delineadores da preponderância de apenas uma norma em detrimento das demais opções disponíveis, o diálogo das fontes viabiliza a intersecção e complementariedade das normas.¹⁴²⁴ Trata-se de um “‘diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato.”¹⁴²⁵ ¹⁴²⁶ propõe-se, portanto, “uma solução flexível

¹⁴²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de inconstitucionalidade n. 2.591-1 DF*. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para acórdão: Eros Grau, 7 jun. 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8n6nf8>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁴²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *Recurso Especial n. 911.802*. Relator: Min. José Delgado, 24 out. 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8mwyjv>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁴²² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 652.

¹⁴²³ Passa-se da “monossolução” promovida pela hermenêutica tradicional para a “coordenação” entre diferentes regimes jurídicos. MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das Fontes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25.

¹⁴²⁴ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

¹⁴²⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2009. p. 132.

¹⁴²⁶ São exemplos de aplicação do diálogo das fontes, por exemplo, a complementariedade entre CC/02 e CDC; o diálogo entre CDC e MCI; A aplicação de normas civilistas nas relações trabalhistas; a coexistência entre o direito

e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação.”¹⁴²⁷

A concretização desse convívio harmônico entre diferentes diplomas normativos é viabilizado por três tipos de diálogo possíveis, uma forma de operacionalização idealizada por Cláudia Lima Marques.

O primeiro deles é o “**diálogo de coerência**” compreende o fato de uma lei dar o suporte teórico ou conceitual para uma outra lei, “no caso, o código civil, como centro do sistema de direito privado, forma os conceitos básicos para a interpretação e aplicação do direito do consumidor.”¹⁴²⁸ Essa coerência é visível na temática exposta nesta tese. O CDC fornece todo o suporte para a análise da adequação do tratamento de dados pessoais na atividade publicitária comportamental. O diálogo inverso também é perfeitamente possível, pois a análise de uma relação de consumo e das possíveis abusividades concretas depende dos conceitos estabelecidos na LGPD, tal como o conceito de consentimento, de tratamento de dados, de titular de dados etc. Para Bruno Bioni, “essa influência recíproca tem o potencial de garantir unicidade ao sistema jurídico brasileiro de proteção de dados pessoais, a partir de uma lógica de coerência interna da LGPD e externa de outras normas de proteção de dados.”¹⁴²⁹

O segundo consiste no “**diálogo de complementariedade e subsidiariedade**” invoca a adoção da principiologia presente em diplomas normativos distintos que se complementam e oferecem uma solução adequada ao caso concreto. Assim, “não há necessariamente o afastamento de uma lei, ou sua superação por outra, mais nova ou especial, senão que estas

internacional dos direitos humanos e o direito interno etc.

Nesse sentido, veja:

MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 106, ano 25, p. 37-69, jul./ago. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4wftuy8w>. Acesso em: 13 jan. 2022;

CABRAL, Ângelo Antonio; MÔNACO, Maria Del. O Direito Civil e a sua aplicação ao Direito do Trabalho: abordagem histórica e dogmática. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho*. Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 191-208, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/37cvxm32>. Acesso em: 19 jan. 2022;

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno: da exclusão à coexistência da intransigência ao diálogo das fontes*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8tfcd7>. Acesso em: 19 jan. 2022;

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Departamento de Consultoria. Câmara Permanente de Licitações e Contratos. Parecer n. 5/2015/. Processo n. 00593.000847/2013-94. Assunto: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos [...]. Brasília, DF: 26 jul. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/4rat3wp5>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁴²⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2009. p. 132.

¹⁴²⁸ *Ibid.*, p. 135.

¹⁴²⁹ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

normas se complementam na aplicação, em vista do caso que se está a decidir.”¹⁴³⁰ É exatamente o que foi defendido no segundo capítulo desta tese acerca da complementariedade e sobreposição da principiologia dos dois sistemas (consumidor e dados pessoais). Não há como afastar um ou outro porque a análise completa da publicidade comportamental envolve a relação de consumo e o tratamento de dados. Da mesma forma, o MCI também deve ser observado porque ele funciona como diploma complementar para o tratamento de dados não pessoais que são empregados na publicidade comportamental. Já a Lei do Cadastro Positivo também é aplicável no caso concreto quando a perfilização não é exclusivamente para a publicidade, mas envolve tratamento de dados para fins de crédito, vide seção 2.2.

O terceiro e último perfaz o “**diálogo de coordenação e adaptação sistemática.**” Trata-se da transposição da construção científica de uma área para outra. Esse diálogo vai além da letra da lei porque parte da “reflexão doutrinária e jurisprudencial da práxis”, por exemplo da área de proteção de dados pessoais para a área do direito do consumidor. Essa transposição viabiliza uma redefinição e aperfeiçoamento de toda a ciência jurídica.¹⁴³¹ Essa lógica é costumeira e já ocorreu, por exemplo, na migração teórica do princípio da precaução das discussões ambientais para a sistemática das relações de consumo. A incorporação implícita desse princípio no CDC só foi possível por meio da literatura jurídica que partilhou desses conhecimentos estranhos ao direito do consumidor.¹⁴³² “Trata-se da influência do sistema especial no geral e do geral no especial.”¹⁴³³ Novamente, essa modalidade de diálogo para a publicidade comportamental online é muito rica, pois oferece um instrumental presente em diferentes áreas (consumidor, dados pessoais e concorrência). Essa modalidade de diálogo esteve presente nos três primeiros capítulos e fundamentou a construção teórica desenvolvida nesta tese. É nesse sentido que o presente tópico consolida tal linha de raciocínio.

As três vertentes do diálogo das fontes apontadas pela literatura jurídica encontram guarida tanto no CDC, quanto na LGPD e no MCI, principais diplomas analisados nesta tese. A fundamentação jurídica dessa leitura tem respaldo legal na interpretação combinada do art. 7º do CDC, do art. 64 da LGPD e do art. 1º, parágrafo único, do MCI. Todos esses dispositivos legais apregoam o não afastamento de normas que decorrem de disposições previstas em

¹⁴³⁰ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. Op. cit., p. 135.

¹⁴³¹ Ibid.

¹⁴³² Nesse sentido, veja:

¹⁴³³ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

tratados, convenções internacionais, outras leis internas, regulamentos administrativos e dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.¹⁴³⁴ Em julgado proferido no STJ, a Ministra Nancy Andri ghi definiu que o art. 7º da lei nº 8.078/90 “(...) o fixa o chamado diálogo das fontes, segundo o qual sempre que uma lei garanta algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.”¹⁴³⁵

Essa leitura é importante para o campo da publicidade comportamental online, na medida que tanto o CDC quanto a LGPD perfazem leis especiais que regulam aspectos distintos de uma mesma relação jurídica, o que pode gerar conflitos insolúveis pela hermenêutica tradicional. Anota Fuster que enquanto a especialidade do direito do consumidor está em facilitar escolhas entre produtos e serviços e garantir a lisura da transação econômica, a sistemática da proteção de dados tem outros propósitos ligados à transparência do tratamento, às regras do consentimento informado e a segurança na manipulação dessas informações.¹⁴³⁶ Assim, apesar da expressão eleita para a Lei 13.709/2018 ser “Lei Geral de Proteção de Dados”, a LGPD possui certa semelhança com o CDC porque perfaz uma lei específica sobre o tema da proteção de dados pessoais, sendo aplicável a toda e qualquer atividade de tratamento, salvo nas exceções previstas no texto legal. Nessa linha, a LGPD é uma “lei especial” para as atividades de tratamento, sendo que a expressão “geral” contida no seu cabeçalho, de inspiração europeia pelo GDPR, demonstra apenas a oposição da lei geral de dados em relação às leis setoriais que regulam aspectos peculiares de algumas atividades de tratamento de dados.¹⁴³⁷

Dessa forma, a **principiologia** presente no CDC e na LGPD converge em diferentes pontos. Os princípios da boa-fé objetiva, da transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização, encontram guarida nos dois diplomas. O conteúdo material de cada um desses princípios pode ser pontualmente diverso e densificado a partir de qual face

¹⁴³⁴ Veja, por exemplo, o quadro didaticamente construído por Bruno Bioni para demonstrar as possíveis aplicações do diálogo das fontes nas temáticas que envolvam a proteção de dados pessoais como “fio condutor”. BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021. Tópico “5.6 Diálogo das Fontes: LGPD em coordenação com o restante do ordenamento jurídico brasileiro.”

¹⁴³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 1.037.759 RJ*. Relator: Min. Nancy Andri ghi, 23 fev. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9emksz>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁴³⁶ FUSTER, Gloria González. How Uninformed is the Average Data Subject? A Quest for Benchmarks in EU Personal Data Protection. *Revista de Internet, Derecho y Política*. Catalunya, v. 19, p. 92-104, out. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc4u9uk8>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 102.

¹⁴³⁷ Essa visão é fundamentada e defendida por: LEONARDI, Marcel. Aspectos controvertidos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e o Marco Civil da Internet. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 241.

se observa a relação jurídica.¹⁴³⁸ Essa constatação não anula a possibilidade de compatibilização e empréstimo doutrinário da construção realizada em área diversa. Trata-se de oportunidade de aplicação combinada do “diálogo de complementariedade e subsidiariedade” e do “diálogo de coordenação e adaptação sistemática”, explicados acima. Acrescenta Bruno Miragem, que: “A LGPD, ao definir disciplina específica e detalhada para a coleta e tratamento de dados, abrangente inclusive daqueles que digam respeito aos consumidores no mercado de consumo, vai definir e articular uma série de princípios que informam esta atividade.”¹⁴³⁹

Os conteúdos materiais dos princípios presentes nos dois diplomas já foram abordados ao longo desta tese, em momentos oportunos. O ponto interessante a ser agora observado, está no fato de que o conflito entre princípios dos dois sistemas é quase que inexistente, pois tanto o CDC quanto a LGPD partem da desigualdade entre os agentes econômicos que compõe a relação jurídica e revelam uma semelhança teórica para lidar com as diferentes facetas da vulnerabilidade do consumidor/titular de dados. Dessa maneira, inexistindo conflitos principiológicos aparentes, a saída apontada pelo “diálogo das fontes” está na convergência principiológica. Cláudia Lima Marques afirma que “a convergência de princípios é vista hoje como um fato bastante positivo para a coabitação (ou diálogo) das leis novas e antigas no mesmo sistema jurídico.”^{1440 1441}

Alguma controvérsia pode surgir diante da presença de interesses contrapostos entre os agentes que desenvolvem a atividade comercial publicitária e os consumidores. Na LGPD, os fundamentos legais expostos no seu art. 2º, revelam a necessidade de equilíbrio entre as

¹⁴³⁸ Partindo dos diálogos entre CDC e CC/02, Cláudia Lima Marques afirma que “agora os dois Códigos possuem os mesmos princípios e até mesmo muitas cláusulas gerais coincidentes, daí a importância de distinguir suas lógicas, pois este diálogo será justamente mais fino, um diálogo das diferenças, não de ‘dominação’ de uma lei sobre a outra, mas de respeito a suas diversas lógicas.” MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 740.

¹⁴³⁹ MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSELVALD, Nelson (coords.). *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias*. São Paulo: Foco, 2020. p. 58-59.

¹⁴⁴⁰ MARQUES, op. cit., p. 737.

¹⁴⁴¹ Conforme apontado em diferentes passagens desta tese, existem conflitos entre algumas regras presentes no MCI e na LGPD que são resolvidas pelos mecanismos tradicionais do conflito de leis no tempo, pela ab-rogação ou derrogação. No caso das disposições sobre dados pessoais no MCI a literatura jurídica defende a derrogação desse regramento, que foi tratado de maneira mais ampla e diversa na LGPD. Também existem incompatibilidades do sistema de responsabilidade civil previsto no CDC, CC e LGPD, conforme aponta Anderson Schreiber: “a LGPD não foi extremamente feliz no desenho das normas atinentes à responsabilidade civil. Há falhas e omissões que podem e precisam ser sanadas pelo intérprete, em busca de um regime de responsabilidade civil que se afigure, a um só tempo, coerente e eficaz. As diferentes soluções interpretativas devem ser construídas a partir de elementos constantes não apenas da LGPD em si, mas também de outras normas que compõem o tecido normativo brasileiro, em especial as normas constitucionais.” SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil na Lei Gera de Proteção de Dados Pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais. E-book* (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mp27s26>. Acesso em: 19 jan. 2022.

liberdades atreladas à atividade econômica (liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; desenvolvimento econômico, tecnológico e inovação; livre iniciativa e livre concorrência) e proteção da pessoa humana (respeito à privacidade; autodeterminação informativa; intimidade, honra e imagem; defesa do consumidor; direitos humanos). Quando a interpretação perpassar por esses princípios haverá uma “colisão” que também pode ser mediada pela teoria do “diálogo das fontes”, a partir da observância do princípio da proporcionalidade.

O equilíbrio, ou **proporcionalidade em sentido estrito**, está incluso dentro da noção mais ampla do princípio da proporcionalidade que parte de três elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). A adequação e a necessidade são balizadores interpretativos para que se alcance a otimização factualmente possível. Já a proporcionalidade em sentido estrito se refere à otimização em relação aos limites legais. Trata-se de uma leitura fundamentada em Robert Alexy, que baseia as possibilidades jurídicas a partir de princípios concorrentes que devem ser ponderados para que se alcance o equilíbrio principiológico adequado.¹⁴⁴²

Em sua construção sobre normas constitucionais, Alexy realiza a distinção entre regras e princípios. Para o autor “interpretar direitos fundamentais à luz do princípio da proporcionalidade é tratar tais direitos como mandados de otimização, ou seja, como princípios, não simplesmente como regras.” (tradução nossa).¹⁴⁴³ Assim, como requisitos de otimização, “os princípios são normas que exigem que algo seja realizado na medida do possível, dadas as possibilidades fáticas e legais.” (tradução nossa).¹⁴⁴⁴ Apesar desse posicionamento ser adotado na presente tese como mecanismo de ponderação entre princípios aparentemente conflitantes, existem críticos à lógica do equilíbrio principiológico, sendo o mais notável deles o filósofo Jürgen Habermas.¹⁴⁴⁵ O princípio da proporcionalidade é amplamente utilizado e aceito pelo STJ e STF, podendo justificar tanto a interpretação jurídica, quanto a adequação das possíveis

¹⁴⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/28bk965m>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁴⁴³ “(...) interpreting constitutional rights in light of the principle of proportionality is to treat constitutional rights as optimization requirements, that is, as principles, not simply as rules.” ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review, and Representation. *International Journal of Constitutional Law*, [s.l.], v. 3, n. 4, p. 572-581, out. 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2v3a4u36>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 572-573.

¹⁴⁴⁴ “As optimization requirements, principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the factual and legal possibilities.” Ibid.

¹⁴⁴⁵ Acerca do debate entre Alexy e Habermas, veja: GREER, Steven. “Balancing” and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate. *The Cambridge Law Journal*. Cambridge, v. 63, n. 2, p. 412-434, jul. 2004. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n8ee5cc>. Acesso em: 19 jan. 2022.

medidas regulatórias são discutidas nas próximas seções.¹⁴⁴⁶

A partir do princípio da proporcionalidade e da observância integral das normas previstas nos dois sistemas protetivos (CDC e LGPD), parece haver um nível adequado e geral de proteção aos desiguais (consumidores/titulares de dados) diante da publicidade comportamental online no Brasil. Especificamente na preservação da autonomia, os princípios da transparência, segurança e não discriminação podem assegurar a liberdade de escolha desses agentes, caso sejam observados na prática. Contudo, trata-se de uma percepção teórica que já foi rebatida nos capítulos antecessores que revelaram a insuficiência normativa diante da inovação tecnológica. Tal insuficiência é representada pela presença de dois **entraves sistêmicos**, que impactam no uso comercial equilibrado de dados pessoais para os fins publicitários.¹⁴⁴⁷

O primeiro entrave está na adoção recente da LGPD. Trata-se de um problema temporário que tende a ser corrigido com o tempo. Ainda não houve tempo suficiente para o fortalecimento da fiscalização e da conformidade em dados pessoais. Trata-se de uma nova cultura no contexto brasileiro e que precisa de maturação e de adequada coordenação das agências abordadas no segundo capítulo desta tese, especialmente da tríade ANPD, SENACON e Cade. Não obstante, a falta de pessoal e a precariedade nos recursos empregados nesse meio tendem a reduzir o alcance da LGPD nos próximos anos. Isso não afasta a possibilidade de o Judiciário brasileiro definir limites mais específicos na utilização lícita dos dados pessoais na publicidade comportamental, bem como na caracterização da abusividade de algumas práticas. Um passo importante foi dado pelo STF rumo à concretização do direito fundamental à proteção dos dados pessoais e que pode fortalecer a cultura da proteção de dados no ciberespaço.¹⁴⁴⁸

O segundo entrave está na técnica legislativa utilizada nesses diplomas. Não se trata de um problema exclusivo do CDC e da LGPD, sendo comum em normas abrangentes e que estabelecem as diretrizes gerais de determinado setor. Trata-se da utilização excessiva de “normas abertas” e “cláusulas gerais.” Isso ocorre na tentativa do legislador de cobrir a maior gama de possíveis situações fáticas que poderão ocorrer, o que blinda, de certa forma, as

¹⁴⁴⁶ Cabe mencionar que o princípio da proporcionalidade foi incorporado na LGPD para orientar a utilização equilibrada e justa de dados pessoais. Os princípios expressos da finalidade, da adequação e da necessidade indicam, na verdade, a própria substância do princípio da proporcionalidade subdividida em categorias. Portanto, o intérprete está vinculado à análise da proporcionalidade no que tange ao tratamento de dados e, também, ao “diálogo das fontes” que viabiliza a combinação de princípios e regras estabelecidos fora da LGPD.

¹⁴⁴⁷ Esses dois problemas já foram igualmente constatados por Frederik Zuiderveen Borgesius, em sua tese de doutoramento no contexto da União Europeia: BORGESIUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁴⁴⁸ Vide seção 2.2.1, desta tese.

disposições legais da presença de um número maior de “lacunas” ou “zonas cinzentas.”

A constante inovação tecnológica pode minar qualquer tentativa de adoção de regras específicas nesses diplomas protetivos do consumidor e dos dados pessoais. A estratégia dos enunciados gerais que compõe tais normas possibilita, também, que haja uma maleabilidade e atualização constante por meio de outros instrumentos legais ou, até mesmo, de instrumentos autorregulatórios. Contudo, as normas abertas apresentam fragilidades. Frederik Borgesius menciona que “normas abertas podem tornar a lei difícil de aplicar para empresas, difícil de entender para titulares de dados e difícil de gerar o *enforcement* pelas autoridades de proteção de dados.” (tradução nossa).¹⁴⁴⁹ O autor argumenta que expressões amplas como “razoavelmente”, “necessário” e “legítimo interesse” deixam uma margem muito larga para a interpretação, que tende a ser não uniforme e demasiadamente subjetiva, o que gera insegurança jurídica.¹⁴⁵⁰

As normas abertas presentes na LGPD e no CDC revelam que a estratégia regulatória adotada no Brasil foi baseada em princípios, seguindo a tendência europeia do GDPR. A título de acréscimo aos estudos de regulação presentes na seção 1.2.1, menciona-se que para Baldwin et al, “os princípios são usados para delinear objetivos e valores regulatórios, e os regulados são deixados livres para desenvolver seus próprios sistemas para servir a tais princípios.” (tradução nossa).¹⁴⁵¹ Dessa forma, a “regulação baseada em princípios” funciona como um “método de encorajar os regulados a pensar por si próprios e assumir abordagens responsivas.” (tradução nossa).¹⁴⁵² Para os autores, essa lógica funciona quando a parcela majoritária das sociedades empresárias é responsável na observância dos preceitos legais (*compliance*), pois inversamente poderia haver uma subversão da norma *hard law* em uma espécie de “convite para discussão” ao invés de uma regra cogente que deve ser aplicada. Nesse sentido, Baldwin et. at. Afirmam que:

Mesmo que haja um acordo geral sobre os princípios que regem um regime, o grupo relevante de atores reguladores pode tratar esses princípios não como uma declaração de objetivos, mas como pontos de partida para debates sobre objetivos substantivos - debates em que eles se envolvem com diferentes concepções de o jogo em que está participando e diferentes entendimentos sobre os principais aspectos desse jogo (como

¹⁴⁴⁹ “Opens norms can make the law hard to apply for firms, hard to understand for data subjects, and hard to enforce for Data Protection Authorities.” BORGESIUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Op. cit., p. 344.

¹⁴⁵⁰ Ibid.

¹⁴⁵¹ “(...) principles are used to outline regulatory objectives and values and regulates are left free to devise their own systems for serving such principles.” BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. New York: Oxford, 2012. p. 302-303.

¹⁴⁵² “(...) is a method of encouraging regulates to think for themselves and assume responsible approaches.” Ibid.

o que constitui ‘conformidade’ ou uma ‘prática razoável’). (tradução nossa).¹⁴⁵³

Essa ampla margem para a interpretação, que pôde ser constatada na eleição da base jurídica para o tratamento de dados pessoais no contexto da publicidade comportamental. A longa digressão e pesquisa científica realizada foi necessária para responder se seria adequado o consentimento informado ou o legítimo interesse. Isso indica que há boas razões para a utilização de regras mais específicas que disponham sobre os limites concretos e direcionados para atividades comerciais específicas, tal como o marketing e publicidade. Existem desafios ligados à necessidade de continua atualização, mas trata-se de um custo que pode ser menor que os benefícios a ser angariados na proteção jurídica dos consumidores. Em comentário sobre os escritos de Simitis ainda na década de 1990, Frederik Borgesius afirma que:

Já em 1994, Simitis argumentava que a Diretiva de Proteção de Dados deveria ser complementada com regras específicas do setor. ‘Os regulamentos gerais de processamento de dados são apenas um primeiro passo. Quanto mais específicos os problemas de processamento, menos as regras gerais ajudam. Embora possam indicar a direção a ser seguida, eles não especificam soluções apropriadas para contextos de processamento específicos.’ (tradução nossa).¹⁴⁵⁴

Foi nesse meandro que, em uma “dobradinha”: (i) o CDC auxiliou tanto na indicação do consentimento informado como base jurídica mais protetiva do consumidor, que está em uma situação de (hiper)vulnerabilidade no contexto do ciberespaço; e, (ii) a LGPD indicou aspectos específicos que podem levar à abusividade de algumas práticas de tratamento de dados no setor publicitário. Apesar disso, essa solução hermenêutica parece ser demasiadamente precária diante da complexidade tecnológica empregada na publicidade comportamental que, como defendido no terceiro capítulo, traz desafios importantes para a ciência jurídica como um todo.

Assim, a flexibilidade presente nos sistemas protetivos do consumidor e dos dados pessoais perfaz uma estratégia regulatória que traz custos para a segurança jurídica, pois fornece uma margem muito ampla de atuação do intérprete. A preponderância da atividade

¹⁴⁵³ “Even if there is general agreement on the governing principles for a regime, the relevant group of regulatory actors may treat those principles not as a statement of objectives but as starting points for debates on substantive aims – debates that they engage in with different conceptions of the game being participated in and different understandings regarding key aspects of that game (such as what constitutes “compliance” or a “reasonable practice”).” BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. New York: Oxford, 2012. p. 304.

¹⁴⁵⁴ “As far back as 1994 Simitis argued that the Data Protection Directive should be supplemented with sector specific rules. ‘Omnibus regulations of data processing are merely a first step. The more specific the processing issues are, the less general rules help. Although they may indicate the direction to be followed, they do not specify solutions appropriate for particular processing contexts.’” SIMITIS, S. From the market to the polis: The EU Directive on the protection of personal data. *Iowa Law Review*, [S.l.], v. 80, n. 455, 1994. Apud. BORGESIOUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022.

hermenêutica nessa seara leva à conclusão de que o papel da análise transversal entre os regimes jurídicos consiste em apontar, com base na principiologia coincidente e complementar dos dois sistemas, as soluções mais adequadas para a realização da proteção da pessoa humana, que neste caso está especificada na proteção jurídica do consumidor diante da atividade publicitária disruptiva.

Há ganhos significativos na utilização do “diálogo das fontes” como ferramenta a ser operada pelo intérprete na harmonização setorial da atividade publicitária que garanta efetivamente a observância dos princípios e regras gerais previstas em ambos os sistemas. Apesar disso, o equilíbrio do uso comercial de dados pessoais depende da otimização da fiscalização e da aplicação concreta das regras atuais. O enfoque excessivo no consentimento informado acabou por ofuscar o fato de que, independentemente da presença do consentimento voluntário, informado, livre e transparente, ou, ainda, sujeito aos infortúnios da neurociência, todo o regramento protetivo de dados pessoais e do consumidor deve ser observado e respeitado.

Em um cenário ideal, a principiologia presente no CDC e na LGPD oferece uma ampla proteção às pessoas, limitando o agir abusivo do setor publicitário mesmo que elas estejam totalmente alheias aos riscos da publicidade comportamental. Na ausência de um cenário ideal onde a miríade de agentes publicitários observa todos os preceitos legais e autorregulatórios e inexistem falhas de mercado, o equilíbrio entre os interesses contrapostos parece depender da adoção de regras cogentes mais específicas para o setor. Trata-se da temática abordada na próxima seção.

4.1.2 Complementariedade normativa como via protetiva da autonomia dos consumidores no contexto publicitário: transparência ou opacidade?

Os *insights* da economia comportamental combinados com as “zonas cinzentas” presentes no ordenamento jurídico, demonstraram que mais regras podem ser necessárias para otimizar a proteção do consumidor, diante das práticas comerciais da publicidade comportamental online. Contudo, o questionamento central da discussão regulatória está na adoção de regras proibitivas no setor publicitário, que possui garantias constitucionais já abordadas nesta tese (seção 2.1.1), tal como a garantia da liberdade de expressão publicitária.¹⁴⁵⁵ Para identificar a necessidade e a adequação de novas regras cogentes, utilizou-

¹⁴⁵⁵ Ressalvando a existência de divergências doutrinárias sobre a liberdade de expressão publicitária, mencionadas naquela oportunidade.

se da construção teórica de Paul de Hert e Serge Gutwirth.¹⁴⁵⁶ Já o questionamento secundário consiste em problematizar se essa “nova regulação” revelaria um excesso desnecessário ou um “paternalismo indevido” na atividade econômica baseada em dados pessoais.¹⁴⁵⁷

O estudo realizado por Paul de Hert e Serge Gutwirth sobre privacidade, proteção de dados e novas tecnologias empregadas no processo penal, identificou duas categorias de **instrumentos regulatórios** disponíveis que podem auxiliar na manutenção da autonomia da pessoa humana e da democracia. Os autores entendem que o legislador pode se valer de regras que envolvam a transparência e o controle da atividade pública ou privada (ferramentas de transparência) e/ou regras que proíbam determinadas condutas lesivas promovidas por esses agentes (ferramentas de opacidade).¹⁴⁵⁸ Enquanto a proteção de dados pessoais e o processo penal são predominantemente setores caracterizados e regulados pelas ferramentas de transparência, o direito constitucional à privacidade liga-se às ferramentas de opacidade. A fundamentação teórica dos dois tipos de instrumentos regulatórios, que para os autores são complementares, nasce da ideia de estado democrático de direito.¹⁴⁵⁹ Visam controlar e limitar o poder exercido pelo Estado sobre os particulares ou, ainda, o poder exercido entre os próprios particulares.¹⁴⁶⁰ Trata-se de instrumentos exclusivamente estatais. Porém, a autorregulação e a correção podem atuar conjuntamente com essas ferramentas, reforçando a transparência e fiscalização da atividade desenvolvida.

Nessa linha, o instrumento regulatório da “**transparência**” funciona como uma

¹⁴⁵⁶ GUTWIRTH, Serge; DE HERT, Paul. Privacy, data protection and law enforcement: opacity of the individual and transparency of power. In: CLAES, Erik; GUTWIRTH, Serge; DUFF, Antony. *Privacy and the Criminal Law*. [S.l.]: Intersentia, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc7escee>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁴⁵⁷ As considerações sobre o paternalismo no setor da proteção de dados presentes nesta tese foram inspiradas na tese: BORGESIUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁴⁵⁸ GUTWIRTH, op. cit.

¹⁴⁵⁹ HERT, Paul de; GUTWIRTH, Serge. *Making sense of privacy and data protection: a prospective overview in the light of the future of identity, location based services and the virtual residence*. Brussel: Institute For Prospective Technological Studies, 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/5fe497u6>. Acesso em: 30 ago. 2021.

¹⁴⁶⁰ De forma complementar, menciona-se que os autores Baldwin, Cave e Lodge apresentam cinco estratégias regulatórias que são utilizadas pelo Estado para regular diretamente determinada matéria. As estratégias de regulação visam: (i) instituir uma esfera de comando e controle, para persecução dos objetivos comuns definidos em sociedade; (ii) implementar riqueza, onde o estado atua para influenciar condutas que otimizem a economia por meio de concessões, contratos e empréstimos; (iii) influenciar mercados, com o objetivo de canalizar forças competitivas e fomentar determinados setores econômicos; (iv) informar e capacitar as pessoas, principalmente implementando informações de maneira estratégica, tal como a informação que deve ser disponibilizada aos consumidores; (v) realizar uma ação direta, em que o Estado por meio de seus agentes precisam atuar para conter ações danosas ou abusivas provocadas aos cidadãos por agentes públicos ou privados; ou, (vi) conferir direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, por meio de regras que promovem responsabilidades e condutas estruturadas para criar incentivos ou instituir limitações desejadas. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. New York: Oxford, 2012. p. 105.

ferramenta que canaliza os procedimentos adequados para garantir a licitude e a legitimidade da atividade comercial desenvolvida. A transparência atua como um limitador do poder por meio de instrumentos que garantem a fiscalização da atuação dos agentes públicos e, também, dos agentes privados que desenvolvem atividades econômicas. As “boas práticas” são fomentadas para que o poder público e os agentes privados respeitem os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico e concretizem o ferramental de controle e transparência das atividades por eles desenvolvidas. Trata-se de uma forma de garantir o uso legítimo do poder em sociedade. As ferramentas de transparência são especialmente úteis para a relação entre particulares que estão em uma situação de desequilíbrio ou vulnerabilidade, tal como ocorre entre fornecedor/agente de tratamento e consumidor/titular de dados, porque instituem mecanismos que canalizam o poder e buscam reduzir assimetrias existentes, sem proibir de maneira absoluta as práticas comerciais. Essa lógica garante a preservação da liberdade da atividade econômica caracterizadora da iniciativa privada e evita a interferência indevida do Estado na atividade econômica.

Por outro lado, as **ferramentas de “opacidade”** visam criar “zonas de não interferência na esfera privada” por meio de proibições expressas, com o objetivo de preservar a liberdade individual da pessoa humana e garantir o bem-estar social.¹⁴⁶¹ Trata-se de uma conquista advinda da primeira geração de direitos humanos, que garantiu o reconhecimento constitucional da preservação da autonomia e autodeterminação individual, que deveria ser livre, portanto, da interferência estatal excessiva ou injustificada. Um exemplo de não interferência está na inviolabilidade do domicílio e das correspondências. Nesses casos, há uma proibição *ex ante* que veda a interferência indevida de agentes públicos e privados no ambiente privado de terceiros. Não se trata de um direito absoluto. Existem exceções previstas legalmente, mas a lógica proibitiva é preponderante no texto legal. Explicam os autores que, “o legislador assume o lugar do indivíduo como árbitro principal dos atos desejáveis ou indesejáveis que infringem a sua liberdade.” (tradução nossa).¹⁴⁶²

O direito à privacidade constitui-se como uma ferramenta de opacidade.¹⁴⁶³ Tal direito

¹⁴⁶¹ GUTWIRTH, Serge; DE HERT, Paul. Privacy, data protection and law enforcement: opacity of the individual and transparency of power. In: CLAES, Erik; GUTWIRTH, Serge; DUFF, Antony. *Privacy and the Criminal Law*. [S.l.]: Intersentia, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc7escee>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁴⁶² “Through these tools, the legislator takes the place of the individual as the prime arbiter of desirable or undesirable acts that infringe on liberty.” Ibid., p. 8.

¹⁴⁶³ Para Paul de Hert e Serge Gutwirth “‘Opacity’ designates a zone of non-interference which in our opinion must not be confused with a zone of invisibility: privacy for instance does not imply secrecy, it implies the possibility of being oneself openly without interference. Another word might have been ‘impermeability’ which is too strong and does not contrast so nicely with ‘transparency’ as ‘opacity’ does.” Ibid., p. 7.

visa, primariamente, preservar a esfera privada e íntima do indivíduo das interferências externas de agentes públicos e privados. A privacidade atrela-se à liberdade individual para garantir e preservar a autonomia do indivíduo em sociedade. Por este motivo, a privacidade também acaba exercendo um papel positivo quando fornece o instrumental para a livre construção da personalidade da pessoa humana, da sua autodeterminação, da sua liberdade de escolha e da formação de opiniões. Trata-se de uma concepção clássica de privacidade que encontra guarida na dicotomia “público-privado”.¹⁴⁶⁴ Por esse viés, a preservação do espaço privado é essencial para a existência sustentável do espaço público.

No primeiro ensaio acadêmico do ocidente a defender o direito à privacidade (1890), os autores Brandeis e Warren registraram as suas preocupações com os impactos negativos do desenvolvimento tecnológico na esfera privada com a comercialização de máquinas fotográficas portáteis e de impressão automatizada. Para os pioneiros na temática, o “right to be let alone” era justificável na medida que a “fofoca” tinha deixado “de ser um vício ocioso para se tornar uma importante ferramenta de barganha, verdadeiro produto e comercializado como tal”.¹⁴⁶⁵ (tradução nossa). O fomento dos jornais impressos e dos registros fotográficos facilitados pela tecnologia da época, permitiram o crescimento da indústria jornalística que explorava notícias e “fofocas” sobre a vida privada das pessoas.¹⁴⁶⁶ Eles pontuavam que essa “invasão injustificada da privacidade individual deve(ria) ser repreendida e, tanto quanto possível, prevenida.”¹⁴⁶⁷ (tradução nossa). Os autores reivindicavam, portanto, a adoção do instrumento regulatório de opacidade, com vistas a preservar o espaço físico privado dos cidadãos.

Por outro lado, os regulamentos de proteção de dados são bons exemplos de “ferramenta de transparência” porque instituem uma série de direitos aos titulares de dados e boas práticas para o tratamento de dados por agentes públicos e privados, que auxiliam na correção dos desequilíbrios e dos abusos praticados. Parte-se da proteção da pessoa humana sujeita à atividade de tratamento. O objetivo dessas leis está em “garantir que os dados pessoais sejam processados de forma que seja improvável que a integridade pessoal e a privacidade

¹⁴⁶⁴ Essa dicotomia e coexistência dos espaços públicos e privados pode ser observada, por exemplo, em Arendt e Habermas. Contudo, a presente tese não adentra nessa temática.

¹⁴⁶⁵ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890. Disponível em: <https://tinyurl.com/7ampa68t>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 196.

¹⁴⁶⁶ Como visto no primeiro capítulo (seção 1.1.1), a indústria publicitária auxiliou no fomento dessa atividade jornalística.

¹⁴⁶⁷ WARREN, BRANDEIS, op. cit. p. 220.

sejam violadas ou invalidas.” (tradução nossa).¹⁴⁶⁸ Por outro lado, os agentes que realizam o tratamento possuem o direito de processar tais dados, desde que encontrem uma base jurídica adequada para o processamento, o que nem sempre perpassa pelo consentimento informado. Nessa seara, a regulação visa preservar o fluxo de informações. Não se adota uma lógica estritamente proibitiva *ex ante*. As salvaguardas de cunho material e processual visam proteger a privacidade dos titulares e garantir a responsabilização em determinadas circunstâncias. Contudo, “os regulamentos de proteção de dados criam um quadro jurídico baseado no pressuposto de que o tratamento de dados pessoais é, em princípio, legítimo e lícito.” (tradução nossa).¹⁴⁶⁹

Isso não quer dizer que inexistem mecanismos de opacidade na LGPD. Um dos exemplos está no regramento mais restritivo ao uso de dados pessoais sensíveis, devido aos riscos que tal processamento pode gerar aos titulares. Contudo, grande parte das restrições não são proibitivas da atividade de tratamento. Elas são, na verdade, condicionantes de uma ação específica que o agente de tratamento deve tomar para tornar o tratamento de dados regular, tal como solicitar o consentimento destacado, utilizar o mínimo de dados possível e observar estritamente a finalidade do tratamento (vide art. 6º, inciso I; art. 11, caput e inciso I, ambos da LGPD). A exceção claramente proibitiva fica por conta dos dados sensíveis de saúde que não podem ser compartilhados com terceiros com o objetivo de obter vantagem econômica ou serem utilizados pelos planos privados de assistência à saúde na avaliação de risco em contratações de seguros (vide art. 11, §§ 4º e 5º, da LGPD).

Resumidamente, “de um lado, as ferramentas de opacidade estabelecem os limites das interferências do poder público e da iniciativa privada na vida do cidadão e, do outro lado, as ferramentas de transparência canalizam e regulam o uso legítimo do poder.” (tradução nossa).¹⁴⁷⁰ Isso indica que o legislador deve observar os dois lados da moeda e decidir pela adoção combinada desse ferramental ou pela adoção de apenas um deles. As abordagens não são excludentes. Elas dependem das escolhas políticas realizadas durante o processo de elaboração da norma. Inclusive, podem ser suscetíveis de modificações com o tempo. Nessa

¹⁴⁶⁸ “Its purpose is to ensure that personal data are processed in ways that make it unlikely that personal integrity and privacy will be infringed or invaded.” GUTWIRTH, Serge; DE HERT, Paul. Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power. In: CLAES, Erik; GUTWIRTH, Serge; DUFF, Antony. Privacy and the Criminal Law. [S.l.]: Intersentia, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc7escee>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 15.

¹⁴⁶⁹ “The data protection regulations create a legal framework based upon the assumption that the processing of personal data is in principle allowed and legal.” Ibid., p. 16.

¹⁴⁷⁰ “The opacity tools establishing the limits of interferences in an individual's life by public and private powers on the one hand, and the transparency tools channeling and regulating the legitimate use of power on the other hand.” Ibid., p. 30.

linha, a abordagem predominantemente na LGPD pelo ferramental da transparência pode ser modificada para uma abordagem da opacidade. Assim, “a busca da abordagem da transparência (regulamentar em vez de proibir) pode, depois de algum tempo e a prática, mostrar que a abordagem da opacidade é preferível (ou vice-versa) ou que um melhor equilíbrio entre as duas abordagens deve ser repensado.” (tradução nossa).¹⁴⁷¹

Esses ajustes foram realizados, por exemplo, na Lei do Cadastro Positivo. Antes da modificação promovida pela Lei Complementar n. 166/2019, o cadastro positivo para fins de crédito possuía uma abordagem *opt-in*, ou seja, dependia de autorização prévia dos consumidores, sendo vedado aos gestores dos bancos de dados incluí-los sem a coleta do “consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada”.¹⁴⁷² Tratava-se de uma abordagem proibitiva que se assemelhava à ideia de opacidade. Após a alteração legislativa promovida por fortes movimentos do setor econômico interessado nas informações de crédito dos consumidores, o cadastro positivo se tornou *opt-out*, o que viabilizou a inclusão automática de todos os consumidores nos bancos de dados de crédito.¹⁴⁷³ O que permite, ainda, a atualização constante das informações e o seu compartilhamento com terceiros (vide a nova redação do art. 4º da Lei do Cadastro Positivo).¹⁴⁷⁴ O direito de cancelamento do cadastro permanece intacto. Contudo, os insights da economia comportamental revelam que essa opção de exclusão será realizada por poucos consumidores.

Contudo, surgem dúvidas acerca do que deveria ser protegido por ferramentas de transparência e o que deveria ser assegurado pelas ferramentas de opacidade. Essa discussão é

¹⁴⁷¹ “As a result, pursuit of the transparency approach (regulating instead of prohibiting) might after some time and practice show that the opacity approach is preferable (or vice versa) or that a better balance between the two approaches should be devised.” GUTWIRTH, Serge; DE HERT, Paul. Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power. In: CLAES, Erik; GUTWIRTH, Serge; DUFF, Antony. Privacy and the Criminal Law. [S.l.]: Intersentia, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc7escee>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 31.

¹⁴⁷² Redação revogada pela Lei Complementar n. 166/2019: “Art. 4º A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.” BRASIL. Presidência da República. Mensagem de Veto n. 188, de 9 de junho de 2011. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s3e4py2>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁴⁷³ O aprofundamento da temática pode ser realizado na obra de referência: BESSA, Leonardo Roscoe. *Nova Lei do Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, com as alterações da Lei Complementar n. 166/2019 e de acordo com a LGPD*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

¹⁴⁷⁴ Vide redação legal: “art. 4º O gestor está autorizado, nas condições estabelecidas nesta Lei, a: I - abrir cadastro em banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas; II - fazer anotações no cadastro de que trata o inciso I do caput deste artigo; III - compartilhar as informações cadastrais e de adimplemento armazenadas com outros bancos de dados; (...)” BRASIL. *Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016*. Marco Civil da Internet. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2uwssevz>. Acesso em: 12 jan. 2022.

relevante para definir quais são os critérios que podem guiar a limitação ou a proibição de determinadas práticas comerciais publicitárias que fogem do controle jurídico tradicional abordado nesta tese. A abordagem holística entre os setores da proteção do consumidor e dados pessoais é providencial para compreender tais critérios e a real necessidade de uma abordagem regulatória específica para a publicidade comportamental online. Pode-se adiantar que, nesses casos, “haverá dependência de proteção de dados e outras ferramentas de transparência por padrão e que apenas em casos raros ou após a devida consideração dos riscos reais serão tomadas medidas proibitivas de opacidade para proteger direitos e liberdades (...)” (tradução nossa).¹⁴⁷⁵

Assim, é possível defender que medidas proibitivas podem ser utilizadas para coibir os riscos das tecnologias disruptivas empregadas na publicidade comportamental. Como visto nesta tese, algumas práticas comerciais publicitárias podem gerar danos materiais e imateriais aos consumidores, seja na discriminação injusta de preços e pessoas, seja na instituição de designs manipuladores da tomada de decisões (por exemplo, paredes de rastreamento ou avisos de consentimento na modalidade “tudo ou nada”).¹⁴⁷⁶ Tais proibições visariam, portanto, preservar a autonomia individual do consumidor diante das influências externas indevidas e dos desequilíbrios de poder entre os agentes econômicos.

Seguindo a proposta de Paul de Hert e Serge Gutwirth, é possível apontar **cinco critérios específicos** para o setor do tratamento de dados pessoais, que o legislador pode utilizar para decidir em quais situações serão necessárias **regras mais rígidas e proibitivas** de determinadas condutas indesejadas em uma sociedade marcada pelo rastreamento sistêmico. Esses fatores servem para justificar a necessidade de proibições específicas. Eles são aplicados posteriores à constatação da falha do ordenamento jurídico em proteger adequadamente os consumidores no contexto publicitário.

Em primeiro lugar, ferramentas de opacidade podem ser necessárias para proteger a inviolabilidade do lar ou de outros espaços físicos que promovam a segurança e a confiança para que a pessoa se desenvolva e integresse ao seu grupo familiar. As pessoas precisam de

¹⁴⁷⁵ “It can be assumed that there will be reliance on data protection and other transparency tools by default and that only in rare cases or after due consideration of actual risks will prohibitive opacity measures be taken to protect rights and freedoms and to promote trust in the Information Society.” GUTWIRTH, Serge; DE HERT, Paul. Privacy, data protection and law enforcement: opacity of the individual and transparency of power. In: CLAES, Erik; GUTWIRTH, Serge; DUFF, Antony. *Privacy and the Criminal Law*. [S.l.]: Intersentia, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc7escee>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 32.

¹⁴⁷⁶ BORGESIUUS, Zuiderveen; KRUIKEMEIER, S; BOERMAN, Sophie C; HELBERGER, N. Tracking Walls, take-it-or-Leave-it choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation. *European Data Protection Law Review*. Amsterdam, v. 3, n. 3, p. 1-16, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckt2h4z>. Acesso em: 13 jan. 2022.

espaços privados para refletir sobre suas vidas e “estar consigo mesmas” sem a interferência indevida de terceiros.¹⁴⁷⁷ Tais locais privados perfazem “santuários” onde a intimidade, solidão e anonimato são características intrínsecas. A preservação do lar perfaz um dos direitos humanos mais antigos e amplamente consagrado em documentos internacionais. Esse direito, que também revela uma das facetas da privacidade, se tornou essencial diante da inovação tecnológica. Principalmente frente à ruptura da lógica online/off-line, em que os equipamentos eletrônicos conseguem captar uma série de percepções ambientais do mundo off-line e carregá-los para o mundo online, para que haja monetização dos dados e a segmentação comportamental.¹⁴⁷⁸ Diante das inovações da “casa conectada”, da inteligência artificial e dos equipamentos portáteis que compartilham uma miríade de dados do usuário e do seu lar, esse primeiro fator indica a necessidade de maior proteção da privacidade das pessoas.¹⁴⁷⁹

Em segundo lugar, “as ferramentas de natureza proibitiva são obviamente necessárias quando outros direitos humanos firmemente enraizados (costumeiramente ou na lei) estão em jogo, tal como o direito à correspondência e o conteúdo protegido da comunicação.” (tradução nossa).¹⁴⁸⁰ Trata-se de um segundo aspecto da perspectiva da privacidade como limitação da intimidade e da vida privada. Nesta tese, ficou evidenciado que o direito humano à autonomia da vontade (art. 3, da DUDH) pode estar em risco diante das práticas publicitárias comportamentais, assim como o direito à privacidade (art. 12, da DUDH), o direito à liberdade de expressão e informação (art. 19 da DUDH) e o direito à igualdade de tratamento (art. 7, da DUDH). Portanto, existem direitos humanos em jogo que não se referem apenas aos anúncios publicitários segmentados, mas a potencialidade lesiva das práticas comerciais em outros setores sociais, tais como o enviesamento no consumo de entretenimento, cultura e educação.

Em terceiro lugar, certas proibições podem ser necessárias diante do potencial discriminatório da formação de perfis automatizados ou da exploração comercial de dados pessoais sensíveis.¹⁴⁸¹ Essas ferramentas de opacidade estão presentes em alguns regulamentos

¹⁴⁷⁷ GUTWIRTH, op. cit., p. 36.

¹⁴⁷⁸ BERGEMANN, Drik; BONATTI, Alessandro. Targeting in Advertising Markets: Implications for Offline vs. Online Media. *The RAND Journal of Economics*, [s.l.], v. 42, n. 3, p. 417-443, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p94r849>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁴⁷⁹ BURDON, Mark. *Digital Data Collection and Information Privacy Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/35ukj2js>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁴⁸⁰ “(...) tools of a prohibitive nature are obviously required when other firmly rooted (in tradition or in law) human rights are at stake, such as the right to have correspondence and the content of communication protected.” GUTWIRTH, Serge; DE HERT, Paul. Privacy, data protection and law enforcement: opacity of the individual and transparency of power. In: CLAES, Erik; GUTWIRTH, Serge; DUFF, Antony. *Privacy and the Criminal Law*. [S.l.]: Intersentia, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc7escee>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 36.

¹⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 37.

de proteção de dados pessoais, tal como pontuado acima. Contudo, no contexto brasileiro não existem vedações aos perfis comportamentais automatizados ou das categorias de dados que poderão ser neles utilizados. Uma das saídas para reduzir esses efeitos discriminatórios está na observância da proibição geral das práticas abusivas. Contudo, trata-se de medidas posteriores ao dano, o que indica a necessidade de adoção de proibições específicas na LGPD ou em regulamentos correlatos acerca das vedações na formação de perfis comportamentais.

Em quarto lugar, “a necessidade de opacidade pode ser extraída da função dos direitos humanos na promoção e incentivo à cidadania”. (tradução nossa).¹⁴⁸² Quando as práticas comerciais que envolvem tratamento de dados começam a ameaçar valores caros à sociedade democrática, há indícios da necessidade de regras mais proibitivas. Essas preocupações ficaram evidenciadas no caso Cambridge Anaytica, em que sociedades empresárias se utilizaram de tecnologias empregadas no setor publicitário para influenciar eleições em diferentes países democráticos.¹⁴⁸³ Para além disso, a potencial manipulação comportamental promovida no ciberespaço pode acabar minando a autonomia e liberdade de escolha do cidadão em todos os setores da sociedade, uma vez que o ambiente digital funciona como um intermediário de grande parte das relações humanas e institucionais.

Em quinto e último lugar, “as ferramentas de opacidade podem ser implementadas quando houver interesse da sociedade em encerrar os debates em andamento e quando houver necessidade de aumentar a segurança jurídica.” (tradução nossa).¹⁴⁸⁴ Este último critério é especialmente importante nesta tese diante da presença maciça de cláusulas gerais e normas abertas que regem o tema da publicidade comportamental online. No CDC existem as normas abertas relativas à publicidade e às práticas consideradas abusivas, que abrangem uma infinidade de práticas ilícitas. Como visto no tópico anterior, essa técnica regulatória acaba dificultando a aplicação concreta. Por outro lado, a LGPD também não foi suficientemente clara ao delinear as hipóteses limitantes e proibitivas do tratamento de dados pessoais realizado por intermédio das tecnologias disruptivas (na extração, divulgação de dados e segmentação comportamental).¹⁴⁸⁵ Dessa forma, o encerramento das controvérsias interpretativas apontadas

¹⁴⁸² “(...) a need for opacity can be drawn from the function of human rights in promoting and encouraging citizenship. When.” GUTWIRTH, Serge; DE HERT, Paul. Privacy, data protection and law enforcement: opacity of the individual and transparency of power. In: CLAES, Erik; GUTWIRTH, Serge; DUFF, Antony. *Privacy and the Criminal Law*. [S.l.]: Intersentia, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc7escee>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁴⁸³ Veja as considerações realizadas no caso *Cambridge Analytica* na seção 1.1.4, desta tese.

¹⁴⁸⁴ “Finally, opacity tools can be implemented when there is a societal interest in ending ongoing debates and a need to enhance legal certainty.” GUTWIRTH, Serge; DE HERT, Paul. Privacy, data protection and law enforcement: opacity of the individual and transparency of power. Op. cit., p. 37.

¹⁴⁸⁵ Cabe lembrar que as tecnologias disruptivas do setor da informação e da comunicação (as TICs), foram

nesta tese sobre os limites legais da publicidade comportamental online depende da sua regulamentação específica e da proibição de práticas comerciais comprovadamente lesivas aos consumidores.

As **regras proibitivas** são essencialmente obrigatórias, pois impedem que determinada conduta seja realizada. Há força cogente. Portanto, a vedação de eventuais práticas comerciais de tratamento de dados impedirá que o consentimento informado seja utilizado para tornar a atividade regular. O consentimento não será válido diante de uma prática proibida porque houve uma limitação legal na liberdade contratual entre titular de dados e agentes de tratamento. Quando essa limitação funciona para proteger a pessoa (nesse caso, o titular dos dados), estar-se-ia diante do chamado “paternalismo”.

Existe uma vasta literatura sobre o paternalismo, em diferentes searas.¹⁴⁸⁶ Contudo, foge do escopo desta tese realizar uma revisão bibliográfica sobre o tema. Para os fins aqui delineados, cabe pontuar que condutas paternalistas podem ser delineadas a partir de três características presentes no ato regulatório: (i) interferência na liberdade do sujeito; (ii) funciona como ato de benevolência para com o sujeito, pois protege ou promove seus interesses privados e eleva seu bem-estar; (iii) independe do consentimento do indivíduo.¹⁴⁸⁷ Essa visão paternalista é aceita e promovida pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando observados os fundamentos e objetivos previstos na CRFB/88. Nessa linha, é possível afirmar que os próprios regulamentos que dissertam sobre proteção de dados pessoais e proteção do consumidor são paternalistas. Ambos os diplomas visam capacitar os indivíduos para tomar decisões e limitar a ação de agentes que estão em uma posição de superioridade, como, por exemplo, os fornecedores e os agentes de tratamento.

Consequentemente, as limitações e proibições contidas nesses diplomas legais acabam restringindo em alguma medida a liberdade contratual. No que tange aos regulamentos sobre proteção de dados pessoais, Bergkamp afirma que eles são “movidos por motivos paternalistas; os indivíduos precisam ser protegidos e receber direitos fundamentais inalienáveis, mas vagos,

subdivididas em 3 categorias distintas nesta tese, formando um tripé tecnológico baseado na extração, divulgação dos dados e segmentação comportamental. A ideia do “tripé tecnológico” (vide seção 1.1.2), apresenta as fases procedimentais da publicidade comportamental online, tornando a análise mais didática.

¹⁴⁸⁶ SUNSTEIN, Cass. The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism. *Yale Law Journal*. [S.l.], v. 122, n. 7, p. 1829-1898, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8hwwzp>. Acesso em: 19 jan. 2022; SOLOVE, Daniel. Privacy Self-Management and the Consent Dilemma. *Harvard Law Review*, v. 126, n. 180, p. 1880-1903, maio 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/4heakjwb>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁴⁸⁷ BORGESIU, Zuiderveen; KRUIKEMEIER, S; BOERMAN, Sophie C; HELBERGER, N. Tracking Walls, take-it-or-Leave-it choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation. *European Data Protection Law Review*. Amsterdam, v. 3, n. 3, p. 1-16, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckt2h4z>. Acesso em: 13 jan. 2022. p.243.

cujo escopo os agentes estatais definem *ex post* em casos específicos.” (tradução nossa).¹⁴⁸⁸ Essas “zonas cinzentas” que já foram abordadas nesta tese, apontam a necessidade de complementação regulatória na seara publicitária. Essa regulação, entretanto, não deve ser excessivamente paternalista ou impactadora do desenvolvimento científico e tecnológico no contexto brasileiro, sob pena de maiores danos serem causados em toda a coletividade. Nos termos do art. 2º da LGPD, os fundamentos da proteção de dados devem ser baseados, ao mesmo tempo, na proteção da pessoa humana sem descuidar da livre iniciativa, do desenvolvimento econômico tecnológico e da inovação.

Nessa linha, um argumento econômico pode reforçar os critérios apontados por Paul de Hert e Serge Gutwirth para a adoção de regras obrigatórias e proibitivas na seara da publicidade comportamental online.¹⁴⁸⁹ Conforme já foi possível constatar no capítulo 3 desta tese, a análise econômica comportamental do consentimento sugere que existem falhas de mercado na seara publicitária, tal como a assimetria de informação. Tais *insights* apontaram, também, que existem potenciais falhas de mercado no que tange à manipulação indevida da autonomia dos consumidores. Para Borgesius, a tentativa do legislador de reduzir falhas desse tipo não possui correlação com o paternalismo, uma vez que o apelo da teoria da escolha racional está na intervenção dos formuladores de política para neutralizar tais falhas de mercado. Isso ocorre porque diante das falhas os indivíduos não conseguem tomar decisões que maximizam o seu bem-estar.

Como visto nesta tese, o problema da assimetria de informação é tecnicamente insolúvel. Ele apenas seria resolvido caso os consumidores dedicassem muito tempo na leitura dos termos de uso de todos os serviços online. Semanas ou meses seriam necessários para a compreensão de grande parte desse conteúdo contratual.¹⁴⁹⁰ Conforme aponta Cranor e McDonald, o custo aproximado da leitura das políticas de privacidade nos EUA seria de 781 bilhões de dólares, caso os consumidores precisem deslocar seu tempo e esforço para tal atividade, o que geraria uma realocação de recursos. Enquanto isso, toda a receita publicitária

¹⁴⁸⁸ “Is driven by paternalistic motives; individuals need to be protected and be given inalienable but vague fundamental rights; the scope of which government officials define *ex post* in specific cases.” BERGKAMP, Lucas. EU Data protection policy: the Privacy Fallacy: Adverse Effects of Europe’s Data Protection Policy in an Information-Driven Economy. *Computer Law & Security Report*. [s.l.], v. 18, n. 1, p. 31-47, 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/5bktnu3d>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 37.

¹⁴⁸⁹ Trata-se de uma linha argumentativa complementar, uma vez que está fora do escopo desta tese aprofundar a terceira agenda política do direito da concorrência, que está alinhada com a proteção do consumidor e a proteção de dados pessoais. Em linhas gerais, o direito da concorrência visa preservar a escolha através da análise, redução ou correção de falhas de mercado e do abuso de posição de mercado.

¹⁴⁹⁰ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. New York: Oxford, 2012. p. 18.

empregada no ciberespaço norte-americano não passaria de 21 bilhões de dólares, no ano em que a pesquisa foi realizada.¹⁴⁹¹ Portanto, os custos agregados para a correção dessa falha não seriam razoáveis. Conforme arremata Borgesius, “Se os requisitos de consentimento informado não conseguirem proteger a privacidade na área de segmentação comportamental, é provável que afete milhões de pessoas.” (tradução nossa).¹⁴⁹²

Por outro lado, a pesquisa comportamental também demonstrou que existem limitações cognitivas na tomada de decisões pelo consumidor. Essas limitações são estudadas e exploradas pelos grandes players do mercado, com o fito de descobrir vulnerabilidades que estimulem o consumo e a geração de lucro. Em alguns casos, a manipulação pode prejudicar a liberdade do sujeito e levar ao agir irracional que reduz seu bem-estar social. A potencial manipulação é gerada pela rede publicitária de maneira intencional e com a ajuda de tecnologias disruptivas de análise comportamental individualizada e personalizada. Assim, a falha do ordenamento jurídico em proteger o consumidor de decisões orientadas e otimizadas pelo agir emocional e irracional pode levar a um comportamento distorcido de consumo. Nesse meandro, o autor da tese entende que intervenções regulatórias podem ser empregadas para corrigir essa falha de mercado, uma vez que a autonomia privada está em risco.

A LGPD e o CDC já visam reduzir essas falhas de mercado, principalmente a assimetria de informações ao exigir que se divulgue certas informações aos titulares de dados/consumidores. Contudo, essas falhas são difíceis de serem reduzidas porque envolvem altos custos de transação aos agentes econômicos. Isso reforça a conclusão de que *o status quo* desses regimes jurídicos não resolvem concretamente as falhas de mercado. Conforme aponta Luth, “as intervenções estatais, entretanto, sempre têm um custo, como custos administrativos, custos de monitoramento e fiscalização. A implementação de regras, regulamentos e outros tipos de intervenção governamental também são caros.” (tradução nossa).¹⁴⁹³ Para além disso, os custos da correção de falhas de mercado devem ser compensados pelos benefícios a serem

¹⁴⁹¹ MCDONALD, Aleecia; CRANOR, Lorrie Faith. The Cost of Reading Privacy Policies. *Journal of Law and Policy for the Information Society*. [s.l.], n. 540, p. 1-22, 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/4tmvmnw8>. Acesso em: 19 jan. 2022. Cabe pontuar que a pesquisa foi realizada no ano de 2007.

¹⁴⁹² “If informed consent requirements don’t succeed in protecting privacy in the area of behavioural targeting, it’s likely to affect millions of people.” BORGESIUS, Zuiderveen; KRUIKEMEIER, S; BOERMAN, Sophie C; HELBERGER, N. Tracking Walls, take-it-or-Leave-it choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation. *European Data Protection Law Review*. Amsterdam, v. 3, n. 3, p. 1-16, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckt2h4z>. Acesso em: 13 jan. 2022. p. 352.

¹⁴⁹³ “Government interventions however always come at a cost, such as administrative costs, monitoring and enforcement costs. The implementation of rules, regulations and other kinds of government intervention are also costly.” LUTH, Hanneke A. *Behavioural Economics in Consumer Policy: the economic analysis of standard terms in consumer contracts revisited*. (Ph.D. in Law), Law Program, Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam, 2010. p. 25-26.

auferidos com a concretização da intervenção. No cenário brasileiro já existe instrumentos de incentivo à análise de impacto regulatório.¹⁴⁹⁴

Para Cass Sunstein, o tempo é escasso e ser humano se esquivava de problemas complexos ou enfadonhos. A tomada de decisões é, muitas vezes, terceirizada porque existem benefícios nessa delegação implícita ou explícita. Como menciona o autor, não é preciso saber pilotar um avião para adentrar em um. Da mesma forma, quando o consumidor adquire um refrigerador, não é necessário discutir o seu design ou funcionamento técnico. Acrescenta-se, ainda, por exemplo, as inovações dos serviços de streaming que contam com algoritmos que decidem como as opções serão apresentadas ao telespectador e, até mesmo, escolhe qual conteúdo poderá ser assistido naquele momento. Na visão do autor, essas terceirizações que aliviam a quantidade de decisões que o sujeito precisa tomar, não reduzem a sua autonomia. Pelo contrário, ela otimiza o tempo para que outras decisões importantes sejam realizadas com maior dedicação.¹⁴⁹⁵

É nessa linha que os consumidores não precisam se tornar especialistas em publicidade comportamental online para que a sua proteção esteja garantida. A regulação pode atuar na limitação ou proibição concreta de determinadas práticas abusivas. Dessa forma, pode-se reduzir a preocupação excessiva com o consentimento ou com os impactos na liberdade de escolha. Transfere-se essas preocupações para as autoridades competentes que devem gerenciar os riscos advindos e garantir o cumprimento das proibições. Nesse caso específico, a ANPD, a SENACON e o Cade podem atuar cooperativamente para otimizar a proteção do consumidor. Como afirma Solove, acerca dessa transferência de “responsabilidades”:

Com os alimentos que comemos e os carros que dirigimos, temos muitas opções nos produtos que compramos e confiamos que esses produtos se enquadrarão em certos parâmetros razoáveis de segurança. Não precisamos nos tornar especialistas em carros ou leite, e as pessoas também não querem necessariamente se tornar especialistas em privacidade. (...) *muitas pessoas não querem micro gerenciar sua privacidade*. Eles querem saber se alguém está zelando pela privacidade deles e que eles estarão protegidos de usos prejudiciais. (tradução nossa/destaque nosso).¹⁴⁹⁶

¹⁴⁹⁴ A realização de estudo de impacto regulatório foge do escopo desta tese. Para conferir as noções gerais, veja: BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. Guia para elaboração de análise de Impacto Regulatório (AIR). Brasília, DF: Ministério da Economia, 2021. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/56a3vnm>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁴⁹⁵ SUNSTEIN, Cass. The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism. *Yale Law Journal*. [S.l.], v. 122, n. 7, p. 1829-1898, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8hwwzp>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 1884.

¹⁴⁹⁶ “With the food we eat and the cars we drive, we have much choice in the products we buy, and we trust that these products will fall within certain reasonable parameters of safety. We do not have to become experts on cars or milk, and people do not necessarily want to become experts on privacy either. (...) many people do not want to micromanage their privacy. They want to know that someone is looking out for their privacy and that they will be protected from harmful uses.” SOLOVE, Daniel. Privacy Self-Management and the Consent Dilemma. *Harvard Law Review*, v. 126, n. 180, p. 1880-1903, maio 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/4heakjwb>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 1901.

Arremata-se, portanto, que existem boas razões para a complementação regulatória dos regimes protetivos do consumidor e dos dados pessoais com regras específicas ou, ainda, como se defenderá na próxima seção, com proibições de certas práticas comerciais na seara da publicidade comportamental online. As limitações do consentimento e os riscos à manipulação injusta das escolhas realizadas pelo consumidor no ciberespaço, apontam que a utilização de regras obrigatórias não gera um paternalismo exagerado ou indevido. Toda a construção teórica realizada até agora aponta que limites legais mais específicos precisam ser impostos à atividade publicitária. Como aponta Ana Frazão em texto sobre a regulação jurídica de novas tecnologias: “(...) subsiste ainda importante espaço para a regulação jurídica, não apenas no âmbito doméstico, mas também no âmbito internacional, sem a qual dificilmente tais propósitos de emancipação e valorização da condição humana serão alcançados.”¹⁴⁹⁷

4.1.3 A adoção de uma "lista negra" de práticas publicitárias comportamentais abusivas como subsídio na otimização da proteção do consumidor

A adoção de um marco regulatório para a publicidade comportamental online é uma das opções levadas em consideração nesta tese. A regulação específica é interessante porque viabiliza o emprego de regras proibitivas bem delimitadas para certas práticas comerciais, sem que se imponha encargos excessivos ou desnecessários a outros setores que não estão relacionados à publicidade. Por outro lado, regras específicas também podem ser alocadas em instrumentos jurídicos já existentes. Como visto no segundo capítulo, o regime jurídico tradicional da publicidade poderia ser beneficiado caso houvesse a inclusão de regras sobre publicidade e marketing digitais no CDC. Da mesma forma, a LGPD também poderia abarcar proibições acerca da publicidade comportamental. Uma lista negra de práticas publicitárias poderia ser incluída nos dois diplomas normativos.

No CDC, regras proibitivas sobre práticas comerciais abusivas poderiam otimizar a proteção do consumidor diante dos anúncios direcionados, enquanto a LGPD poderia comportar limitações acerca do tratamento de dados pessoais para essas finalidades. Para ilustrar, a livre utilização de dados pessoais sensíveis para práticas publicitárias poderia receber uma regulação específica mais restritiva com o objetivo de evitar perfilações e classificações sociais injustas e discriminatórias. A atualização regulatória também pode esclarecer qual seria a base jurídica adequada para o tratamento de dados na seara publicitária, uma vez que existem divergências sobre tal temática. A própria construção jurídica do ato de consentir poderia ser

¹⁴⁹⁷ FRAZÃO, Ana. Premissas para a reflexão sobre a regulação da tecnologia. *Jota*, coluna Tecnologia. São Paulo, 16 nov. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p864xuh>. Acesso em: 19 jan. 2022.

beneficiada com regras mais densas, tendo em vista que a sua aferição no ciberespaço também é controversa frente às limitações cognitivas do ser humano.

Definir as **proibições** é uma tarefa complexa. Para banir certas práticas comerciais e interferir diretamente na atividade publicitária, o legislador precisa tomar decisões normativas difíceis. A principal dificuldade está no grau e na alocação dessas proibições que não podem ser excessivas ou insuficientes. Contudo, diante das lacunas normativas, zonas cinzentas e potenciais falhas de mercado elencadas nesta tese, uma ação mais contundente deve ser tomada para evitar o alargamento das vulnerabilidades do consumidor/titular de dados pessoais. Por óbvio que o papel regulamentar da ANPD e das demais agências correlatas pode otimizar essa proteção, mas há limitações legais quanto a competência para proibir a realização de certas práticas comerciais. Trata-se de uma atividade que deve ser realizada pelo legislador ordinário.

Independentemente da modalidade a ser implementada, entre a adoção de um marco regulatório específico ou da atualização legislativa dos regimes jurídicos já existentes, a concretização dessas supostas proibições perpassa, na visão do autor desta tese, pela criação de uma “**lista negra**” de práticas comerciais a serem consideradas ilícitas *ex ante*. Trata-se, na verdade, da previsão legal de uma lista que poderia ser complementada pelas agências reguladoras. Diante do rápido avanço tecnológico, uma lista fixa que necessite da atualização legislativa pelos trâmites comuns está fadada ao fracasso. Tal lista, sujeita a atualização periódica, pode fornecer maior segurança jurídica ao especificar algumas práticas comerciais como ilegítimas, sem exigir uma avaliação de legalidade por meio das cláusulas gerais e normas abertas do CDC e da LGPD.

No cenário europeu, Fuster argumenta que houve falha no GDPR ao não especificar com maior precisão o que deve ser considerado um tratamento de dados injusto. Para o autor, seria mais eficaz o banimento de certas práticas lesivas dos direitos fundamentais dos titulares dos dados pessoais.¹⁴⁹⁸ Essa crítica está baseada em uma comparação entre o GDPR e a Diretiva de Práticas Comerciais Desleais (UCP Directive). Essa última prevê expressamente quais são as práticas comerciais consideradas abusivas no ambiente da União Europeia e servem de base para a regulação nacional dos países membros. O art. 5º, n. 5, da Diretiva instituiu uma lista negra (Anexo I), que delinea as práticas que devem ser consideradas ilícitas em todas as circunstâncias.¹⁴⁹⁹

¹⁴⁹⁸ FUSTER, Gloria González. How Uninformed is the Average Data Subject? A Quest for Benchmarks in EU Personal Data Protection. *Revista de Internet, Derecho y Política*. Catalunya, v. 19, p. 92-104, out. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc4u9uk8>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 102.

¹⁴⁹⁹ UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva UCP*. Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de

Em tese de doutoramento, Damian Clifford defende a atualização dessa lista negra presente no Anexo I, da Diretiva UCP, com as práticas comerciais de marketing personalizado que sejam violadoras dos direitos fundamentais dos consumidores. Contudo, ele reconhece que existem obstáculos para a inclusão expressa dessas práticas desleais. Ele afirma que “o desafio seria estabelecer práticas muito específicas que seriam consideradas injustas em todas as circunstâncias.” (tradução nossa).¹⁵⁰⁰ Para o pesquisador, “(...) conseguir fazer isso na prática é extremamente difícil, pois sempre haverá uma determinação factual que colocam em dúvida se as circunstâncias previstas no caso concreto se encaixam na prática prevista na lista negra.” (tradução nossa).¹⁵⁰¹

Apesar das eventuais e futuras dificuldades interpretativas apontadas por Clifford, a **defesa de uma lista negra** para as práticas publicitárias abusivas não é uma novidade no cenário europeu. Parte da literatura jurídica¹⁵⁰² e, também, a Autoridade Europeia de Proteção de Dados Pessoais (AEPD) já defenderam essa ideia.¹⁵⁰³ Em um dos relatórios emitidos pela AEPD, fica claro o posicionamento regulatório acerca das tecnologias disruptivas empregadas no ciberespaço. A Autoridade recomendou ao legislador europeu a atualização dos regulamentos existentes com proibições específicas na área de segmentação comportamental,

maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno [...]. Bruxelas, 11 maio 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2se99yf8>. Acesso em: 8 jan. 2022.

¹⁵⁰⁰ “The challenge therefore would be to set out very specific practices that would be deemed unfair in all circumstances.” CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 313.

¹⁵⁰¹ “Managing to do this practically speaking however is extremely difficult as there will always be a factual determination as to whether the circumstances fit within the blacklisted practice.” Ibid.

¹⁵⁰² Dentre os autores estrangeiros que já defenderam esse posicionamento teórico, é possível citar:

BORGESIUUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022;

SOLOVE, Daniel. Privacy Self-Management and the Consent Dilemma. *Harvard Law Review*, v. 126, n. 180, p. 1880-1903, maio 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/4heakjwb>. Acesso em: 19 jan. 2022;

TENE, Omer; POLONETSKY, Jules. A theory of creepy: technology, privacy and shifting social norms. *Yale Journal of Law & Technology*. [S.l.], v. 16, p. 1-32, set. 2013;

BAROCAS, Solon; NISSENBAUM, Helen. On Notice: The Trouble with Notice and Consent. *Engaging Data Forum: The First International Forum on the Application and Management of Personal Electronic Information*. Anais [...]. [S.l.], out. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrx4bfy4>. Acesso em: 19 jan. 2022;

SLOAN, Robert H; WARNER, Richard. Beyond Notice and Choice: Privacy, Norms, and Consent. *Chicago-Kent College of Law Research Paper*. Chicago, v. 16, p. 1-34, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/j8cvhtn5>. Acesso em: 19 jan. 2022;

MIK, Eliza. The erosion of autonomy in online consumer transactions. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 8, n. 1, p. 1-38, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8axsuzb>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 32.

¹⁵⁰³ UNIÃO EUROPEIA. European Data Protection Supervisor. *Opinion 6/2017*, on the Proposal for a Regulation on Privacy and Electronic Communications (ePrivacy Regulation). Adopted on 27 abr. 2017. Brussels: EU, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yrvmv3n5>. Acesso em: 13 jan. 2022. p. 16-17.

uma vez que “é crucial reforçar a proteção de categorias especiais de dados, os princípios da transparência, da limitação da finalidade e da minimização de dados e das salvaguardas contra perfis ilegais e tomada de decisão automatizada.” (tradução nossa).¹⁵⁰⁴ Para a AEPD, a proteção da pessoa humana, principalmente na preservação da privacidade e da proteção de dados pessoais, depende do gerenciamento de riscos existentes no ambiente virtual. Dentre as medidas que foram recomendadas pela AEPD ao Conselho e ao Parlamento Europeu, estão:

- Uma proibição completa e explícita das chamadas "paredes de rastreamento";
- Uma proibição explícita da prática de exclusão de usuários que tenham aplicativos de bloqueio de anúncios ou outros aplicativos e complementos instalados para proteger suas informações e equipamentos terminais;
- Uma confirmação de que o processamento de dados para fins de fornecimento de anúncios direcionados não pode ser considerado necessário para o desempenho de um serviço; e,
- Um requisito para que navegadores e outros softwares de sistemas operacionais ofereçam, por padrão, controles que tornam mais fácil expressar ou negar consentimento para rastreamento. (tradução nossa).¹⁵⁰⁵

Nessa linha, “o que é necessário são proibições reais - não mais informações.”¹⁵⁰⁶ Esse é o posicionamento de Elisa Mik. A pesquisadora defende a complementação dos instrumentos de defesa do consumidor e de proteção de dados pessoais, com novas estratégias proibitivas das práticas que aumentam a “erosão” da autonomia no contexto das transações comerciais online. Para ela, não se trata, entretanto, de proibir ou inviabilizar o funcionamento da publicidade comportamental online, que encontra proteção constitucional e infraconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

A sutileza do controle publicitário está em encontrar os limites legais e éticos das práticas comerciais que fazem parte desse setor comercial, que é altamente lucrativo e gerador de benefícios para a sociedade como um todo. Mariano Heck demonstra a importância central do controle jurídico da publicidade “com o fim de evitar que as mensagens publicitárias sejam instrumentos de distorção da escolha dos consumidores e resultem lesivas aos valores

¹⁵⁰⁴ “It is crucial to reinforce protection of special categories of data, the principles of transparency, purpose limitation and data minimization, and safeguards against unlawful profiling and automated decision-making.” EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Opinion 3/2018 EDPS*, Opinion on online manipulation and personal data. Brussels, 19 mar. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2tv8ezeh>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 18.

¹⁵⁰⁵ “(...) - a complete and explicit ban on so-called ‘tracking walls’; - an explicit prohibition on the practice of excluding users who have ad-blocking or other applications and add-ons installed to protect their information and terminal equipment; - a confirmation that processing of data for purposes of providing targeted advertisements cannot be considered as necessary for the performance of a service; and, - a requirement for browsers and other software of operating systems to offer by default controls that make it easy to express or withhold consent to tracking.” Ibid.

¹⁵⁰⁶ MIK, Eliza. The erosion of autonomy in online consumer transactions. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 8, n. 1, p. 1-38, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8axsuzb>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 32.

fundamentais dos quais depende a melhoria da qualidade de vida.”¹⁵⁰⁷ Como visto na seção 2.1.1, o controle publicitário decorre dos próprios fundamentos constitucionais e deve ponderar uma série de princípios básicos ligados à preservação da atividade econômica e à liberdade de expressão publicitária, como, também, aqueles relativos à dignidade da pessoa humana, à proteção do consumidor, à privacidade, aos dados pessoais e à igualdade de tratamento.

Partindo da construção doutrinária e das opiniões emitidas pela AEPD, somadas, ainda, às conclusões obtidas até agora nesta tese, é possível elencar algumas práticas comerciais que merecem especial atenção regulatória no cenário brasileiro. Nessa linha, uma eventual “lista negra” poderia proibir ou limitar práticas publicitárias que são comprovadamente violadoras dos direitos do consumidor e do titular de dados pessoais.

O princípio da transparência previsto no art. 6º, inciso VI, da LGPD, informa 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.” Tal princípio veda o tratamento sub-reptício de dados pessoais, ou seja, a coleta realizada sem o conhecimento do titular. A transparência independe da base jurídica utilizada para tornar legítimo o tratamento de dados. Seja pelo consentimento informado, seja pela base do legítimo interesse, o titular de dados deve ser informado sobre a realização da coleta, além da especificação da finalidade e da duração do tratamento. Não se trata de revelar o funcionamento complexo dos algoritmos utilizados e protegidos pelo segredo comercial e industrial, mas de esclarecimento ao titular, mesmo que haja limitações cognitivas nesse processo, tal como ficou evidenciado com as análises comportamentais expostos no segundo capítulo da tese.

A complexa cadeia publicitária é um dos entraves para garantir a transparência sem que haja proibições específicas. O compartilhamento de dados nessa rede é realizado de modo automático, em que o agente realiza a coleta do dado ou fornece uma plataforma intermediadora dessa coleta, não há controle acerca de quais serão os controladores conjuntos de dados e para quais finalidades eles utilizarão os dados coletados. Da mesma forma, os editores dos sites não controlam os anúncios que serão exibidos em suas plataformas, pois existem outros intermediários que realizam a troca de anúncios com base na lógica dos leilões de espaços publicitários.

Portanto, a efetivação do princípio da transparência parece depender de algum

¹⁵⁰⁷ ROCHA, Raquel Heck Mariano. Modelos de regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil. *Direito & Justiça*, v. 38, n. 2, p. 200-212, jul./dez., 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/yney7cj6>. Acesso em: 9 jan. 2022.

regramento específico. As frases comuns encontradas nos portais virtuais ou aplicativos de celular, informando que há coleta de dados e que demais informações podem ser acessadas por meio de um hiperlink, não parecem satisfazer o equilíbrio adequado entre a atividade econômica e a proteção do consumidor. Por este motivo, algumas proibições e limitações devem reger a coleta de dados para fins publicitários. Dentre elas, estão:

(i) proibição do rastreamento “clandestino” de dados pessoais. O termo clandestino pode ser interpretado no sentido do tratamento de dados realizado de maneira invisível, não permitindo que o usuário acompanhe quais dados estão sendo extraídos e para quais finalidades estão sendo empregados. A mera oposição de frases genéricas na fase anterior a coleta é insuficiente para garantir a adequada proteção do titular de dados. Opções de gerenciamento e exclusão devem ser facilmente localizadas e informadas pelos agentes de tratamento de maneira periódica, enquanto durar o tratamento.

(ii) proibição das “paredes de rastreamento” (*tracking walls*) que instituem mecanismos de “tudo ou nada”. Trata-se das “barreiras” virtuais que impedem o acesso aos serviços disponibilizados no ciberespaço, ao menos que o usuário concorde com o rastreamento de dados pessoais para fins publicitários. Alguns editores de sites de entretenimento e notícias vedam o acesso integral ao conteúdo quando o usuário utiliza mecanismos tecnológicos para se esquivar do rastreamento de dados. Aqueles consumidores que não desejam colaborar com seus dados pessoais e visualizar anúncios publicitários personalizados acabam alijados desses serviços. Em alguns casos, opções de assinatura são fornecidas para que a privacidade desses usuários mais precavidos seja garantida. Contudo, essa opção encontra divergências porque monetiza o gozo de um direito que é previsto constitucional e infraconstitucionalmente.

Caso o consentimento informado seja eleito como a base jurídica utilizada para as atividades publicitárias comportamentais, tal como defendido nesta tese, poderá haver a invalidade do ato diante da ausência de voluntariedade gerada pelas paredes de rastreamento.¹⁵⁰⁸ A vinculação obrigatória entre o serviço digital a ser prestado e a imperatividade da coleta de dados, parte da concepção teórica do “*take-it or leave-it*” e da unilateralidade das cláusulas contratuais.¹⁵⁰⁹ Essa vinculação “tudo ou nada” retira do titular dos dados a possibilidade de gerenciamento dos dados que serão tratados para fins publicitários.

¹⁵⁰⁸ KOSTA, Eleni. Peeking into the cookie jar: the European approach towards the regulation of cookies. *International Journal of Law and Information Technology*, [s.l.], v. 21, n. 4, p. 380-406, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w5xct>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 397.

¹⁵⁰⁹ BORGESIU, Zuiderveen; KRUIKEMEIER, S; BOERMAN, Sophie C; HELBERGER, N. Tracking Walls, take-it-or-Leave-it choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation. *European Data Protection Law Review*. Amsterdam, v. 3, n. 3, p. 1-16, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yck2h4z>. Acesso em: 13 jan. 2022.

Por outro lado, nem todas as barreiras instituem mecanismos de “tudo ou nada”. Nesses casos, deve-se observar se a barreira visa informar e fornecer algum mecanismo de “opt-out” ao consumidor. Dessa forma, o que deve ser vedado é o rastreamento comportamental empregado de maneira sub-reptícia e impositiva.

Cabe lembrar que a LGPD não proibiu as “barreiras” de rastreamento. Contudo, ela trouxe um regramento específico que pode ser aplicado à tal prática comercial. Trata-se da vinculação do consentimento à prestação de serviços ou fornecimento de serviço, ou, ainda, para o exercício de determinado direito. O art. 9º, § 3º previu que, nessas situações, “(...) o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei.”¹⁵¹⁰ Não se exigiu expressamente o consentimento, mas se estabeleceu o dever de o agente de tratamento informar com destaque o titular dos dados e a respeitar todos os direitos do titular, dentre eles o direito de exclusão (opt-out). Entretanto, tais disposições legais encontram desafios apresentados pela economia comportamental que indica a preponderância pelo *status quo* e pelas opções padrão oferecidas no ciberespaço. Desse modo, uma proibição específica às paredes de rastreamento, combinada com a exigência da adoção de mecanismos de gerenciamento de dados pessoais, pode otimizar a proteção do consumidor.

(iii) Limitação do rastreamento de dados realizado por aplicações de terceiros.

Quando o usuário navega em um site ou utiliza um aplicativo de celular, ele pode estar sendo rastreado por uma miríade de agentes publicitários que leem e capturam os dados sobre comportamentos do usuário. Cliques, frequência de uso, curtidas de conteúdo em redes sociais, batimentos cardíacos, entre outros dados de extrema relevância para as estratégias de marketing. A principal tecnologia empregada para partilhar dados com terceiros são os chamados cookies de terceiro. Eles são operados por parceiros que fazem parte de redes de anúncios ou de outros sites que coletam os dados que estão sendo gerados pelos usuários no site principal. Os cookies são alocados no equipamento eletrônico e passam a acompanhar a rotina de navegação dos usuários. Os cookies de terceiro foram pioneiros na publicidade comportamental, uma vez que conseguem identificar os navegadores e os interesses particulares dos seus usuários, encaminhando anúncios segmentados para eles. Como visto nas seções 1.1.3 e 1.1.4, já existem outras tecnologias mais precisas para captação instantânea desses dados.

Em decorrência das mudanças das políticas de privacidade que estão ocorrendo entre

¹⁵¹⁰ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

os grandes players do mercado publicitário, paulatinamente os cookies de terceiro estão sendo banidos dos websites e das demais aplicações virtuais.¹⁵¹¹ Trata-se de uma mudança provocada, em parte, pelos novos regulamentos de proteção de dados pessoais que estão sendo adotados pelos países ao redor do globo. Contudo, a “morte” dos cookies de terceiro parece estar mais atrelada à inovação tecnológica.¹⁵¹² Novas tecnologias mais sofisticadas já estão sendo empregadas no lugar dos cookies. Dessa forma, ainda há necessidade de regras proibitivas que limitem o compartilhamento irrestrito e sistêmico dos dados pessoais em vastas redes de publicidade. Trata-se, em grande medida, de um compartilhamento abusivo, uma vez que o titular dos dados não tem conhecimento de quais agentes estão tratando seus dados e como gerenciar ou solicitar a exclusão desses dados. A lógica do “espelho unidirecional” impede qualquer ação contundente e ampla no controle dos dados pessoais.¹⁵¹³

(iv) Proibição da discriminação dinâmica de preços (*geopricing*), com base em dados pessoais sensíveis. A discriminação de preços é uma prática aceita no mercado de consumo. A precificação depende de inúmeros fatores econômicos, sociais, culturais e políticos. Essa diferenciação generalizada está sujeita ao controle jurídico e pode ser considerada abusiva em algumas circunstâncias concretas. A forma tradicional de precificar bens de consumo parte de dados gerais e anonimizados, como, por exemplo, dados demográficos e econômicos.¹⁵¹⁴ Por outro lado, a precificação dinâmica realizada na internet pode partir de dados pessoais, do indivíduo que está adquirindo um bem de consumo ou visualizando um anúncio publicitário. A tecnologia já permite que a personalização da oferta e do preço seja feita com base nos dados de moradia, salário, gostos, vícios, religião, opinião política, entre outras informações que diferenciam a pessoa in concreto.¹⁵¹⁵ A ilicitude do *geopricing* já ficou evidente na análise do “caso Decolar.com”, que reforça a premissa da proibição específica para tal prática violadora dos direitos do consumidor.

(v) Proibição do bloqueio publicitário por região geográfica (*geoblocking*). Os mecanismos de rastreamento sistêmico, principalmente aqueles ligados ao monitoramento

¹⁵¹¹ NOBREGA, Cristiano. O fim dos cookies third-party: tudo que você precisa saber neste momento. *IAB Brasil*. São Paulo, 23 de abril de 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/43r2d5jb>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁵¹² BUMP, Pamela. The death of the third-party cookie: what marketers need to know about Google's 2022 phase-out. In: *HubSpot Blog*. [S.l.], 20 set. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5xvt5ywb>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁵¹³ PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 9.

¹⁵¹⁴ ODLYZKO, Andrew. Privacy, Economics, and Price Discrimination on the Internet. Proceedings of the 5th International Conference on Electronic Commerce. *ICEC*, Pittsburgh, 30 set. 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrybtvsh>. Acesso em: 6 jan. 2022.

¹⁵¹⁵ STATT, Nick. Facebook will remove 5,000 ad targeting categories to prevent discrimination. *The Verge*, [S.l.], 21 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr365s93>. Acesso em: 6 jan. 2022.

espacial do usuário, com dados de GPS, de endereço IP, entre outros, são utilizados para bloquear anúncios publicitários em determinadas regiões geográficas. Esses dados de localização são, então, combinados com dados sobre sexo, nacionalidade, renda, etnia, entre outros para classificar os usuários em categorias de consumo. A partir dessa classificação, os agentes publicitários direcionam anúncios para determinadas regiões e bloqueiam outras que não são interessantes para o negócio, como, por exemplo, regiões onde a faixa de renda é menor que a média geral de uma cidade ou estado. Como visto no “caso Decolar.com”, o excesso da prática de geobloking estaria justamente na adoção injustificada de práticas comerciais baseadas em dados pessoais, quando o “favorecimento (ou desfavorecimento), bem como a discriminação por conta de etnia, localização geográfica ou qualquer outra característica extrínseca ao ato comercial, causa desequilíbrio no mercado e nas relações de consumo.”¹⁵¹⁶ Portanto, o tratamento discriminatório gerado pelas práticas de geobloking já perfaz uma prática ilícita. Depende, contudo, de uma análise de legalidade pelo intérprete. A adoção de uma proibição expressa pode funcionar para otimizar a fiscalização do setor publicitário pela própria SENACON e, também, pelos agentes privados envolvidos nas atividades de compliance (Conar e Cenp).

(vi) Limitação do prazo máximo de retenção e armazenamento de dados. Em decorrência do princípio da necessidade a coleta de dados pessoais deve ser reduzida ao mínimo necessário para o cumprimento das finalidades do tratamento. O art. 6º, inciso III, da LGPD é aplicável em todos os contextos, independentemente da base jurídica eleita, assim como os demais princípios elencados no texto legal. Portanto, a minimização dos dados é uma premissa legal que indica a necessidade de limitação da quantidade de dados que são tratados e, também, aponta para os períodos de armazenamento e retenção desses dados, com o objetivo de mitigar os riscos inerentes ao tratamento de dados.

Essa faceta secundária do princípio da necessidade (ou minimização de dados)¹⁵¹⁷ está prevista no art. 15, inciso I, da LGPD, ao apontar, entre outras hipóteses legais, que o término do tratamento de dados se dá quando se verifica “(...) que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica

¹⁵¹⁶ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ*. Processo nº 08012.002116/2016-21. Representante: Booking.com. Representado: Decolar.com Ltda. Assunto: Prática abusiva. Brasília, 18 jun. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ydz8b63m>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 10.

¹⁵¹⁷ O princípio da necessidade foi alvo de debate na seção 2.2.3, desta tese.

almejada.” O “fim do período de tratamento” também aponta o término dessa atividade.¹⁵¹⁸ Os cookies, por exemplo, costumam possuir “prazos de validades” destoantes e, em algumas situações, desproporcionais. Alguns cookies coletam dados por noventa dias ou um ano, mas outros podem coletar dados por vários anos consecutivos.

Inexistem balizas legais que indiquem prazos máximos razoáveis para que os dados sejam armazenados e tratados pelos agentes publicitários. A ausência desse critério legal acabou fomentando, conforme defendido nesta tese, o próprio nascimento e fortalecimento do rastreamento sistêmico violador da privacidade dos usuários da internet. O big data nasce do acúmulo desses dados, o que permite a criação de modelos preditivos e perfis comportamentais altamente precisos sobre os indivíduos. Os agentes de tratamento contam com a retenção de dados por períodos significativos. Esse cenário agrava os efeitos negativos da atividade e reforça a falta de controle individual acerca dos dados pessoais. Uma limitação concreta dos períodos de retenção de dados poderia colaborar para uma cultura de tratamento justo de dados pessoais.

A limitação dos prazos máximos de retenção depende de uma análise jurídica pelas autoridades de proteção de dados e, também, pelo poder judiciário dos países que adotaram regulamentos de proteção de dados semelhantes ao GDPR. No cenário europeu, tal limitação é balizada a partir do princípio da proporcionalidade no tratamento de dados, tendo em vista que o processamento excessivo é ilegal diante do GDPR.¹⁵¹⁹ O economista Alessandro Acquisti aponta as dificuldades na construção teórica da ideia de “tratamento excessivo” e defende uma interpretação estrita do chamado princípio da minimização de dados. O autor aponta que uma regulamentação específica pode ser necessária para fomentar a adoção de tecnologias que preservem a privacidade.¹⁵²⁰ No setor publicitário, a modificação de incentivos pode ser decisiva para que práticas favoráveis à privacidade sejam adotadas e os excessos sejam combatidos.

(vii) Limitação da utilização de dados sensíveis nas práticas publicitárias. O tratamento de categorias especiais de dados pode gerar um efeito discriminatório e estigmatizante. A inovação tecnológica potencializou a descoberta e a contínua coleta de dados

¹⁵¹⁸ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁵¹⁹ NECESSITY & Proportionality. In: *Glossary*. European Data Protection Supervisor. Brussels: [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrx9p45t>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁵²⁰ ACQUISTI, Alessandro. *The Economics of Personal Data and the Economics of Privacy*. The Economics of Personal Data and Privacy: 30 Years after the OECD Privacy Guidelines. Report. Paris, OECD, 1 dez. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/3vvzdcwh>. Acesso em: 19 dez. 2022. p. 19-20.

de natureza biológica, social, econômica, política e religiosa. Modelos preditivos não necessitam da declaração expressa para concluir que uma pessoa é gay, bissexual, transgênero, possui alguma deficiência ou doença. A observância do conjunto de dados extraídos dos equipamentos eletrônicos gerenciados pelo usuário, é capaz de alimentar tais conclusões. Há riscos incalculáveis na utilização dessas informações não apenas para as práticas comerciais, mas também para a preservação da democracia (vide caso Cambridge Analytica). Além dos efeitos discriminatórios que a exploração comercial desses dados pode gerar, possíveis vazamentos podem gerar constrangimentos e danos coletivos incalculáveis à sociedade como um todo.

Os dados pessoais de saúde receberam na LGPD um tratamento mais rigoroso. Tais informações não podem ser compartilhadas com terceiros com o objetivo de obter vantagem econômica ou serem utilizados pelos planos privados de assistência à saúde na avaliação de risco em contratações de seguros (vide art. 11, §§ 4º e 5º, da LGPD). Os dados de saúde possuem uma longa tradição de proteção jurídica mais rigorosa, tal como o juramento de Hipócrates que exige o segredo das comunicações entre pacientes e médicos. Tal proteção visa preservar a privacidade do seu titular e manter a confiança na profissão médica.¹⁵²¹

Contudo, existem dúvidas se essas limitações se aplicam à publicidade comportamental online. Conforme abordado na seção 2.2.1, não existem vedações expressas à utilização de dados sensíveis em práticas comerciais em geral. Existem critérios mais rigorosos para a coleta do consentimento, mas nada há sobre os excessos cometidos na coleta desses dados e na realização de perfilações comportamentais para fins publicitários. Conforme aponta Borgesius, redes publicitárias exploram categorias de interesses ligadas aos termos “artrite”, “saúde cardiovascular”, “insônia”, “opção sexual”, entre outros.¹⁵²²

Uma proibição expressa na utilização de dados de saúde para fins publicitários parece mais benéfica aos seus titulares, se comparada com os eventuais benefícios que o tratamento desses dados para fins publicitários pode gerar. Isso ocorre porque “os riscos de privacidade envolvidos no uso de dados de saúde para direcionamento comportamental superam os

¹⁵²¹ O TEDH já teve a oportunidade de afirmar que: “The protection of personal data, in particular medical data, is of fundamental importance to a person’s enjoyment of his or her right to respect for private and family life as guaranteed by Article 8 of the Convention. Respecting the confidentiality of health data is a vital principle in the legal systems of all the Contracting Parties to the Convention. It is crucial not only to respect the sense of privacy of a patient but also to preserve his or her confidence in the medical profession and in the health services in general.” TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Case of I v. Finland*. Fourth Section. Application no. 20511/03. Estrasburgo, 17 jul. 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdbs5kh3>. Acesso em: 19 jan. 2022.

¹⁵²² BORGESIUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 365.

possíveis benefícios sociais em permitir tais práticas.” (tradução nossa).¹⁵²³ Na mesma linha, outras categorias de dados sensíveis merecem um regramento mais restritivo para aplicações comerciais e publicitárias. A facilidade na coleta e processamento não podem servir de subsídio para a legitimação de práticas comerciais de perfilização e segmentação comportamental e emocional.

A lógica binária entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis também merece críticas, uma vez que o potencial preditivo das tecnologias de análise comportamental pode tornar dados aparentemente desconexos em informações sensíveis, sem que haja coleta direta de um dado pessoal considerado sensível pela LGPD (art. 5º, inciso II). A sensibilidade depende do contexto e não do tipo de dado tratado. Essa concepção foi desenvolvida originalmente por Nissenbaum e pode auxiliar o legislador na técnica regulatória.¹⁵²⁴ De acordo com a autora, a “integridade contextual” indica que deve haver uma vinculação entre a proteção de dados pessoais e normas específicas sobre determinado contexto, “exigindo que a coleta e a disseminação de informações sejam adequadas a esse contexto específico e que obedeçam às normas correlatas.” (tradução nossa).¹⁵²⁵

O foco principal de Nissenbaum não está na coleta de dados, pois a inovação tecnológica facilita essa atividade e a torna inevitável.¹⁵²⁶ O verdadeiro problema estaria em como os dados são processados, em qual contexto eles são empregados e para qual finalidade. O regramento geral de dados pessoais, portanto, funcionaria como uma norma geral que deve ser complementada com as normas específicas correlatas ao setor que emprega os dados pessoais. O foco da questão está na otimização da visibilidade e conhecimento de como os dados são utilizados e combinados, monetizados e empregados no setor público ou privado.¹⁵²⁷

O contexto do tratamento de dados também revela que o potencial preditivo mina qualquer ideia de separar categorias de dados, pois as TICs realizam correlações com dados

¹⁵²³ “The privacy risks involved in using health data for behavioural targeting outweigh the possible societal benefits in allowing such practices.” BORGESIU, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 366.

¹⁵²⁴ NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: Technology, Policy, and Social Life*. Stanford: Stanford University Press, 2010. p. 80.

¹⁵²⁵ “Contextual integrity ties adequate protection for privacy to norms of specific contexts, demanding that information gathering and dissemination be appropriate to that context and obey the governing norms of distribution within it.” NISSENBAUM, Helen. Privacy as contextual integrity. *Washington Law Review*. Washington, D.C., v. 79, p. 119-158, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2x3k9n6c>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 119.

¹⁵²⁶ VAN DER HOF, Simone; PRIS, Corien. Personalisation and its influence on identities, behavior and social values. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008. p. 117.

¹⁵²⁷ NISSENBAUM, Op. cit. p. 81.

aparentemente inúteis tais como a taxa de cliques em uma página da internet, a movimentação do cursor de tela e a velocidade de digitação, se tornam dados sujeitos à análise e predição comportamental do seu titular. O potencial disruptivo dos algoritmos e o aprendizado de máquina tornam qualquer dado relevante para fins de marketing e de publicidade. Apesar da existência de técnicas de minimização de dados e de anonimização, o avanço tecnológico tornou a fronteira da “identificabilidade” maleável e dinâmica.¹⁵²⁸

Portanto, uma eventual limitação da utilização de dados no setor publicitário depende de uma análise global dos contextos e das finalidades perseguidas pelos agentes de tratamento que, devem estar em sintonia com a proteção da pessoa humana, nas suas vertentes consumeristas e de proteção de dados pessoais. Portanto, no contexto da segmentação comportamental, da análise de emoções, da perfilização e das demais práticas vinculadas ao novel ramo publicitário, pesquisas interdisciplinares são necessárias para identificar quais limitações são razoáveis e necessárias para a combinação segura de diversas fontes e naturezas de dados. Nos termos do art. 11, § 3º, da LGPD, a ANPD está autorizada a instituir tais proibições, por meio de regramento específico. Conforme a redação legal:

Art. 11 (...) § 3º A comunicação ou o uso compartilhado de *dados pessoais sensíveis* entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de *vedação ou de regulamentação* por parte da autoridade nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências.¹⁵²⁹ (destaques nossos)

Conclui-se, assim, que as limitações ou proibições na utilização de dados pessoais sensíveis já podem ser instituídas pela ANPD sem que haja necessidade de intervenção regulatória pelo legislador ordinário, que delegou tal atividade à autoridade nacional. Exigências mais rigorosas na utilização dos dados, que atualmente são considerados sensíveis pela LGPD, pode minimizar os impactos negativos das técnicas publicitárias comportamentais ao consumidor, principalmente no que tange à preservação da sua autonomia e da sua privacidade. A atual exigência prevista na LGPD, consubstanciada em um nível elevado de consentimento para tornar legítimo o tratamento de dados pessoais sensíveis, encontra as barreiras das falhas cognitivas. Essas falhas tornam sem efeito o regramento atual que busca limitar a utilização desses dados através do empoderamento dos seus titulares.

4.1.4 Síntese da primeira categoria conclusiva: A limitação ou proibição taxativa das técnicas publicitárias comportamentais pode reduzir as zonas cinzentas

¹⁵²⁸ Vide seção 2.2.1, desta tese.

¹⁵²⁹ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

A natureza ampla e genérica da LGPD não é ocasional. Trata-se do primeiro diploma brasileiro que busca uniformizar a tratamento de dados pessoais em suas diferentes facetas.¹⁵³⁰ A principiologia adotada nessa Lei é suficientemente abrangente para conter os abusos na atividade de tratamento e garantir maior controle dos titulares dos dados acerca das suas informações pessoais. Normas genéricas garantem a organicidade do sistema jurídico. Contudo, elas podem apresentar obstáculos à aplicação uniforme. Utilizando o exemplo fornecido por Cass Sunstein, é possível constatar que um enunciado legal que dispõe “não dirija em velocidade superior à 60 milhas por hora”, fornece uma orientação mais objetiva e de fácil compreensão quando comparado com enunciados gerais que afirmam “dirija com cuidado” ou “não coloque os demais usuários da estrada em perigo”.¹⁵³¹ Isso ocorre porque o primeiro enunciado traz maior previsibilidade e certeza ao intérprete.¹⁵³²

A LGPD empregou a técnica legislativa de normas e cláusulas abertas para abarcar diferentes modalidades de atividades de tratamento de dados e de situações fáticas a serem abrangidas pelo diploma legal. Essa abertura conta, também, com a aplicação simultânea de outros diplomas legais, uma vez que a LGPD deve ser aplicada em conjunto com outros diplomas incidentes no caso concreto. Dentre eles, se destacou a importância central do CDC e da aplicação da construção doutrinária do “diálogo das fontes” como base teórica para fundamentar uma maior coordenação e convergência principiológica entre CDC e LGPD.

O “diálogo das fontes” viabiliza a intersecção e complementariedade das normas. Ele promove a análise sistemática das normas espalhadas pelo ordenamento jurídico, resgatando o sentido concreto e a compatibilização de normas em conflito. Dialogar, portanto, é aplicar simultaneamente princípios e regras que otimizem a proteção do consumidor no caso concreto. Tal teoria exclui a possibilidade de aplicação sistemática que seja desfavorável ao vulnerável. O autor da tese aplicou, então, os ensinamentos de Cláudia Lima Marques sobre os tipos de

¹⁵³⁰ O MCI nunca se propôs ser uma espécie de lei geral sobre proteção de dados pessoais. De acordo com o seu art. 3º, “a disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: (...) III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei.” De acordo com Marcel Leonardi, “(...) desde seu início o MCI nunca pretendeu substituir uma lei geral de proteção de dados pessoais, servindo apenas de ‘primeiro passo no caminho legislativo’. Esse fato é particularmente importante, pois permite compreender que a intenção legislativa original do MCI era regular, de modo limitado e provisório, alguns aspectos do tema, até a promulgação de uma lei específica sobre dados pessoais.” Livro branco temas atuais LEONARDI, Marcel. Aspectos controvertidos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e o Marco Civil da Internet. In: PALHARES, Felipe (coord.). Temas atuais de proteção de dados. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 223.

¹⁵³¹ SUNSTEIN, Cass. Problems with rules. *California Law Review*. Chicago, v. 83, n. 4, p. 953-1026, jul. 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/4cw6jcz3>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 959.

¹⁵³² BORGESIUUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam. Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 344.

diálogo possíveis entre normas, em situações ligadas à publicidade comportamental online para reforçar o que dito em todos os capítulos sobre a importância da coordenação entre regimes jurídicos ligados ao setor publicitário. Essa coordenação interpretativa é plenamente possível e pode ser utilizada para reduzir as lacunas e “zonas cinzentas” apontadas no segundo capítulo desta tese.

A principiologia presente no CDC e na LGPD converge em diferentes pontos. Os princípios da boa-fé objetiva, da transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização, encontram guarida nos dois diplomas. Eventuais incompatibilidades podem encontrar no princípio geral da proporcionalidade o caminho do equilíbrio entre atividade econômica de monetização de dados pessoais e a proteção dos consumidores. Contudo, a flexibilidade interpretativa presente nos sistemas protetivos do consumidor e dos dados pessoais perfaz uma estratégia regulatória que traz custos para a segurança jurídica, pois fornece uma margem muito ampla de atuação do intérprete. Não existem certezas para o equilíbrio dos interesses contrapostos dos agentes econômicos, apenas balizas gerais limitadoras dos excessos que podem ser cometidos pelos fornecedores/agentes de tratamento.

Defendeu-se que, na ausência de um cenário ideal onde a miríade de agentes publicitários observa todos os preceitos legais e autorregulatórios e inexistem falhas de mercado, o equilíbrio entre esses interesses contrapostos depende da adoção de regras cogentes específicas para o setor. Como ficou evidenciado, a LGPD não se propôs ser um documento final ou definitivo, mas um diploma unificador da temática. Foi possível identificar que a seara da proteção de dados pessoais depende de complementação regulatória, principalmente em setores específicos que necessitam de maior coordenação multisetorial, tal como o setor publicitário.

A complementação regulatória pode instituir regras que visam fornecer maior transparência e controle dos dados pessoais aos titulares e à autoridade nacional (ferramentas de transparência), ou, ainda, regras proibitivas que limitem concretamente determinadas práticas comerciais lesivas aos direitos do consumidor (ferramentas de opacidade). Para compreender a diferença entre tais regras e definir em que situações elas são necessárias no setor publicitário, empregou-se a metodologia desenvolvida por Paul de Hert e Serge Gutwirth sobre os instrumentos regulatórios na seara da proteção de dados e privacidade.¹⁵³³

Resumidamente, “de um lado, as ferramentas de opacidade estabelecem os limites das

¹⁵³³ HERT, Paul de; GUTWIRTH, Serge. *Making sense of privacy and data protection: a prospective overview in the light of the future of identity, location based services and the virtual residence*. Brussel: Institute For Prospective Technological Studies, 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/5fe497u6>. Acesso em: 30 ago. 2021.

interferências do poder público e da iniciativa privada na vida do cidadão e, do outro lado, as ferramentas de transparência canalizam e regulam o uso legítimo do poder.” (tradução nossa).¹⁵³⁴ Isso indica que o legislador deve observar os dois lados da moeda e decidir pela adoção combinada desse ferramental ou pela adoção de apenas um deles. A partir dos cinco critérios elencados pelos autores e aplicados no caso concreto da publicidade comportamental online, foi possível concluir que proibições são necessárias nesse setor. Tais argumentos foram somados à literatura econômica das falhas de mercado e à literatura da economia comportamental, para justificar uma possível intervenção regulatória na iniciativa privada. Todo o conjunto revela que a complementação regulatória que visa reduzir falhas de mercado, tal como a assimetria de informação, não perfaz uma iniciativa paternalista indevida. A intervenção funciona para preservar a autonomia e a privacidade dos consumidores diante dos efeitos negativos da inovação tecnológica. Diante das atuais falhas, os indivíduos podem apresentar dificuldades para tomar decisões que maximizem o seu bem-estar.

O *status quo* da proteção jurídica oferecida ao consumidor é predominantemente *ex post*, ou seja, depende de uma análise jurídica e um teste de legalidade para que determinada prática seja considerada abusiva e, portanto, ilícita. Os controles são repressivos e visam reparar danos. Nesta primeira parte do quarto capítulo, foi proposto que, a adoção de um controle preventivo eficaz, que preserve a capacidade de tomada de decisões pelos consumidores, depende da proibição expressa (*ex ante*) de determinadas práticas comerciais ligadas à publicidade comportamental online. Apontou-se uma “lista negra” de práticas consideradas abusivas durante o desenvolvimento desta pesquisa. Tal lista é meramente exemplificativa e pode ser consubstanciada em um regramento específico para a publicidade comportamental ou, ainda, pode ser diluída nos atuais diplomas correlatos ao tema. Como, por exemplo, em uma eventual atualização do rol das práticas abusivas no CDC.¹⁵³⁵ A proibição tende a reduzir as “zonas cinzentas” apontadas no terceiro capítulo desta tese.

A “lista negra” envolve: (i) a proibição do rastreamento “clandestino” de dados pessoais; (ii) a proibição das “paredes de rastreamento” (*tracking walls*) que instituem mecanismos de “tudo ou nada”; (iii) a limitação do rastreamento de dados realizado por

¹⁵³⁴ “the opacity tools establishing the limits of interferences in an individual's life by public and private powers on the one hand, and the transparency tools channelling and regulating the legitimate use of power on the other hand.” GUTWIRTH, Serge; DE HERT, Paul. Privacy, data protection and law enforcement: opacity of the individual and transparency of power. In: CLAES, Erik; GUTWIRTH, Serge; DUFF, Antony. *Privacy and the Criminal Law*. [S.l.]: Intersentia, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc7escee>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 30.

¹⁵³⁵ Cabe ressaltar que o rol de práticas abusivas é meramente exemplificativo, conforme discutido na seção 2.1.3, desta tese.

aplicações de terceiros; (iv) a proibição da discriminação dinâmica de preços (*geopricing*), com base em dados pessoais sensíveis; (v) a proibição do bloqueio publicitário por região geográfica (*geoblocking*); (vi) a limitação do prazo máximo de retenção e armazenamento de dados; e, (vii) a limitação da utilização de dados sensíveis nas práticas publicitárias.

Contudo, as medidas regulatórias costumam ser morosas e alvo de longos debates sobre os impactos sociais, econômicos e políticos que podem ocorrer no mercado de consumo. Como visto no primeiro capítulo, a indústria publicitária online é extremamente rentável e subsidia, em parte, a manutenção de serviços a “preço zero” aos usuários. Qualquer alteração nessa lógica depende de maior maturação acadêmica e de participação social em debates sobre o futuro das TICs. Por este motivo, a segunda parte deste capítulo se volta para soluções rápidas e que independem de ferramentas de opacidade. Trata-se das medidas técnicas que empoderam os consumidores e reforçam a concepção da educação para o consumo.

4.2 O uso equilibrado de dados mediante a adoção de mecanismos tecnológicos (complementares) à proteção e ao empoderamento do consumidor

Meios complementares aos regimes jurídicos da publicidade se mostram necessários à preservação da autonomia e da liberdade de escolha dos consumidores no ciberespaço. Partindo dessa afirmação, o presente tópico analisa alguns mecanismos tecnológicos que podem proteger e capacitar os consumidores no ato de consentir e de gerenciar suas opções de privacidade, além de funcionarem como um ferramental minimizador do uso excessivo de dados pessoais para fins publicitários. Trata-se de mecanismos *ex ante* que agem preventivamente na concretização dos direitos legalmente previstos no CDC e na LGPD.

Para tanto, o primeiro tópico apresenta a construção acadêmica dos nudges como soluções baratas e de fácil implementação para melhorar o consentimento informado, que encontra os desafios apresentados pelos vieses comportamentais (seção 4.2.1). Em seguida, são analisados os nudges específicos que tornam o consentimento mais significativo e que reduzem a extensão da coleta de dados pessoais. Tais nudges são concretizados por meio das tecnologias facilitadoras da privacidade que melhoram o agir decisório dos consumidores e otimizam o seu bem-estar no ciberespaço (seção 4.2.2). Contudo, as PETs testadas e implementadas no setor publicitário ainda possuem baixo alcance e eficiência. Por este motivo, a última seção parte do dever de segurança no desenvolvimento tecnológico, por meio do princípio específico da privacidade pelo design presente no art. 46 da LGPD, como uma segunda categoria complementar à proteção e ao empoderamento do consumidor desde a fase de concepção - ou remodelagem - das tecnologias empregadas no setor publicitário comportamental. (seção 4.2.3).

A seção 4.2.4 conclui.

4.2.1 As estratégias de intervenção baseadas em nudges otimizadores do consentimento informado: corrigindo as “opções padrão” tendenciosas presentes no ciberespaço

A economia comportamental visa aprimorar o poder preditivo da teoria econômica tradicional, incluindo percepções da neurociência, psicologia e estudos comportamentais. Esse tema foi debatido na seção 3.1.3, que demonstrou que as pessoas costumam agir de maneira diversa daquela prevista pelo modelo tradicional da escolha racional. A racionalidade limitada do ser humano o leva a confiar em heurísticas que nem sempre otimizam o seu bem-estar. Os desvios sistêmicos da teoria da escolha racional são denominados pela literatura da economia comportamental de vieses. Dentre esses vieses, o “status quo” revela a tendência dos indivíduos de se aterem às configurações padronizadas. Já o viés da “miopia” indica a preferência por benefícios imediatos em detrimento dos riscos e malefícios que determinada decisão pode acarretar ao longo do tempo.

As duas situações estão presentes na temática da publicidade comportamental online. O usuário costuma aceitar o tratamento de dados da maneira como ele é oferecido em troca da utilização do serviço digital. A maneira como ele é oferecido perfaz a opção padrão eleita pelos agentes de tratamento que visam a otimização do negócio. Essa opção padrão terá grande relevância na dinâmica entre fornecedores e consumidores, uma vez que grande parte dos consumidores não alteram tais configurações e aceitam os termos da maneira como eles são apresentados. Este tópico, contudo, visa analisar como a lógica da “opção padrão” pode ser empregada para otimizar a proteção do consumidor, mediante a adoção de “empurrões” que melhorem a consciência do consumidor sobre as tecnologias empregadas na publicidade comportamental e para que o consentimento informado seja, de fato, concretizado.

Uma **opção padrão** consiste na oferta de uma decisão considerada usual ou costumeira naquele contexto em que é utilizada. O destaque é dado pelo agente responsável pelo software àquela opção desejada que satisfaça os seus objetivos comerciais.¹⁵³⁶ Isso não afasta a possibilidade da presença de outras opções oferecidas em segundo plano. Caso exista opções secundárias, o indivíduo pode navegar entre as demais alternativas de modo a gerenciar, por exemplo, o seu consentimento e questões de privacidade. A opção padrão estará sempre em

¹⁵³⁶ Nessa linha, Eliza Mik adverte que: “The limitation of choice and the accompanying threat to autonomy assumes a different dimension when ‘technological nudges’ are deployed by commercial actors, i.e., when choice architects no longer act for the benefit of the person being influenced, but exclusively for their own. It is often not appreciated that technology can be used not only to enforce legal norms, but also for private, commercial purposes.” MIK, Eliza. The erosion of autonomy in online consumer transactions. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 8, n. 1, p. 1-38, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8axsuzb>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 11.

destaque e, às vezes, “pré-selecionada” pelo próprio agente de tratamento, de forma a incentivar, ainda mais, a aceitação dos termos oferecidos. Se inexistirem proibições legais acerca do oferecimento dessa opção padrão, a prática comercial será plenamente lícita e permitida no mercado de consumo.¹⁵³⁷ A problemática se concentra no nível extrajurídico, na seara da economia comportamental.

No contexto da publicidade comportamental, as pessoas são menos propensas a aceitar a opção padrão se o regime de coleta do consentimento for *opt-in*. Portanto, quando se exige uma ação afirmativa para o consentimento válido, um quantitativo menor de pessoas tende a aceitar. Exceções ficam por conta de “paredes de rastreamento” que não oferecem oportunidade de gerenciamento do consentimento e vinculam a prestação do serviço à coleta irrestrita de dados pessoais. Nesses casos, mesmo no regime *opt-in*, diante da essencialidade de determinado serviço digital, as pessoas tendem a concordar com os termos apresentados.

Por outro lado, se o regime é *opt-out*, o que não exige nenhuma ação dos indivíduos para que se confirme o consentimento, a maior parte dos usuários aceitará as opções padrão da publicidade comportamental online que visam a coleta, processamento e compartilhamento da maior quantidade de dados possível. Portanto, os insights do “status quo” podem ajudar o jurista a compreender qual regime jurídico de *opt-in* ou *opt-out* otimiza a proteção do consumidor diante da coleta de dados pessoais.¹⁵³⁸ O regime mais protetivo é aquele *opt-in*, uma vez que exige uma ação pelo consumidor e possui maiores chances de êxito na coleta do consentimento informado.

Se a opção padrão for maléfica ao consumidor ou oferecer alternativas secundárias que reduzem a funcionalidade do bem de consumo oferecido ou, ainda, quando se aponta para uma lógica “tudo ou nada”, o indivíduo tenderá a aceitá-la porque as pessoas frequentemente escolhem a gratificação imediata (utilização do serviço) e desconsideram desvantagens e custos futuros. Ignora-se, portanto, as futuras violações à privacidade não por um desleixo, mas pela ausência de opções favoráveis à sua proteção. O “paradoxo da privacidade” ocorre, em grande medida, devido à arquitetura invisível de extração de dados que foi construída para estimular o ato de consentir com tal prática comercial e de incentivar o usuário a produzir dados e lançá-

¹⁵³⁷ BORGESIU, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 240-241.

¹⁵³⁸ Conforme defendido na seção 3.1.1, o regime *opt-out* parece ser ilícito na coleta do consentimento, uma vez que a adjetivação do consentimento informado no art. 8º da LGPD parece exigir uma ação afirmativa do titular dos dados pessoais, caso seja essa a base jurídica eleita para a publicidade comportamental online.

los no ciberespaço.¹⁵³⁹ O poder econômico, informacional e técnico dos agentes de tratamento no contexto publicitário, rege a forma atual da arquitetura do ciberespaço.¹⁵⁴⁰

Portanto, a problemática não está na adoção de opções padrão, mas nas estratégias comportamentais utilizadas para beneficiar o rastreamento sistêmico em detrimento da proteção dos dados pessoais dos usuários da internet. Existem “padrões obscuros” que utilizam a neurociência, o neuromarketing, a psicologia e outras áreas do conhecimento para exploração das vulnerabilidades dos consumidores.¹⁵⁴¹ É nesse sentido os insights oferecidos pela economia comportamental acerca dos “**nudges**” podem otimizar “arquitetura da escolha” no contexto do consentimento informado. Minimizando, assim, os efeitos negativos das “zonas cinzentas” presentes no ordenamento jurídico que não alcançam as práticas comerciais de “dark patterns”.¹⁵⁴² Nudges independem de alterações regulatórias dispendiosas tais como aquelas apontadas na primeira parte deste capítulo.

A definição de opções padrão é o exemplo nuclear de nudge. Contudo, nem todo padrão pode ser considerado um nudge. A nomenclatura cunhada por Richard Thaler e Cass Sunstein, indica “um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão” dado por um agente público ou privado, que estimulada a tomada de decisões de terceiros em um contexto físico ou virtual.¹⁵⁴³ Trata-se de “qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma

¹⁵³⁹ BARNES, Susan B. A privacy paradox: social networking in the United States. *First Monday*. [s.l.], v. 11, n. 9, set. 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/2nexuunv>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹⁵⁴⁰ DOMINGUES, Izabela. *Publicidade de controle: consumo, cibernética, vigilância e poder*. Porto Alegre: Sulina, 2016; O’NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça à democracia*. Tradução de Rafael Abraham. São Paulo: Rua do Sabão, 2020.

¹⁵⁴¹ Os autores Richards e Hartzog fazem críticas à utilização antiética do conhecimento científico para exploração indevida das vulnerabilidades do consumidor no contexto do ciberespaço: “While Richard Thaler and Cass Sunstein’s book *Nudge* offered an optimistic account of how to use the insights of behavioral economics to influence ‘choice architecture’ for social good through what they called ‘benevolent paternalism,’ many tech companies today seem to be using it as a cookbook for coercive and manipulative decision structures.” RICHARDS, Neil; HARTZOG, Woodrow. The Pathologies of Digital Consent. *Washington University Law Review*. Washington, v. 96, p. 1461-1503, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8s7ywk>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 1490.

¹⁵⁴² Para aprofundar a temática dos padrões obscuros, veja:

FORBRUJER RÂDET. *Deceived by design: how tech companies use dark patterns to discourage us from exercising our rights to privacy*. Report. [s.l.], 27 jun. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8sj2ve>. Acesso em: 20 jan. 2022;

BÖSCH, Christoph; ERB, Benjamin; KARGL, Frank; KOPP, Henning; PFATTHEICHER. *Tales from the Dark Side: Privacy Dark Strategies and Privacy Dark Patterns*. Privacy Enhancing Technologies. [S.l.], Anais [...]. P. 237-254, 13 jul. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8hvfut>. Acesso em: 20 jan. 2022;

LE GRAND, Gwendal (ed.). *Shaping Choices in the Digital World from Dark Patterns to Data Protection: The Influence of Ux / Ui Design on User Empowerment*. Report n. 6. [S.l.]: IP Reports: innovation and foresight, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ratvh8z>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁴³ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 14.

mudança significativa em seus incentivos econômicos.”¹⁵⁴⁴ Para os autores, os nudges devem ser uma “intervenção barata e fácil de evitar. Um nudge não é uma ordem. Colocar as frutas em posição bem visível é um exemplo de nudge. Simplesmente proibir a junk food, não.”¹⁵⁴⁵ A proposta central do nudge, portanto, é neutralizar as heurísticas mentais e preconceitos que fazem surgir o comportamento irracional mapeado nesta tese.¹⁵⁴⁶

O setor privado também pode adotar os nudges, pois tais agentes são “arquitetos de escolhas”, ou seja, instituem a base fática que subsidiará a decisão de outros indivíduos. Na relação de consumo, os fornecedores são arquitetos de escolhas quando, por exemplo, organizam a disposição dos alimentos nas prateleiras do supermercado para estimular o consumo de alimentos naturais, orgânicos ou não OGM. No contexto da publicidade comportamental online, os responsáveis pelo design do software e os demais profissionais envolvidos na atividade de tratamento de dados são chamados de “arquitetos de escolhas.” Conforme apontam Thaler e Sunstein, “um arquiteto de escolhas tem a responsabilidade de organizar o contexto no qual as pessoas tomam decisões.”¹⁵⁴⁷

A construção teórica do nudge é fulcrada na ideia de **paternalismo libertário**. A junção de dois termos aparentemente opostos aponta que as decisões a serem tomadas por agentes responsáveis pela arquitetura da decisão de outrem, devem preservar a liberdade desses agentes no ato decisório. O papel do arquiteto é direcionar de maneira “suave” a melhor escolha para aquele contexto. Como sujeitos autônomos, os indivíduos devem ser livres para escolher o melhor caminho a seguir, mesmo que esse caminho prejudique seu bem-estar. Um exemplo está no tabagismo. Nudges podem auxiliar na redução do consumo de cigarros, mas deixando a opção pelo consumo assegurada. Do contrário, não se trata de um nudge. A liberdade então encontra o viés paternalista, que dá legitimidade à ação dos arquitetos de escolha para influenciar o comportamento dos indivíduos, “desde que seja para tornar a vida delas mais longa, mais saudável e melhor.”¹⁵⁴⁸ Portanto, os nudges correspondem ao viés paternalista libertário porque visam implementar políticas benéficas aos indivíduos. Alguns autores denominam essa literatura econômica de “paternalismo suave”, em contraposição a ideia de um

¹⁵⁴⁴ Ibid.

¹⁵⁴⁵ Ibid.

¹⁵⁴⁶ CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 68.

¹⁵⁴⁷ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 11.

¹⁵⁴⁸ Ibid., p. 13.

“paternalismo duro” que limita ou proíbe comportamentos e atinge o livre arbítrio dos indivíduos.^{1549 1550} Conforme apontam Thaler e Sunstein:

O paternalismo libertário é um tipo de paternalismo relativamente fraco, brando e não intrusivo, pois não cria impedimentos ou obstáculos às escolhas. Se as pessoas querem fumar, se entupir de doces, escolher um tipo de plano de saúde pouco vantajoso ou torrar todo o dinheiro antes da aposentadoria, os paternalistas libertários não vão forçá-las a fazer o contrário, nem sequer vão colocar empecilhos nessa jornada. Ainda assim, a abordagem que recomendamos é considerada paternalista, pois os arquitetos de escolhas, sejam elas públicas ou privadas, não estão apenas identificando ou colocando em prática as decisões que esperam que as pessoas tomem: na verdade, estão, conscientemente, induzindo as pessoas a seguir caminhos que melhorarão sua vida. Estão dando um nudge (empurrão, na tradução livre para a língua portuguesa).¹⁵⁵¹

Portanto, as “cutucadas” visam melhorar a capacidade de tomada de decisão das pessoas em uma série de áreas da sociedade.¹⁵⁵² A própria regulação estatal pode adotar mecanismos ou incentivos paternalistas libertários para otimizar, por exemplo, as escolhas dos consumidores. Nessa linha, Baldwin entende que o agente regulador do comportamento humano (público ou privado) pode utilizar três “níveis” diferentes de nudges. Em primeiro lugar, estão os nudges que servem para aprimorar o pensamento racional, preservando a autonomia do indivíduo e a tomada de decisão informada. Em segundo lugar, o legislador pode instituir limitações comportamentais ou volitivas “leves” para influenciar uma decisão na direção desejada para a melhoria do bem-estar das pessoas. Em terceiro lugar, estão os nudges que visam modelar a decisão com base em conhecimento científico interdisciplinar que

¹⁵⁴⁹ Nessa linha, o “light paternalism” é uma concepção mencionada por: LOEWENSTEIN, G; HAISLEY, Emily. *The Economist as Therapist: Methodological Ramifications of 'Light' Paternalism*. In: CAPLIN, Andrew; SCHOTTER, Andrew (Eds.). *Perspectives on the Future of Economics: Positive and Normative Foundations*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 210.

Cabe mencionar que na literatura econômica existem distinção entre as versões do paternalismo mais brando. Foge do escopo desta tese delinear a peculiaridade doutrinária de cada vertente teórica. Cabe apenas mencionar que tais vertentes teóricas são semelhantes em seu escopo e preservam a ideia central da adoção de medidas não proibitivas que regule o comportamento humano. Por meio de uma arquitetura da escolha que preserve a autonomia dos indivíduos e a sua liberdade de escolha. Delineamentos sobre as distinções foram expostos na nota abaixo.

¹⁵⁵⁰ Conforme aponta Luth, o paternalismo libertário já era estudado anteriormente por outros pesquisadores. Em 2003, Camerer et al., delineavam o chamado “paternalismo assimétrico” que “refers to regulation that creates large benefits for those who are affected by the bias or heuristic at hand, at very low or no costs to those who act fully rational. It is explicitly mentioned that some costs could be incurred by the rational parties. This implies that asymmetric paternalism might have some distributional effect.” LUTH, Hanneke A. *Behavioural Economics in Consumer Policy: the economic analysis of standard terms in consumer contracts revisited*. Thesis (Ph.D. in Law). Law Program, Erasmus Universiteit Rotterdam. Rotterdam, 2010. p. 72.

Para consultar o artigo científico que lançou a ideia do termo “paternalismo assimétrico”, veja: CAMERER, C. F.; ISSACHAROFF, S.; LOEWENSTEIN, G. F.; O'DONOGHUE, T.; RABIN, M. *Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism"*. *University of Pennsylvania Law Review*. [s.l.], v. 151, p. 1211-1254, abr. 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/5frm64nf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁵¹ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 14.

¹⁵⁵² MIK, Eliza. *The erosion of autonomy in online consumer transactions*. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 8, n. 1, p. 1-38, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8axsuzb>. Acesso em: 18 jan. 2022. p. 10.

efetivamente manipule os indivíduos a tomar a decisão considerada adequada pelo legislador. Nessa categoria, há um “bloqueio” da reflexão racional, pois se explora o aspecto irracional da mente humana para condicionar as decisões sem que haja, contudo, proibições.^{1553 1554}

Contudo, existem dificuldades na **definição dos interesses** que devem ser perseguidos pelos nudges. Por este motivo, há necessidade da criação de um consenso sobre os valores sociais subjacentes ao comportamento online seguro e que esteja em conformidade para com as regras aplicáveis ao caso concreto.¹⁵⁵⁵ Do contrário, os nudges podem falhar e não resultar em ganhos para a proteção dos consumidores, podendo, ainda, incorrer em custos de transação desnecessários e ineficientes.^{1556 1557} No contexto da publicidade comportamental, afirmam Tene e Polonetsky que “na ausência de tal consenso, rótulos e avisos de privacidade, destacados ou não, continuarão a falhar aos olhos daqueles que contestam o mérito da direção que foi fornecida aos usuários ‘cutucados’”. (tradução nossa).¹⁵⁵⁸ Os regimes jurídicos da publicidade podem funcionar como balizas para a identificação desses valores sociais, tais como a concretização do princípio da boa-fé objetiva, da transparência, da informação, da prevenção de dados, da minimização de dados, dentre outros previstos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na LGPD e no CDC.

¹⁵⁵³ BALDWIN, Robert. From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree. *The Modern Law Review*. [S.l.], v. 77, n. 6, p. 831-857, nov. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/mvjswvac>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁵⁴ Existem discussões sobre os limites da utilização de insights comportamentais promovidos com a neurociência nas discussões regulatórias dos legisladores. A exploração do aspecto emocional ainda é controversa nessa seara, se o Estado poderia se apropriar desse conhecimento científico para moldar comportamentos humanos.

¹⁵⁵⁵ Nessa linha, veja o estudo que demonstram os equívocos gerados na adoção de nudges na seara médica da realização de partos no Brasil. A opção pela cesariana prescinde de justificativa médica e é estimulada pela equipe médica. Trata-se, segundo as autoras, de um “empurrão para a direção errada”, uma vez que o procedimento pode gerar riscos à saúde da gestante e do nascituro. Tal estudo demonstra que análises interdisciplinares devem ser realizadas para que não haja erros na definição dos padrões verdadeiramente protetores da dignidade da pessoa humana. SILVA, Bruna Menezes Gomes da; AGUIAR, Júlio Cesar de. A livre opção pela cesariana: um “nudge às avessas.” *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 11, n. 1, p. 267-281, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/378z973a>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁵⁶ WILLIS, Lauren E. When Nudges Fail: Slippery Defaults. *University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 80, n. 3, p. 1155-1229, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/5ycmwx8t>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁵⁷ Conforme aponta Borgesius: “A legal regime that adds transaction costs and allows firms to offer take-it-or-leave-it choices could lead to an unpleasant situation.” BORGESIUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 355.

No mesmo sentido, LUTH, Hanneke A. *Behavioural Economics in Consumer Policy: the economic analysis of standard terms in consumer contracts revisited*. (Ph.D. in Law), Law Program, Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam, 2010. p. 72-74.

¹⁵⁵⁸ “Absent such consensus, labels and privacy notices, visceral or not, will continue to fail in the eyes of those who dispute the merit of the direction users are nudged’.” TENE, Omer; POLONETSKY, Jule. To Track or 'Do Not Track': Advancing Transparency and Individual Control in Online Behavioral Advertising. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Minneapolis, v. 13, n. 1, p. 1-55, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1920505>. Acesso em: 13 set. 2021. p. 48.

Como visto no terceiro capítulo desta tese, os consumidores costumam tomar decisões não ótimas em decorrência de atalhos heurísticos fomentados pela racionalidade limitada e pelo uso do sistema cerebral 2 (intuitivo e automático).¹⁵⁵⁹ O setor publicitário tende a utilizar essas falhas para regular o comportamento desses indivíduos na direção por eles definida. Nessa linha, demonstrou-se que as “zonas cinzentas” e as falhas das atuais estratégias regulatórias adotadas no setor da publicidade comportamental não alcançam satisfatoriamente as tecnologias disruptivas empregadas nesse setor. Ficou evidenciado que esse cenário atual gera riscos à autonomia dos consumidores e exige uma ação dos formuladores de políticas para minimizar possíveis danos e preservar os direitos do consumidor no comércio eletrônico.

É nessa linha que alguns “empurrões” podem ser utilizados de maneira estratégica para induzir os consumidores a tomarem decisões melhores, sem que haja, por exemplo, as proibições elencadas na seção anterior, em que pese elas serem interessantes para otimizar a proteção desse público vulnerável.¹⁵⁶⁰ Conforme aponta Hanneke Luth:

Esse empurrão pode, por exemplo, fornecer certas informações que podem fazer as pessoas chegarem a uma decisão mais racional. Também pode alterar um default de forma que o resultado da mesma decisão seja alterado, ou utilizar outro viés que poderia influenciar a decisão. Mais uma vez, cutucá-lo crucialmente envolve nada mais do que uma sugestão para uma determinada decisão; se as pessoas preferem fazer outra coisa, devem permanecer livres para fazê-lo. Qualquer intervenção que incentiva, mas não obriga, as pessoas mudarem de sua decisão atual para outra preferida pela parte que instigou a intervenção pode ser visto como um empurrãozinho. (tradução nossa).¹⁵⁶¹

Portanto, instrumentos específicos podem ser utilizados para corrigir as decisões tendenciosas que são influenciadas pelos agentes publicitários abordados nesta tese. Jolls e Sunstein elencam três tipos de estratégias de intervenção que dão cientificidade aos instrumentos regulatórios e não regulatórios adotados por agentes públicos ou privados. Essa abordagem pode, portanto, funcionar no contexto da publicidade comportamental. Trata-se das

¹⁵⁵⁹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

¹⁵⁶⁰ Thaler e Sunstein sugerem, no contexto do trânsito de veículos automotores, um nudge que consiste em pintar faixas horizontais em estradas que gradualmente vão se tornando mais próximas umas das outras à medida que o condutor se aproxima dos cruzamentos perigosos. Trata-se de um efeito ótico que induz a redução da velocidade de forma inconsciente. THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 50.

¹⁵⁶¹ “This nudge could for example provide certain information that might make people arrive at a more rational decision. It could also change a default so that the outcome of the same decision is altered or utilise another bias that could influence the decision. Again, nudging it crucially entails nothing more than a hint towards a certain decision; if people prefer to do something else, they should remain free to do so. Any intervention that encourages, but not mandates, people to switch from their current decision to another one that is preferred by the party instigating the intervention can be seen as a nudge.” LUTH, Hanneke A. *Behavioural Economics in Consumer Policy: the economic analysis of standard terms in consumer contracts revisited*. (Ph.D. in Law), Law Program, Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam, 2010. p. 73.

estratégias de intervenção: (i) mudança de padrões (switching defaults); (ii) debiasing; e, (iii) rebiasing.¹⁵⁶²

A estratégia central dos nudges é intervir em configurações padrão para que os vieses sejam contornados. Contudo, quando as pessoas costumeiramente empregam o sistema intuitivo para tomar decisões em um contexto específico, tal como o fornecimento do consentimento para acesso aos serviços digitais, elas provavelmente continuarão se comportando da mesma maneira após uma intervenção regulatória. Apesar de inexistirem dados empíricos, é possível se cogitar que a LGPD não será capaz de alterar os incentivos para que haja modificação comportamental dos consumidores no que tange à leitura de termos de uso. Há falta de interesse e tempo para essa atividade. Por este motivo, as estratégias de alteração de padrões costumam alterar a lógica *opt-in/opt-out*.¹⁵⁶³ Essa modificação remodela o comportamento atual do indivíduo. É nessa linha que a presente tese defende que o consentimento no contexto publicitário deve ser dado de forma opt-in, exigindo, portanto, uma ação pelo usuário que demonstre a concordância com os termos de uso que permite o tratamento de dados pessoais.

Na segunda modalidade de estratégias de intervenção, deixa-se a intuição que conduz o comportamento do indivíduo de lado, para que se estimule a tomada de decisão racional e consciente. Os nudges aqui forçam a utilização do sistema reflexivo.¹⁵⁶⁴ Trata-se de um aspecto educacional que pode ser conectado à ideia de educação para o consumo. Nessa modalidade, há reforço das informações e da maneira como elas são apresentadas aos indivíduos. A intenção é que a mudança de estratégia aconteça naturalmente. O nudge força uma tomada de decisão informada pelo indivíduo.¹⁵⁶⁵ Nudge que otimizem o direito à informação dos consumidores podem ser estratégicos na otimização do consentimento informado.

Na terceira modalidade, os arquitetos de escolhas podem explorar vieses em vez de eliminá-los por completo. Aproveita-se os benefícios do conhecimento científico

¹⁵⁶² SUNSTEIN, Cass; JOLLS, Christine. Debiasing through Law. *Journal of Legal Studies*. Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 225 (2d series), p. 199-242, 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8dur2u>. Acesso em: 20 jan. 2022.

Como visto acima, a concepção dos níveis de nudges desenvolvida por Robert Baldwin em 2014, se assemelha à ideia das estratégias de intervenção de Jolls e Sunstein (2005). Apesar disso, esses últimos trazem elementos mais densos para a análise realizada nesta tese.

¹⁵⁶³ Veja na seção 3.1.1, a discussão regulatória da Lei do Cadastro Positivo.

¹⁵⁶⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 29-32.

¹⁵⁶⁵ SUNSTEIN, Cass; JOLLS, Christine. Debiasing through Law. *Journal of Legal Studies*. Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 225 (2d series), p. 199-242, 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8dur2u>. Acesso em: 20 jan. 2022.

interdisciplinar para otimizar o bem-estar das pessoas. Há um encorajamento para que os consumidores empreguem preconceitos mais benéficos estimulados pela emoção que regerá a decisão. A divulgação de imagens de pessoas com doenças decorrentes do tabagismo é um exemplo dessa modalidade de nudge porque estimula o agir emocional em um primeiro momento para que o impacto leve à ponderação entre o consumo excessivo desse produto e as consequências danosas à saúde a longo prazo.¹⁵⁶⁶

A combinação ou escolha entre as modalidades de intervenção por meio de nudges depende, segundo Hanneke Luth do nível de intrusão da intervenção, da eficácia das estratégias de intervenção e da previsibilidade do resultado de uma intervenção. A escolha pelo arquiteto de escolhas de um resultado preferido deve levar em consideração técnicas menos intrusivas e o incentivo à decisão racional, mesmo que possa utilizar insights comportamentais. Na escolha de uma regra padrão deve-se levar em consideração a otimização do bem-estar social, sem descuidar dos custos envolvidos na modificação comportamental.¹⁵⁶⁷ Na seara publicitária, se os editores de sites exigirem três cliques para se obter o consentimento pode haver uma maior conscientização do ato. Contudo, o volume de solicitações de consentimento pode gerar uma sobrecarga ao usuário que deixará de observar o conteúdo do ato para o qual está consentimento.¹⁵⁶⁸ Essa constatação está na linha da eficácia das estratégias de intervenção que devem observar quando os consumidores não estão aptos a tomar uma decisão racional.

A **sobrecarga de opções de gerenciamento** de consentimento funciona como exemplo de padrão que pode falhar na produção do efeito prático desejado. Nos casos que indicam a impossibilidade de contornar os vieses indesejados, a estratégia do *rebiasing* pode se tornar uma central para o arquiteto de escolhas. Por fim, os nudges também visam resultados comportamentais previsíveis. Esse é o objetivo central da construção econômica baseada no paternalismo *soft*. Hanneke Luth defende a testagem das estratégias de intervenção antes que elas sejam aplicadas em larga escala.¹⁵⁶⁹ A ideia é evitar efeitos indesejados e não previstos pelo arquiteto de escolhas. A modelagem e remodelagem comportamental fazem parte da arquitetura das decisões. Tal noção é evidente quando se trata das tecnologias disruptivas

¹⁵⁶⁶ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução n. 54, de 6 de agosto de 2008*. Altera a RDC nº 335, de 21 de novembro de 2003, que dispõe sobre as embalagens de produtos fumígenos derivados do tabaco. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/3b7e7h9b>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁶⁷ LUTH, Hanneke A. *Behavioural Economics in Consumer Policy: the economic analysis of standard terms in consumer contracts revisited*. (Ph.D. in Law), Law Program, Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam, 2010. p. 80.

¹⁵⁶⁸ BORGESIUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 355.

¹⁵⁶⁹ LUTH, op. cit. p. 81.

abordadas nesta tese. Elas devem observar um design socialmente benéfico, seja do ponto de vista do consumo, seja do ponto de vista da proteção de dados. Isso pressupõe testagens prévias e orientadas pelo mais avançado estado atual do conhecimento científico.¹⁵⁷⁰

Especificamente na temática do consentimento informado na seara da publicidade comportamental online, notou-se que a ausência de um critério objetivo na sua coleta, tem ocorrido a adoção maciça de banners de consentimento que apenas informam a coleta de dados pessoais. Os famosos “avisos de cookies” passaram a dominar os serviços digitais. Esse tema já foi alvo de aprofundamento na seção 3.1, aqui cabe apontar que essa estratégia acaba reforçando um comportamento prejudicial ao consumidor. Muitos agentes de tratamento não solicitam adequadamente o consentimento e se utilizam das imprecisões legais para implementar técnicas que incentivam o rastreamento de dados, a perfilização comportamental e demais técnicas ligadas à extração e monetização dos dados pessoais.

Esta tese defende a ideia de que o consentimento exige uma ação. Portanto, a prática comercial de inferir o consentimento a partir do mero silêncio é irregular e abusiva. Diante dessa e de outras lacunas legais, os nudges podem ser implementados para: (i) exigir uma ação contundente do titular de dados, tendo em vista que os insights da economia comportamental sugeriram que mecanismos de opt-in levam as pessoas a divulgar menos informações.¹⁵⁷¹ Esses mecanismos devem ser pontuais, uma vez que o excesso de solicitações falhará em cumprir o objetivo de melhorar o bem-estar do consumidor; (ii) instituir *layouts* agradáveis que estimulem a consciência acerca das categorias de dados que serão coletados, a finalidade do tratamento, o tempo de retenção e descarte, o compartilhamento com terceiros, além da opção de exclusão dos dados; (iii) advertir ao consumidor quando ele está exposto às práticas comerciais da publicidade comportamental, especialmente quando está navegando entre conteúdo e anúncios comerciais direcionados; e, (iv) facilitar a utilização de opções secundárias para os consumidores que desejam “microgerenciar” o uso de seus dados pessoais.

Nessa linha, os nudges na seara da publicidade comportamental online devem visar tecnologias amigáveis que facilitem o ato de dar ou recusar o consentimento. O próximo tópico visa levantar e avaliar a implementação de ferramentas técnicas de otimização do consentimento e de redução do rastreamento excessivo de dados pessoais. Tais ferramentas são

¹⁵⁷⁰ FERNANDES, Rafael Gonçalves. A responsabilização civil do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento e a análise custo-benefício dessa prática. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 7, n. 6, p. 1899-1927, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/y2832xae>. Acesso em: 6 jan. 2022.

¹⁵⁷¹ BORGESIU, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 340.

implementadas pela própria iniciativa privada.

4.2.2 A aplicação das tecnologias facilitadoras da privacidade (Privacy Enhancing Technologies) na seara publicitária: DNT, P3P, CYT, YourAdChoices, CMP e as certificações de privacidade

Em decorrência das falhas presentes nos regulamentos estatais e na autorregulação do setor privado, alguns entusiastas da indústria e ativistas defensores da privacidade no ciberespaço, desenvolveram soluções técnicas para tornar o consentimento mais significativo e para reduzir a extensão da coleta de dados pessoais.¹⁵⁷² As tecnologias desenvolvidas partem dos princípios básicos da proteção de dados e são reconhecidas doutrinariamente como “**tecnologias de aprimoramento da privacidade**” ou, originalmente, na língua inglesa, como “Privacy Enhancing Technologies (PETs)”. O surgimento das PETs está atrelado ao início da regulação jurídica dos dados pessoais na década de 1970.¹⁵⁷³ Com a adoção comercial da internet e a evolução das TICs, os desafios envolvendo a privacidade e a proteção de dados foram intensificados e fizeram aperfeiçoar os esforços de pesquisa e desenvolvimento de novas PETs. Tanto é que, nos últimos anos, essa temática se tornou comum na seara jurídica. Tais tecnologias são capazes de instrumentalizar o direito à proteção de dados pessoais por meio do empoderamento dos consumidores na gestão da sua privacidade.

As PETs são uma espécie de “guarda-chuva” capaz de abarcar toda e qualquer tecnologia que seja amigável e facilitadora à privacidade.”¹⁵⁷⁴ Não há uma definição singular para o termo, pois elas partem do conceito multifacetado de privacidade. A literatura especializada já realizou algumas tentativas de categorização e taxinomia, mas encontrou divergências conceituais.¹⁵⁷⁵ Nessa linha, a Comissão Europeia elaborou documento técnico sobre o assunto. O relatório final aponta que as PETs “representam um sistema coerente de medidas de TIC que protege a privacidade, eliminando ou reduzindo dados pessoais ou evitando

¹⁵⁷² HOOFNAGLE, Chris Jay. Privacy self-regulation: a decade of disappointment. In: *Consumer Protection in the Age of the 'Information Economy'*. London: Routledge, 2016.

¹⁵⁷³ A origem das PETs está no artigo científico escrito em 1981 por Chaum, que desenvolveu o primeiro sistema de criptografia de e-mails. CHAUM, David L. Untraceable electronic mail, return addresses, and digital pseudonyms. *Communications of the ACM*, v. 24, n. 2, p. 84-90, fev. 1981. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8hku2k>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁷⁴ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

¹⁵⁷⁵ Nesse sentido, veja:

FRITSCH, Lothar; ABIE, Habtamu. Towards a Research Road Map for the Management of Privacy Risks in Information Systems. SICHERKEIT, Schutz. *Jahrestagung des Fachbereichs Sicherheit*. Bonn: Gesellschaft für Informatik, 2008. Anais [...]. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n86w2cy>. Acesso em: 20 jan. 2022;

HEURIX, Johannes. A taxonomy for privacy enhancing Technologies. *Computers & Security*. [S.l.], v. 53, p. 1-17, set. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/38ed7a7d>. Acesso em: 20 jan. 2022.

o seu processamento desnecessário e/ou indesejado.” (tradução nossa).¹⁵⁷⁶

Em outra oportunidade, a Comissão Europeia considerou que “a utilização de medidas tecnológicas adequadas é um complemento essencial dos meios jurídicos e deve ser parte integrante de todos os esforços para alcançar um nível suficiente de proteção da privacidade.” (tradução nossa).¹⁵⁷⁷ As estratégias comerciais utilizadas nessa seara podem: (i) exigir uma ação positiva e contundente dos consumidores, quando se exige que se adquira ou se instale determinado software no dispositivo eletrônico; ou, ainda, (ii) implementar medidas que integram ferramentas de proteção dos dados pessoais na própria arquitetura dos sistemas de informação.

Portanto, as PETs visam **corrigir a falta de conformidade** da atividade comercial de tratamento de dados pessoais com os pressupostos da proteção de dados pessoais. Alguns autores consideram as PETs como tecnologias integrantes da categoria geral de Privacy by Design (PbD). Conforme aponta Bioni, PbD “é a ideia de que a proteção de dados pessoais deve orientar a concepção de um produto ou serviços, devendo eles ser embarcados com tecnologias que facilitem o controle e a proteção das informações pessoais.”¹⁵⁷⁸

Apesar da inclusão das PETs no rol de medidas PbD, as PETs são aplicáveis para aperfeiçoar a proteção do consumidor após a colocação em circulação do serviço que manipula dados pessoais. Nessa linha, o próximo tópico mostra que a Privacy by Design em sentido estrito atua na fase anterior à comercialização de uma tecnologia. Atua diretamente na arquitetura tecnológica a ser desenvolvida de acordo com os parâmetros técnicos e legais definidos pelas autoridades competentes com base no regramento aplicável. A autorregulação também tem um papel importante para a aplicação da noção PbD em novas tecnologias. Portanto, as PETs perfazem um instrumento preventivo aplicável a uma tecnologia ou serviço já disseminado no mercado de consumo, para aperfeiçoar a proteção do titular de dados

¹⁵⁷⁶ “PET stands for a coherent system of ICT measures that protects privacy by eliminating or reducing personal data or by preventing unnecessary and/or undesired processing of personal data, all without losing the functionality of the information system.” UNIÃO EUROPEIA. Commission of the European Communities. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. On Promoting Data Protection by Privacy Enhancing Technologies (PETs)*. COM(2007) 228 final. Brussels: EU, 2 maio 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8rw8e3>. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 3.

¹⁵⁷⁷ “(...) the use of appropriate technological measures is an essential complement to legal means and should be an integral part in any efforts to achieve a sufficient level of privacy protection (...)”. UNIÃO EUROPEIA. Commission of the European Communities. *Report from the Commission. First report on the implementation of the Data Protection Directive (95/46/EC)*. COM(2003) 265 final. Brussels: EU, 15 maio 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycktr38a>. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 16.

¹⁵⁷⁸ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

peçoais. Não há necessidade de uma irregularidade para que haja a aplicação de uma PET, basta o desejo por uma proteção mais aprimorada da sua privacidade no ambiente virtual.

Nessa linha, as PETs são repressivas dos excessos tecnológicos cometidos no tratamento de dados pessoais. Elas são utilizadas em uma miríade de setores digitais. Na seara publicitária comportamental plug-ins e softwares intermediários realizam a tarefa de bloquear o rastreamento de dados, indicar quando o usuário está exposto à publicidade comportamental, reforçar o acesso à informação e gerenciar opções de consentimento. Trata-se de nudge aplicáveis ao ciberespaço. Um nudge digital consiste “na utilização de elementos de design da interface do usuário para guiar o seu comportamento em ambientes de escolha virtual.” (tradução nossa).¹⁵⁷⁹ Esse ferramental visa capacitar e engajar os indivíduos na defesa dos seus dados pessoais no contexto digital. Para os fins delineados nesta tese, as PETs podem ser subdivididas em **três categorias de nudges**: (i) nudges bloqueadores de rastreamento e de anúncios publicitários; (ii) nudges que advertem sobre a exposição à anúncios publicitários comportamentais; e, (iii) nudges gerenciadores do consentimento.

A **primeira categoria** foi inaugurada com o surgimento do problema da sobrecarga de solicitações de consentimento. Os padrões europeus mais elevados da exigência de um consentimento prévio e expresso na antiga Diretiva de Proteção de Dados Pessoais, somados às divergências sobre quais categorias de cookies deveriam comportar o consentimento, geraram efeitos inesperados aos usuários da internet. Houve, então, uma explosão de banners solicitando o consentimento do usuário. Esse excesso acabou tornando a experiência de navegação pouco agradável. Mesmo com o arranjo regulatório proposto com o GDPR, as dúvidas persistiram e houve pouca alteração fática na arquitetura tecnológica adotada no ciberespaço. Foi partindo dessa experiência frustrada que a World Wide Web Consortium (W3C) sediou as discussões do “Do Not Track (DNT)”, uma PET construída para executar as escolhas dos titulares de dados pessoais no plano da coleta de dados pessoais.¹⁵⁸⁰ Trata-se de um software que empodera aqueles usuários que desejam evitar o rastreamento de dados por malotes ou todo e qualquer tipo de rastreamento na web.¹⁵⁸¹

O DNT foi criado para ser um sistema de *opt-out* simplificado, universal e

¹⁵⁷⁹ “We define ‘digital nudging’ as the use of user-interface design elements to guide people’s behavior in digital choice environments.” WEINMANN, Markus; SCHNEIDER, Christoph; BROCKE, Jan Vom. Digital Nudging. *Business & Information Systems Engineering*. [S.l.], v. 58, n. 6, p. 433-436, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/3jta4744>. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 1.

¹⁵⁸⁰ Os detalhes técnicos do DNT podem ser consultados no Portal: TRACKING preference expression. (DNT). W3C Working Group Note. 17 jan. 2019. Disponível em: <https://www.w3.org/TR/tracking-dnt/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁸¹ Trata-se do Portal Não Me Pertube: <https://www.naomepertube.com.br/>

persistente.¹⁵⁸² Ele registra a opção do usuário e emite um sinal para a miríade de agentes que coletam dados, informando a preferência selecionada. Conforme aponta a EFF:

Funciona assim: toda vez que seu computador envia ou recebe informações pela Web, a solicitação começa com algumas informações curtas chamadas cabeçalhos. Esses cabeçalhos incluem informações como o navegador que você está usando, para qual idioma o seu computador está configurado e outros detalhes técnicos. O sinal Do Not Track é um cabeçalho legível por máquina que indica que você não deseja ser rastreado. Como esse sinal é um cabeçalho e não um cookie, os usuários podem limpar seus cookies à vontade, sem interromper a funcionalidade do sinalizador Do Not Track. (tradução nossa).¹⁵⁸³

As primeiras abordagens do DNT ocorreram em 2009, em que se incluiu em cabeçalhos HTTP o sinal de não rastreamento. Essa ferramenta foi então endossada pela FTC como alternativa regulatória para conter o uso excessivo de dados pessoais. Navegadores como o Safari e Firefox foram os primeiros a implementar o sinal como preferência padrão aos usuários. Contudo, houve pouca adesão da iniciativa privada em cumprir as preferências do DNT.¹⁵⁸⁴

Tendo em vista que a implementação das PETs depende da iniciativa privada, há necessidade de engajamento do setor publicitário, dos editores de sites, dos browsers e das demais sociedades empresárias envolvidas na coleta de dados pessoais. É nesse meandro que as discussões da implementação em larga escala do DNT acabaram perdendo força. Em 2011, a W3C buscou reunir representantes de todos os setores correlatos e criar um consenso sobre a importância do DNT. Contudo, o compromisso estagnou em 2012 e as principais sociedades empresárias participantes da iniciativa se retiraram. A Digital Advertising Alliance (DAA), endureceu sua oposição ao DNT e se esforçou para reduzir o campo de aplicação dessa PET. A ideia inicial do DNT era perfazer uma tecnologia que evita a coleta e o rastreamento comportamental. Ocorre que o setor publicitário passou a considerar o sinal enviado pelo usuário como uma negativa aos anúncios, mas que não barrava a coleta de dados.

Em algumas situações, as sociedades empresárias passaram a incluir, nos seus termos de uso, alguns avisos indicando que sabiam da opção de não permitir o rastreamento selecionada pelo usuário, mas que realizariam o tratamento de dados à título de exceção e de

¹⁵⁸² E-PRIVACY, Data Protection Law, and the Do Not Track Signal. In: *Bay Cloud*. [S.l.], 17 fev. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckht6bt>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁸³ “Here’s how it works: Every time your computer sends or receives information over the Web, the request begins with some short pieces of information called headers. These headers include information like what browser you’re using, what language your computer is set to, and other technical details. The Do Not Track signal is a machine-readable header indicating that you don’t want to be tracked. Because this signal is a header, and not a cookie, users can clear their cookies at will without disrupting the functionality of the Do Not Track flag.” DO Not Track. In: *EFF*, [S.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2npsxhwa>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁸⁴ GOODRICH, Ben. An Analysis of the ‘Do Not Track’ Header. In: *TUFTS Edu*. [S.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/4h6vsfxj>. Acesso em: 20 jan. 2022.

contraprestação ao acesso daquele website.¹⁵⁸⁵ Em outros casos, as próprias sociedades empresárias passaram a questionar a validade e abrangência dos avisos emitidos pelo DNT, recusando os avisos emitidos.¹⁵⁸⁶

A falta de cogência do DNT e de consenso setorial, acabou reduzindo o alcance dessa ferramenta que foi substituída por outras PETs que atuam como bloqueadores de rastreamento e de anúncios.¹⁵⁸⁷ A abrangência também promete ser maior com as novas PETs, pois o DNT não alcança os aplicativos de celular e outros softwares de dispositivos móveis que coletam dados pessoais.¹⁵⁸⁸ Tais tecnologias estão sendo criadas por empresas que comercializam ferramentas mais avançadas de proteção de dados pessoais e que utilizam mecanismos de defesa para garantir que não haja uma invasão dos dados pessoais. Em uma espécie de contra-ataque, a indústria publicitária também passou a adotar identificadores de bloqueadores que impedem o acesso ao serviço virtual, caso o usuário esteja utilizando tais PETs. Trata-se de uma guerra de forças que envolve, de um lado, os defensores da privacidade e proteção de dados pessoais e, do outro, o ecossistema publicitário que subsidia grande parte dos serviços digitais. Conforme apontou o porta-voz da Google em 2021: “Estamos sempre procurando maneiras de trabalhar com os desenvolvedores para elevar o nível de privacidade e, ao mesmo tempo, possibilitar um ecossistema de aplicativos saudável e com suporte de anúncios.” (tradução nossa).¹⁵⁸⁹

¹⁵⁸⁵ BORGESIU, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 337.

¹⁵⁸⁶ Em 2011, A Google e Yahoo se manifestaram contrariamente a lógica generalista do DNT que oferece apenas a opção binária: rastrear ou não rastrear. Para as duas sociedades empresárias, o ecossistema digital é muito mais complexo que a proposta apresentada pelo DNT. Nessa linha, veja: MULLIN, Joe. Why Google Hasn't Implemented A 'Do Not Track' Feature. In: *Gigaom*. [S.l.], 20 maio 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/378d7yfw>. Acesso em: 20 jan. 2022.

Veja, também, o comunicado mais recente do Google Chrome sobre o DNT: “Most websites and web services, including Google's, don't change their behavior when they receive a Do Not Track request. Chrome doesn't provide details of which websites and web services respect Do Not Track requests and how websites interpret them.” TURN “Do Not Track on or off. In: *Google Chrome Help*. San Francisco, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/4c6bpps>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁸⁷ Conforme aponta Bruno Bioni: “Em meio a essa queda de braço, os consumidores continuam amargando a ausência dessa PET. Na medida em que não houve consenso de como essa ferramenta seria implementada e padronizada, ela acabou por não ser executável. Ainda que diversos navegadores disponibilizem tal funcionalidade, não há a garantia de que os provedores de aplicações irão respeitar a opção de não rastreamento.” BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

¹⁵⁸⁸ CHANCHARY, Farah; ABDELAZIZ, Yomma; CHIASSON, Sonia. Privacy Concerns Amidst OBA and the Need for Alternative Models. *IEEE Internet Computing*. [S.l.], v. 22, n. 2, p. 52-61, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2hch8uw2>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁸⁹ “We’re always looking for ways to work with developers to raise the bar on privacy while enabling a healthy, ad-supported app ecosystem.” GURMAN, Mark; GRANDT, Nico. Google Explores Alternative to Apple’s New Anti-Tracking Feature. In: *Bloomberg*. [S.l.], 4 fev. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/3r8wf2r3>. Acesso em: 20 jan. 2022.

As PETs mais comuns consistem em bloqueadores de rastreamento e de anúncios. A EFF foi pioneira em adotar um mecanismo que impede o rastreamento mesmo diante da falta de conformidade da sociedade empresária que pretende rastrear o usuário “às escondidas”. A ferramenta Privacy Badger bloqueia o rastreamento que visa impulsionar o ecossistema publicitário a adotar políticas favoráveis à privacidade.¹⁵⁹⁰ Por outro lado, existem os bloqueadores de anúncios (adblockers), que atuam na redução da poluição visual e na otimização da experiência dos usuários na navegação web. Eles impedem a exibição ou o download de publicidade. Existem diferentes tipos de adblockers, gratuitos e remunerados, que funcionam em softwares independentes ou em modalidade de plug-ins em browsers que suportam tais tecnologias. Eles não impedem a coleta e tratamento de dados que continua a ser realizada em uma dimensão intangível ao usuário. Apesar disso, elas são importantes para impulsionar uma mudança do setor publicitário.

Em sentido semelhante, a navegação em modo anônimo propõe uma proteção no que tange ao armazenamento de dados no equipamento eletrônico utilizado pelo usuário, seja no browser ou aplicativo, seja em caches presentes na máquina. A navegação anônima é uma PET demasiadamente limitada e que não se propõe a impedir que os rastreadores identifiquem o usuário e colem dados pessoais. Não há, portanto, empoderamento do consumidor diante da publicidade comportamental online.

A EFF aponta que “o ecossistema de publicação e publicidade deve se reformar a fim de recuperar a confiança do usuário perdida devido às más práticas generalizadas na indústria.” (tradução nossa).¹⁵⁹¹

Já existe uma Coalizão que defende a reforma do setor publicitário (Coalition for Better Ads), com o objetivo de reduzir o número de anúncios intrusivos de são reproduzidos automaticamente, inseridos durante a execução de músicas e vídeos ou que obrigam o usuário a esperar alguns minutos ou segundos para remontar o controle da ferramenta. De acordo com a Coalizão, esses anúncios publicitários são abusivos e interrompem a experiência geral do consumidor no ciberespaço.¹⁵⁹² Pretende-se desenvolver uma PET que impeça apenas a abusividade e gere um equilíbrio de receitas no setor publicitário que garanta os direitos do consumidor, permitindo, assim, a continuidade da exibição de anúncios publicitários

¹⁵⁹⁰ DO Not Track. In: *EFF*, [S.l, s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2npsxhwa>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁹¹ “(...) the publishing and advertising ecosystem must reform in order to recover the user trust lost due to widespread bad practices in the industry.” DO Not Track. In: *EFF*, [S.l,s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2npsxhwa>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁹² Para consultar os detalhes da Coalizão, veja: COALITION for Better Ads. [S.l., s.d.]. Disponível em: <https://www.betterads.org/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

tradicionais, segmentados ou comportamentais adequados aos regulamentos protetivos dos dados pessoais e do consumidor.¹⁵⁹³

A **segunda categoria de nudges** visa advertir os consumidores sobre a exposição à anúncios publicitários comportamentais. Trata-se de um nudge otimizador do direito à informação, uma vez que parte do pressuposto da identificação do anúncio comportamental por meio da “informação-advertência”. A principal PET nessa seara consiste no denominado “YourAdChoices”, implementado em meados de 2010.¹⁵⁹⁴ A abrangência técnica do sistema alcança apenas os cookies de terceiros instalados no navegador do usuário, o que revela uma cobertura ainda pequena diante das práticas tecnológicas mencionadas na seção 1.1.2, desta tese. Para além disso, o software registra apenas que o usuário não deseja receber anúncios personalizados, mas não impede o seu rastreamento, ou seja, a empresa continua a monitorar o consumidor que optou por sair.¹⁵⁹⁵ Apesar das falhas, a divulgação do Programa alcança milhares de consumidores. Atualmente 138 redes de publicidade online aderem à iniciativa.

Outra iniciativa que também parte do direito à informação dos consumidores está no “Cover Your Tracks”, PET criada pela EFF em 2020. Trata-se de um scanner que verifica a quantidade de rastreadores instalados no dispositivo eletrônico do usuário. O relatório emitido pela ferramenta não oferece soluções concretas para eliminar o rastreamento. Contudo, o Portal que hospeda o Cover Your Tracks possui informações completas sobre o funcionamento das tecnologias que capturam os dados. A linguagem adotada visa facilitar o entendimento pelo consumidor e oferecer dicas de privacidade, tais como a instalação dos bloqueadores mencionados acima e o gerenciamento de cookies oferecidos pelos portais digitais.¹⁵⁹⁶ Além disso, existem outras ferramentas presentes em softwares de antivírus que realizam varreduras semelhantes, principalmente para combater malwares presentes em anúncios intrusivos ou cookies persistentes.

A **terceira categoria de nudges** propõe o gerenciamento do consentimento por meio de softwares intermediários que realizam a ponte entre os agentes de tratamento e os titulares

¹⁵⁹³ ALVES, Camila. Como os ad-blockers podem mudar o futuro da publicidade. São Paulo, 26 dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8hewpb>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁹⁴ O Portal da ferramenta YourAdChoices pode ser acesso em: <https://optout.aboutads.info/>

¹⁵⁹⁵ JOHNSON, Garrett; SHRIVER, Scott. DU, Shaoyin. Consumer Privacy Choice in Online Advertising: Who Opt Out and at What Cost to Industry? *Marketing Science*, [s.l.], v. 29, n. 1, p. 33-51, jan. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2h2x4mvr>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁹⁶ Conforme ressalta a EFF: “Cover Your Tracks’ primary goal is to help you determine your own balance between privacy and convenience. By giving you a summary of your overall protection and a list of characteristics that make up your digital fingerprint, you can see exactly how your browser appears to trackers, and how implementing different protection methods changes this visibility.” SEE how trackers view your browser. In: Cover Your Tracks (EFF), [S.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/mw2eryrx>. Acesso em: 20 jan. 2022.

de dados pessoais. O surgimento dessa tecnologia intermediadora das relações jurídicas travadas na internet se deu com a Platform for Privacy Preferences (P3P), em 2002.¹⁵⁹⁷ O fórum de desenvolvimento e discussão foi a W3C. Ela fracassou em seus objetivos devido à ausência de consenso sobre o alcance e os protocolos técnicos que regeriam tal ferramenta. A P3P visava permitir que os websites expressassem os seus termos de uso em um formato padrão que seria lido e interpretado pelo software de maneira uniforme. Partindo dessa uniformização, o usuário utilizaria uma plataforma padrão, por meio do seu browser, para gerenciar a sua privacidade em ato único, que seria replicado automaticamente pelo software aos agentes de tratamento que entrassem em contato com o titular dos dados pessoais.

Portanto, a P3P se diferenciou da DNT porque saiu da lógica binária (rastrear ou não rastrear) para o gerenciamento de múltiplas opções de consentimento. Nessa linha, a P3P pretendia resolver dois problemas centrais da proteção de dados pessoais: (i) a manifestação do consentimento em ato único, gerenciável e replicável, por meio de tecnologia padronizadora dos termos de uso; e, (ii) a prescindibilidade da leitura dos termos de uso de cada serviço digital a ser utilizado pelo consumidor, o que resolveria os problemas apontados pela literatura econômica comportamental da racionalidade limitada e da escassez de tempo. Bruno Bioni registra os possíveis ganhos de uma execução bem-sucedida da P3P:

Em suma, a P3P possibilitaria que o titular dos dados pessoais exercesse sobre eles uma controle significativo, na medida em que tal tecnologia: i) universalizaria o processo de tomada de decisão do titular dos dados pessoais por toda a web; ii) empoderaria o titular dos dados pessoais com um poder de barganha em meio ao trade-off da economia digital, já que as preferências de privacidade seriam capazes de aumentar o leque de opções do processo de tomada de decisão sobre o fluxo informacional – consentimento granular em contraposição à lógica do tudo ou nada; iii) propiciaria que, ante a automatização das escolhas dos consumidores, a autodeterminação informacional seja tão fluida quanto é o trânsito dos dados pessoais; iv) possibilitaria a superação das limitações cognitivas, especialmente da idiosincrasia das gratificações imediatas e perdas mediatas, já que o controle dos dados pessoais seria ex ante à troca pelo bem de consumo.¹⁵⁹⁸

A P3P se utilizou da mesma lógica da regulação por algoritmos comentada na seção 1.2.1, que parte da ideia de códigos alfanuméricos que substituem os termos jurídicos e garantem a fluidez e a segurança cibernética das relações jurídicas firmadas entre os indivíduos. Haveria redução de “ruídos” na comunicação através da aplicação dos “machine readable

¹⁵⁹⁷ MARCHIORI, Massimo. The Platform for Privacy Preferences 1.0 (P3P1.0). In: *W3C Obsolete Recommendations*. W3C, [S.l.], 16 abr. 2002. Disponível em: Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁵⁹⁸ BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

formats”.¹⁵⁹⁹ Contudo, após duas décadas de tentativas e discussões, não ocorreram avanços para a implementação dessa PET, que foi esquecida pela W3C. As mesmas divergências presentes no DNT impediram a uniformização das opções de gerenciamento do consentimento para os serviços virtuais.¹⁶⁰⁰

Essas falhas abriram espaço para a comercialização de plataformas de gerenciamento do consentimento aplicadas em websites e plataformas de aplicativos de celular. A diferença está na dimensão dessas ferramentas. Os chamados “Agents System” atuam em cada website ou aplicativo de forma individual, registrando as opções de consentimento do usuário para aquele serviço específico a ser utilizado.¹⁶⁰¹ Esses intermediários empregam banners, pop-ups ou outras técnicas que apresentam uma plataforma para o registro do consentimento. São as chamadas Consent Management Platform (CMP).

As CMP atuam como intermediárias em dois níveis distintos. O primeiro nível consiste no controle de cookies e rastreadores que atuam em websites ou aplicativos que contratam a ferramenta. O segundo nível oferece uma plataforma ao consumidor para que ele decida, de forma granular, quais práticas de tratamento de dados serão autorizadas. Então há uma personalização das configurações de privacidade do website visitado para que as opções eleitas pelo consumidor sejam observadas. Portanto, as CMP são PETs que otimizam o consentimento informado. Um exemplo de CMP está na sociedade empresária CyBot, que oferece a CMP denominada de CookieBot. Tal ferramenta implementa soluções internacionais de conformidade com regulamentos nacionais e regionais de proteção de dados pessoais, inclusive com a LGPD.¹⁶⁰²

As CMP facilitam a adaptação das sociedades empresárias às normas de proteção de dados. Contudo, a tarefa de tornar o processamento transparente e respeitar os direitos do titular de dados pessoais requer investimentos em outras PETs. A teoria econômica aponta que há um nível eficiente de alocação de recursos nessa atividade de conformidade. Quando os custos são excessivos, a tendência é que haja pouca aderência ao novo regulamento e um descumprimento

¹⁵⁹⁹ MACHINE READABLE. In: Open Data Handbook. [San Francisco: Open Knowledge Foundation, s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/5t53fsyh>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁶⁰⁰ CRANOR, Lorrie Faith. Necessary but not sufficient: standardized mechanisms for privacy notice and choice. *Journal on Telecomm. & High Tech.* [S.l.], v. 10, p. 273-308, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ffmmwpr>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁶⁰¹ JAKOBI, Timo; STEVENS, Gunnar; SEUFERT, Anna-Magdalena; BECKER, Max; GRAFENSTEIN, Max Von. Web Tracking Under the New Data Protection Law: Design Potentials at the Intersection of Jurisprudence and HCI. *Journal of Interactive Media.* Berlin, v. 19, n.1, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8s6sz7>. Acesso em: 17 jan. 2022. (Não paginado).

¹⁶⁰² COOKIEBOT CMP. Our story. *Usercentrics*, [s.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/mvk325rw>. Acesso em: 20 jan. 2022.

generalizado pelas sociedades empresárias.¹⁶⁰³ É nessa linha que Borgesius aponta que os custos de capacitação não devem ser subestimados. Em alguns casos é preferível adotar regras obrigatórias ou proibições de determinadas práticas comerciais, tal como apontado na primeira parte deste capítulo.¹⁶⁰⁴ Há necessidade de coordenação setorial para que haja consenso sobre a utilização de PETs em larga escala.

Nessa linha, a Comissão Europeia entende que o sucesso comercial das PETs depende do incentivo ao uso desse ferramental pelos consumidores. Informações de fácil compreensão devem ser fornecidas para que haja utilização correta das ferramentas tecnológicas. Assim, a implementação de PETs pode se tornar “(...) uma recompensa econômica para as indústrias que os utilizam e podem resultar em um efeito ‘bola de neve’, encorajando outras empresas a prestarem mais atenção ao respeito às regras de proteção de dados.” (tradução nossa).¹⁶⁰⁵ Enquanto as sociedades empresárias podem adotar mecanismos complementares para aperfeiçoar e otimizar a aplicação da legislação de proteção de dados, as autoridades competentes possuem o dever de aumentar a “sensibilidade” dos consumidores diante dos riscos envolvidos no tratamento de dados pessoais. Como visto na seção 2.2.4, no contexto brasileiro, a ANPD tem o dever de aperfeiçoar a proteção dos titulares de dados, bem como adotar estratégias de cooperação com a SENACON para alinhar os mecanismos de defesa do consumidor no contexto do comércio eletrônico.

Na União Europeia se discute a adoção de **selos de privacidade** em serviços digitais, com o objetivo de prestigiar o uso de PETs e, em um sentido mais geral, da incorporação do Privacy by Design na fase prévia à colocação do serviço no mercado de consumo.¹⁶⁰⁶ A sistemática dos selos, certificados e marcas está presente nos arts. 42 e 43 do GDPR.¹⁶⁰⁷ No ambiente europeu, a acreditação de organizações de certificação pode ser feitas pelas

¹⁶⁰³ BORGESIUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk92bs>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 341.

¹⁶⁰⁴ HELBERG, Natali. Form Matters: Informing Consumers Effectively. *Amsterdam Law School Research Paper n. 71*. Set. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/dubmfex2>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁶⁰⁵ “Increased use of PETs and increased use of e-services which incorporate PETs will in turn mean economic reward to the industries using them, and may result in a snowball effect, encouraging other companies to pay greater attention to respecting the data protection rules” UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council*. On Promoting Data Protection by Privacy Enhancing Technologies (PETs). COM(2007) 228 final. Brussels: EU, 2 maio 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8rw8e3>. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 8.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 10.

¹⁶⁰⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR)*. Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bswxh6n>. Acesso em: 8 jan. 2022.

autoridades nacionais de proteção de dados, que autoriza as organizações independentes a atuarem como agentes de certificação das operações de tratamento de dados pessoais.¹⁶⁰⁸ A certificação visa comprovar a lisura, transparência e os níveis adequados de proteção de dados por sociedades empresárias que, voluntariamente, desejarem participar do processo que visa a concessão de um selo de privacidade. Tal selo é “uma certificação ou uma garantia emitida por uma entidade certificadora que verifica a adesão de uma organização a certos padrões de privacidade específicos que visam promover a confiança do consumidor e do comércio eletrônico.” (tradução nossa).¹⁶⁰⁹

Trata-se de uma forma visual de esclarecer ao público consumidor que determinada sociedade empresária atendeu aos requisitos e padrões exigidos pela organização certificadora. Dessa forma, a certificação se assemelha às CMP no que tange ao mercado que se desenvolveu em torno dos anseios por privacidade dos usuários da internet. Existem várias sociedades empresárias atuantes no ramo de certificação de privacidade.¹⁶¹⁰ De acordo com Rodrigues et al., o mercado de selos de privacidade é heterogêneo e possui procedimentos técnicos variantes e que dificultam uma ampla cobertura do setor publicitário.¹⁶¹¹ Além disso, a dependência de uma autorregulação elaborada, quase que totalmente, pelas sociedades empresárias interessadas na monetização dos dados pessoais, acaba por diminuir a eficiência desses sistemas de certificações.¹⁶¹² Em alguns casos eles perfazem apenas uma formalidade utilizada como estratégia de marketing de privacidade.

Não é recente a preocupação empresarial com a temática da segurança e da não abusividade no tratamento de dados. Grandes players do mercado desenvolvem estratégias de proteção dos consumidores como parte integrante das suas campanhas de marketing. Nessa linha, entende-se ser interessante pensar em certificações específicas para o setor publicitário comportamental brasileiro que reúnam, ao mesmo tempo, verificações acerca do regular

¹⁶⁰⁸ Para aprofundar o processo de credenciamento de empresasificadoras, veja o artigo científico: <https://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/13600869.2016.1189737?scroll=top&needAccess=true>

¹⁶⁰⁹ “A privacy seal is a certification mark or a guarantee issued by a certifying entity verifying an organisation’s adherence to certain specified privacy standards that aim to promote consumer trust and confidence in e-commerce” RODRIGUES, Rowena. BARNARD-WILLS, David; HERT, Paul de; PAKONSTANTINO, Vagelis. The future of privacy certification in Europe: an exploration of options under article 42 of the GDPR. *International Review of Law, Computers & Technology*. [S.l.], v. 30, n. 3, p. 248-270, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p95pxx5>. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 1.

¹⁶¹⁰ Rodrigues et al. mencionam as principais sociedades empresáriasificadoras atuantes no ramo da privacidade digital. Para consultar a lista, veja o artigo: RODRIGUES, Rowena. BARNARD-WILLS, David; HERT, Paul de; PAKONSTANTINO, Vagelis. The future of privacy certification in Europe: an exploration of options under article 42 of the GDPR. *International Review of Law, Computers & Technology*. [S.l.], v. 30, n. 3, p. 248-270, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p95pxx5>. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 3.

¹⁶¹¹ Ibid., p. 4.

¹⁶¹² Ibid.

tratamento de dados e a fiscalização da adoção de práticas comerciais publicitárias éticas e não abusivas. Estudos empíricos indicam que a adoção de selos de privacidade pelos agentes publicitários que atuam no rastreamento comportamental gera um aumento de confiança pelo consumidor na utilização do serviço digital.¹⁶¹³ Em decorrência da participação de sociedades empresárias que coletam dados pessoais por meio de cookies de terceiro em diferentes websites, os selos visam garantir que toda essa miríade de agentes adota boas práticas de tratamento e compartilhamento de dados pessoais.

A tecnologia “YourAdChoices” é o principal exemplo de PET que adota um modelo de certificação para anúncios publicitários comportamentais que estão em conformidade com as normas nacionais de proteção de dados pessoais de alguns países. A divulgação ao consumidor é feita por meio de certificado digital (por pictograma) fixado nos anúncios comportamentais das redes aderentes ao YourAdChoices nos EUA, Canadá e em alguns países da Europa.¹⁶¹⁴ Portanto, uma ampliação desse sistema é considerada desejável para o aprimoramento da proteção do consumidor no ciberespaço.

4.2.3 A privacidade desde a concepção fulcrada na minimização dos dados pessoais (Privacy by Design)

As PETs ainda possuem baixa adesão pelo setor publicitário comportamental. As iniciativas de empoderamento do consumidor são limitadas e parecem depender de uma regulação cogente que obrigue a implementação de tecnologias otimizadoras da proteção de dados e da proteção dos consumidores. Este último capítulo da tese tem evidenciado as dificuldades em definir o equilíbrio adequado entre os interesses contrapostos dos consumidores e dos agentes publicitários. Essa aplicação ainda limitada das PETs parece decorrer das divergências acerca dos limites do tratamento de dados pessoais para fins publicitários. Como alternativa, este tópico propõe a solução do problema na sua raiz, antes da comercialização de uma nova tecnologia ou serviço correlato às práticas comerciais publicitárias. Trata-se, portanto, de planejar minuciosamente, ainda na fase de design, os

¹⁶¹³ KIM, Kyongseok; KIM, Jooyoung. Third-party Privacy Certification as an Online Advertising Strategy: An Investigation of the Factors Affecting the Relationship between Third-party Certification and Initial Trust. *Journal of Interactive Marketing*. [S.l.], v. 25, n. 3, p. 145-158, ago. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/4ebhf2ku>. Acesso em: 20 jan. 2022;

STANALAND, Andrea; LWIN, May; MIYAZAKI, Anthony. Online Privacy Trustmarks: Enhancing the Perceived Ethics of Digital Advertising. *Journal of Advertising Research*. [S.l.], v. 51, n. 3, set. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/448nbxjt>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁶¹⁴ O ícone aparece no canto superior direito do anúncio gráfico e permite que o consumidor clique nele e seja direcionado à página do Programa YourAdChoices e gerencie suas opções de privacidade para os sites que aderem à iniciativa. ALBUQUERQUE, Juliana. *Dados pessoais, publicidade e autorregulamentação*. In: IAB Brasil, São Paulo, 28 out. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrxh3spn>. Acesso em: 8 jan. 2022.

impactos da interação entre as TICs e os consumidores. Tal leitura parte do princípio do **privacy by design** presente no art. 46, parágrafo segundo, da LGPD. Aqui a lógica da capacitação e do empoderamento do consumidor parte da concepção da tecnologia, que deve garantir concretamente a proteção dos dados pessoais e da privacidade do consumidor.

A LGPD estabelece que os agentes de tratamento deverão adotar “medidas de segurança, técnicas e administrativas” capazes de proteger os dados pessoais e a privacidade dos titulares de “acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.”¹⁶¹⁵ É o que estabelece o caput do art. 46 ao estabelecer a obrigatoriedade do dever de segurança nas atividades de tratamento. Entretanto, é no parágrafo segundo do art. 46, que o princípio do **privacy by design** foi densificado. A redação legal preceitua que: “As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de *concepção* do produto ou do serviço até a sua *execução*.” (destaques nossos).¹⁶¹⁶ A LGPD seguiu o exemplo do regulamento europeu ao propor a prevenção das violações de privacidade e irregularidades no tratamento de dados pessoais desde a concepção de sistemas de tratamento de dados.

A literatura jurídica brasileira entende que o art. 46, parágrafo segundo, da LGPD, inspirado no art. 25 do GDPR, trouxe mais que a privacidade por design (**privacy by design**).¹⁶¹⁷ Quando tal dispositivo legal mencionou que as medidas de segurança devem ser observadas também durante a execução do tratamento de dados, ele parece ter incluído o princípio da privacidade por padrão (**privacy by default**).¹⁶¹⁸ Nessa linha, a privacidade por padrão significa que, uma vez que a tecnologia ou bem de consumo tenha sido colocado no mercado, as configurações de privacidade mais protetivas do consumidor devem ser aplicadas por padrão. Portanto, as opções padrão ou, na linguagem popular, o “modo de fábrica”, deve privilegiar a privacidade do usuário, sem exigir nenhuma ação manual por ele.¹⁶¹⁹ Essa temática já foi alvo

¹⁶¹⁵ Vide art. 46 da LGPD. BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁶¹⁶ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁶¹⁷ Há, ainda, quem considere a existência de um princípio unificador do *privacy by design and default*. Nessa linha: ARBIX, Daniel. A importância da privacidade por design e por default (*privacy by design and by default*). In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) - A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 55-64.

¹⁶¹⁸ As traduções para a língua portuguesa dos termos “*privacy by design and default*” foram baseadas nas traduções oficiais retiradas dos documentos presentes nos portais virtuais da União Europeia.

¹⁶¹⁹ WILLIS, Lauren E; Why Not Privacy by Default? *Berkeley Technology Law Journal*. [S.l.], v. 29, n. 1, p. 61-133, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdej5dt4>. Acesso em: 20 jan. 2022.

do tópico 4.2.1. Oportunidade que os nudges otimizadores da proteção dos consumidores foram postos em causa. A LGPD implicitamente privilegia tais nudges, quando estabelece o dever de segurança no contexto do tratamento de dados pessoais privilegiado da privacidade por padrão.

Aqui cabe densificar a privacidade por design, que resgata a ideia de **safe by design** (segurança obtida pelo projeto).¹⁶²⁰ O princípio da privacidade por design indica que qualquer prática comercial que envolva o tratamento de dados pessoais deve observar uma etapa prévia que inclui estudos, experimentação e projetos que preservem, de acordo com o melhor estado do desenvolvimento científico e tecnológico, a proteção de dados pessoais e a privacidade dos consumidores. O desenvolvimento de softwares e hardwares, sistemas de TI ou demais tecnologias e técnicas que estão correlacionadas ao tratamento de dados devem partir de “medidas de segurança, técnicas e administrativas” adequadas à proteção dos dados pessoais. Assim como ocorre com os limites publicitários para o desenvolvimento de campanhas de marketing, o design das tecnologias e dos protocolos de tratamento de dados devem ser anteriores ao seu lançamento ao público consumidor.

Com a inclusão do princípio *privacy by design* na LGPD, a proteção de dados passou a ser, expressamente, parte integrante do desenvolvimento tecnológico, além de indicar a obrigatoriedade da comercialização de bens de consumo construídos com base em técnicas protetivas da privacidade dos consumidores. Tal princípio auxilia, também, na construção de um caminho para a certificação e rotulação das tecnologias privilegiadoras da proteção de dados e privacidade dos usuários finais.¹⁶²¹ A LGPD, assim como o GDPR, não aborda especificidades acerca da implementação desse princípio. Tal atividade ficará a cargo da autoridade administrativa competente para regulamentar as temáticas correlatas à proteção de dados pessoais.

Nessa linha, os contornos técnicos desse princípio serão delineados pela ANPD, uma vez que o art. 46, parágrafo primeiro, da LGPD afirma que ela poderá dispor sobre os padrões técnicos mínimos para a execução material dessa norma, respeitando as peculiaridades de cada

¹⁶²⁰ O princípio do *Safe by design* tem origens na engenharia, principalmente àquela dedicada à indústria da construção. Posteriormente tal princípio foi disseminado para outras áreas do consumo e passou a reger a ideia universal de que os bens de consumo devem ser planejados de maneira minuciosa e com atenção às melhores técnicas e tecnologias garantidoras da sua segurança. A inovação deve vir acompanhada de uma preocupação acerca dos riscos que ela pode gerar para os consumidores e para o meio ambiente. No cenário brasileiro, o *safe by design* foi aprofundado pela literatura jurídica especializada nos estudos sobre a regulação da nanotecnologia. Nesse sentido, veja: HOHENDORFF, Raquel Von. Nanotecnologias e o safe by design: buscando alternativas para a gestão dos riscos. *Revista de Direito da Empresa e dos Negócios*. Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 1-22, jan./jun. 2018. Disponível em: Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁶²¹ MOUCHARD, Émile. La protection de la vie privée dès la conception ou l'intégration de la privacy by design comme mécanisme du régime général sur la protection des données en Droit Européen. *Lex Electronica*, [s.l.], v. 18, n. 2, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/4xbf4zkc>. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 15.

setor e o estado atual da tecnologia.¹⁶²² Trata-se de uma norma programática que possui a peculiaridade de depender de padrões técnicos de executabilidade.¹⁶²³ A complexidade das atividades de tratamento de dados pessoais, tal como mencionado no primeiro capítulo desta tese, requer uma análise interdisciplinar das melhores práticas otimizadoras da proteção da pessoa humana no que tange ao tratamento de dados pessoais.

A LGPD preferiu ampliar o rol de agentes responsáveis pela privacidade desde o design, que pode envolver terceiros que não se caracterizam como agentes de tratamento propriamente ditos. De acordo com o art. 47, “Os agentes de tratamento *ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento* obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.” (grifo nosso)¹⁶²⁴ Portanto, aqueles agentes que não se enquadrarem nos requisitos legais como agentes de tratamento, também devem observar os deveres de segurança em qualquer atividade correlata ao tratamento de dados, como, por exemplo, o desenvolvimento de um software ou algoritmo que minere dados pessoais ou construa perfis coletivos. Pode-se dizer, portanto, que esses agentes que integram a cadeia tecnológica são “equiparados” à agentes de tratamento, tal como propõe a literatura consumerista para consumidores e fornecedores equiparados.

A **origem do princípio da privacidade por design** está na construção doutrinária impulsionada pela então Comissária responsável pela proteção da privacidade e dados de Ontário, Ann Cavoukian, na década de 1990.¹⁶²⁵ Segundo a Comissária, o rápido avanço das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs) exigiam soluções de privacidade e

¹⁶²² Art. 46 (...) § 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei. BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁶²³ Conforme menciona Daniel Arbix: “A LGPD eleva o Privacy by Design and Default ao status de princípio norteador das atividades que serão realizadas pelos agentes de tratamento. Como norma programática e referência fundamental para a interpretação da LGPD, o princípio Privacy by Design and Default terá contornos dinâmicos e moldados pela Agência Nacional de Proteção e Dados, que delimitará seu conteúdo e alcance em atividades concretas exercidas pelos agentes de tratamento de dados pessoais, interpretará eventuais lacunas legais à luz deste princípio e fiscalizará as condutas das organizações que processam dados pessoais, em conjunto com o Poder Judiciário.” ARBIX, Daniel. A importância da privacidade por design e por default (privacy by design and by default). In: In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) - A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 57.

¹⁶²⁴ BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁶²⁵ A noção do *privacy by design* permeia a terceira e quarta fases das gerações de regulamentos protetivos dos dados pessoais. Sobre tais gerações consulte a seção 3.1.1, desta tese.

proteção de dados pessoais desde a concepção do produto ou serviço.¹⁶²⁶ Uma abordagem preventiva focada no desenvolvimento tecnológico seguro era essencial para garantir um tratamento de dados não intrusivo ou abusivo. Durante os seus dois primeiros mandatos, a Comissária desenvolveu um roteiro principiográfico para a implementação do *privacy by design*. A construção por ela elaborada foi endossada pela União Europeia em 2010, em uma resolução assinada durante a 32ª Conferência Internacional de Comissários de Proteção de Dados e Privacidade. A noção de *privacy by design* foi, então, integrada à proposta de Regulamento e positivada no texto final do art. 25, GDPR.¹⁶²⁷

Ann Cavoukian auxiliou na construção dos sete pilares de implementação da privacidade por design.¹⁶²⁸ Tais pilares demonstram a importância de coordenação interdisciplinar de tecnologias que manipulam dados pessoais. Para a autora, as conveniências e benefícios oferecidos pela inovação científica e tecnológica devem ser observados em conjunto com a preservação da liberdade de escolha, autonomia individual e controle pessoal dos dados pessoais. Os pilares pensando por Cavoukian podem auxiliar no aperfeiçoamento da proteção dos consumidores no contexto da publicidade comportamental online, uma vez que estabelecem uma ação de design *ex ante* para o desenvolvimento de tecnologias seguras ou a remodelagem de sistemas já implementados com base nas melhores práticas e técnicas de proteção dos dados pessoais e da privacidade.

Nessa linha, o primeiro pilar (“proativo, não reativo; preventivo, não corretivo”), revela que “prevenir é melhor que remediar”. Parte-se da implementação de mecanismos prévios que garantam proteção efetiva da privacidade. Esse pilar reivindica ação autorregulatória setorial para que haja coordenação e compartilhamento de novas ferramentas que auxiliem nessa proteção. A autora ressalta a importância de uma ação coordenada pelos atores públicos e privados na direção da concretização dos regulamentos nacionais e regionais

¹⁶²⁶ MOUCHARD, Émile. La protection de la vie privée dès la conception ou l’intégration de la *privacy by design* comme mécanisme du régime général sur la protection des données en Droit Européen. *Lex Electronica*, [s.l.], v. 18, n. 2, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/4xbf4zkc>. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 13.

¹⁶²⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council, on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)*. COM/2012/011 final - 2012/0011. Brussels: EU, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8z2jxh>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁶²⁸ A implementação do *privacy by design* para Cavoukian é baseado em sete pilares. São eles: (i) Proactive not Reactive; Preventative not Remedial; (ii) Privacy as the Default Setting; (iii) Privacy Embedded into Design; (iv) Full Functionality - Positive-Sum, not Zero-Sum; (v) End-to-End Security - Full Lifecycle Protection; (vi) Visibility and Transparency – Keep it Open; (vii) Respect for User Privacy – Keep it User-Centric.

CAVOUKIAN, Ann. *Privacy by Design: the 7 Foundational Principles Implementation and Mapping of Fair Information Practices*. Toronto: Information and Privacy Commissioner of Ontario, 2010. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/42rfu7t6>. Acesso em: 20 jan. 2022.

de proteção de dados pessoais.

Já o segundo pilar (“privacidade como opção padrão”), resgata a temática que já foi amplamente discutida na seção 4.2.1, dos nudges que impulsionam a melhor configuração protetiva dos dados pessoais para o consumidor. Inclusive, Cavoukian entende que este pilar pode ser visto como Privacy by Default.¹⁶²⁹ Por meio dele, caberia ao próprio consumidor uma ação concreta para reduzir os níveis de privacidade na utilização de determinado serviço. Cabe apontar, contudo, que não deve haver bloqueios ou redução de utilidade do serviço oferecido, tendo como base padrões mais elevados de privacidade. A proteção jurídica não pode ser utilizada como moeda de troca no contexto do ciberespaço.

O terceiro pilar (“privacidade embutida no design”), indica que a arquitetura da tecnologia deve integrar a proteção da privacidade já na concepção.¹⁶³⁰ Trata-se do coração do privacy by design. A autora menciona que a sua concretização depende cinco fatores-chaves para a sua implementação e que muito se assemelha aos princípios presentes na LGPD: (i) especificação minuciosa das finalidades do tratamento de dados pessoais; (ii) limitação da coleta de dados pessoais (justa, legal e necessária); (iii) minimização de dados, pelo qual o tratamento é reduzido ao mínimo e que preferencialmente evite a identificação dos titulares, como meio de garantir a sua segurança e privacidade; (iv) limitação temporal da retenção dos dados pessoais ao prazo necessário para cumprimento dos propósitos declarados; e, (v) aplicação do princípio da precaução e da presunção de privacidade quando a tecnologia se demonstrar insegura para o tratamento de dados pessoais.¹⁶³¹

O quarto pilar (“soma positiva, não soma zero”), indica a importância do fator interdisciplinaridade ao reunir conhecimentos técnicos e jurídicos em torno da proteção da pessoa humana. Para Cavoukian é imprescindível a colaboração de engenheiros industriais, desenvolvedores de softwares, juristas e outros profissionais que colaborem para a concepção de projetos seguros para o tratamento de dados pessoais em conformidade com o regramento correlato. Esse aperfeiçoamento, contudo, “deve ser realizado de tal forma que a funcionalidade

¹⁶²⁹ Ibid., p. 3.

¹⁶³⁰ ARBIX, Daniel. A importância da privacidade por design e por default (privacy by design and by default). In: In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) - A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 55.

¹⁶³¹ Não há detalhamento sobre a aplicação do princípio da precaução como estratégia de *privacy by design*. Está fora do escopo desta tese tecer comentários mais densos sobre tal princípio. Contudo, a seção 3.2.2 explorou noções gerais sobre prevenção e precaução. Na mesma linha, consulte o artigo: FERNANDES, Rafael Gonçalves. OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. A regulação da inteligência artificial e a aplicação do princípio da precaução: um estudo sobre o agir decisório disruptivo no Judiciário brasileiro. In: In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (coords.) *Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 681-708.

total da tecnologia não seja prejudicada” (tradução nossa)¹⁶³² porque a privacidade não deve competir com outros interesses legítimos ligados ao desenvolvimento econômico e tecnológico, deve a eles se somar. Trata-se do conteúdo do art. 2º da LGPD que institui os fundamentos da proteção de dados pessoais que busca harmonizar diferentes interesses contrapostos.

O quinto pilar (“segurança ponta-a-ponta”), reúne o *privacy by design* ao *privacy by default*, para garantir a lisura de todo o ciclo tecnológico e de tratamento de dados pessoais. “A privacidade deve ser protegida continuamente em todo o domínio e durante todo o ciclo de vida dos dados. Não deve haver lacunas na proteção ou na privacidade.”(tradução nossa).¹⁶³³ Para além da conformidade das máquinas que atuam no tratamento de dados, os funcionários que as gerenciam devem receber treinamentos específicos em privacidade.¹⁶³⁴ O aprimoramento da segurança depende do investimento em recursos materiais e humanos que assegurem uma infraestrutura segura contra ataques, usos indevidos e demais irregularidades no tratamento de dados pessoais.

O sexto pilar (“visibilidade e transparência”), visa garantir mecanismos abertos de gestão de dados, que possibilite o controle pelos consumidores. Três estratégias devem reger esse processo transparente: (i) o *accountability*, na responsabilidade dos agentes de tratamento por todas as políticas e procedimentos correlatos ao tratamento de dados e pela adoção das melhores práticas comerciais de processamento dessas informações; (ii) o *openness*, clareza e transparência na definição das políticas de tratamento de dados e na utilização de tecnologias disruptivas para o tratamento de dados; (iii) o *compliance*, na adoção de mecanismos e plataformas ao consumidor para que as reclamações e eventuais reparações sejam facilitadas, bem como de ferramentas de acompanhamento de avaliação dos níveis de segurança no

¹⁶³² “Privacy is often positioned in a zero-sum manner as having to compete with other legitimate interests, design objectives, and technical capabilities, in a given domain.” CAVOUKIAN, Ann. *Privacy by Design: the 7 Foundational Principles Implementation and Mapping of Fair Information Practices*. Toronto: Information and Privacy Commissioner of Ontario, 2010. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/42rfu7t6>. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 4.

¹⁶³³ “Privacy must be continuously protected across the entire domain and throughout the life-cycle of the data in question. There should be no gaps in either protection or accountability.” Ibid.

¹⁶³⁴ Conforme aponta Daniel Arbix, então diretor jurídico da Google: “Em empresas que usam dados de forma inovadora, realidade de muitas empresas para além daquelas identificadas como ‘de tecnologia’ como o Google, há anos já é comum a prática de oferecer treinamento em privacidade a todos os funcionários, com sessões mais aprofundadas ou treinamentos específicos (e regulares) para os que desempenham determinadas funções cuja natureza exija o processamento de dados pessoais ou influencie fluxos que envolvam tais dados. Por exemplo, engenheiros de produtos no Google têm treinamentos focados nos requerimentos e riscos relevantes para tratamentos de dados que possam ser conduzidos nas suas áreas de atuação específicas.” ARBIX, Daniel. A importância da privacidade por design e por default (*privacy by design and by default*). In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) - A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 58.

tratamento de dados com os devidos registros sobre incidentes de segurança.^{1635 1636}

O sétimo e último pilar (“a centralidade do usuário”), eleva o titular dos dados ao patamar central das atividades comerciais de tratamento. Trata-se do empoderamento e da capacitação desse titular. Aqui pode-se dizer que os consumidores passam a ser “prossumidores”, uma vez que eles passam a contribuir (consciente ou inconscientemente) com a construção e o desenvolvimento da atividade comercial, mediante o fornecimento de dados.¹⁶³⁷ Quando os consumidores são informados sobre os direitos correlatos à proteção de dados pessoais e passam a desempenhar um papel ativo no gerenciamento desses dados, a fiscalização torna-se mais ampla e eficiente.¹⁶³⁸ Para tanto, os dados devem ser constantemente atualizados pelos agentes de tratamento, o acesso e a retificação devem ser garantidos e o consentimento informado deve ser concretizado levando em consideração as limitações apontadas pela literatura econômica comportamental.

A construção teórica do Privacy by Design aponta, portanto, para a minimização da coleta e do processamento de dados pessoais ao estritamente necessário para o desenvolvimento das atividades econômicas.¹⁶³⁹ A identificação dos consumidores só deve ser realizada quando imprescindível para a executabilidade do serviço disponibilizado no mercado de consumo.¹⁶⁴⁰ Conforme aponta Bruce Schneier, a privacidade não é algo que se desenvolve naturalmente no ambiente virtual, ela deve ser arquitetada nos termos apontados acima que, por sua vez, não

¹⁶³⁵ CAVOUKIAN, Ann. *Privacy by Design: the 7 Foundational Principles Implementation and Mapping of Fair Information Practices*. Toronto: Information and Privacy Commissioner of Ontario, 2010. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/42rfu7t6>. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 4.

¹⁶³⁶ Sobre os programas de compliance consulte: OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Viviane da Silveira; COSTA, André Brandão Nery. Elementos essenciais para estruturação de efetivos programas de compliance de proteção de dados. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Boas. *Compliance e políticas de proteção de dados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 2021. p. 137-160.

¹⁶³⁷ A origem do termo prossumidor está na obra “The third wave”, escrita na década de 1980 por Alvin Toffler. Trata-se da junção dos termos producer e consumer, para indicar os consumidores que produzem seus bens e, também, os disponibilizam no mercado. O exemplo principal está nas redes sociais, onde o usuário (consumidor) produz o conteúdo e reproduz para os membros pertencentes à rede. Posteriormente, no final da década de 1980, Philip Kotler expandiu o conceito para incorporar estratégias de marketing que envolvem intensamente a participação dos consumidores, principalmente na coleta de dados pessoais. Nessa linha, veja:

TOFFLER, Alvin. *Terceira Onda: a morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização*. Tradução de João Tavora. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980;

KOTLER, Philip Kotler. The Prosumer Movement: a New Challenge For Marketers. *Advances in Consumer Research*. [S.l.], v. 13, p. 510-513, 1986. Disponível em: <https://tinyurl.com/ya6z28cd>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁶³⁸ CAVOUKIAN, Ann. *Privacy by Design: the 7 Foundational Principles Implementation and Mapping of Fair Information Practices*. Toronto: Information and Privacy Commissioner of Ontario, 2010. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/42rfu7t6>. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 5.

¹⁶³⁹ Acerca do princípio da minimização na LGPD, veja as seções 2.2.3 e 4.1.3, desta tese.

¹⁶⁴⁰ CASTELLUCCIA, Claude. Behavioural tracking on the internet: a technical perspective. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul; POULLET, Yves. (eds.). *European Data Protection: in good health?* Londres: Springer, 2012, p. 31.

devem estar limitados aos aspectos técnicos e legais, uma vez que é necessária uma abordagem baseada em aspectos éticos, políticos, sociais, econômicos e culturais.¹⁶⁴¹ Como arremata Emillie Mouchard, “A privacidade por design é, portanto, um método para fazer cumprir os princípios ‘clássicos’ gerais relacionados com o direito à privacidade e ao direito à proteção de dados pessoais.”¹⁶⁴² (tradução nossa).

Na esteira da **minimização de dados**, em diálogo com o *privacy by design*, alguns pesquisadores especializados em publicidade comportamental online, já desenvolvem pesquisas científicas que visam otimizar a proteção de dados pessoais e a privacidade dos consumidores no contexto dos anúncios comerciais. Os estudos são reunidos na rubrica *Privacy Preserving Targeted Advertising* (PPTA).¹⁶⁴³ Tais estudos visam desenvolver ferramentas técnicas que conciliem os anseios por privacidade no ciberespaço com as reivindicações comerciais da publicidade comportamental. Assim, a PPTA perfaz uma linha de investigação científica que propõe a implementação de arquiteturas e de sistemas informáticos que, no mesmo passo que garantem os retornos financeiros esperados pelo setor publicitário comportamental, evitam depender exclusivamente do rastreamento de dados e da identificabilidade dos titulares.¹⁶⁴⁴

Existem diferentes propostas de pesquisa na seara das PPTA.¹⁶⁴⁵ Uma ideia comum que as permeia está na tentativa de manter os dados pessoais nos dispositivos dos usuários, sem que haja necessidade de transferência de arquivos para os agentes de tratamento, apenas a mera consulta por meio de sistemas de criptografia. A consulta no terminal do usuário, ainda, contaria com a confidencialidade de dados sensíveis e permitiria a anotação de quais agentes de tratamento tiveram acesso aos dados. Trata-se de uma ferramenta estritamente técnica e que

¹⁶⁴¹ SCHENEIER, Bruce. Architecture of privacy. IEEE Security & Privacy. [S.l.], v. 7, n.1, p. 88-89, jan./fev. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8wt9e2>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁶⁴² “La Privacy by Design est donc une méthode pour faire respecter les principes généraux ‘classiques’ liés au droit à la vie privée et au droit des données personnelles.” MOUCHARD, Émile. La protection de la vie privée des données en Droit Européen. *Lex Electronica*, [s.l.], v. 18, n. 2, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/4xbf4zkc>. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 25.

¹⁶⁴³ TOUBIANA, Vicent; NARAYANAN, Arvind; BONEH, Dan. Adnostic: Privacy Preserving Targeted Advertising. Network and Distributed System Symposium. Anais [...], mar. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87yvuu>. Acesso em: 20 jan. 2022.

¹⁶⁴⁴ TRAN, Minh-Dung. *Privacy Challenges in Online Targeted Advertising*. Tese (Doutorado em Informática). l'École Doctorale Mathématiques, Sciences et Technologies de l'Information, Informatique. Université de Grenoble, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p925j2z>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹⁶⁴⁵ Conforme se extrai de:

TOUBIANA, BONEH, op. cit.;

LIU, Yang; SIMPSON, Andrew. Privacy-preserving targeted mobile advertising: Requirements, design, and a prototype implementation. *Engineering, Computer Science*, [s.l.], p. 1-26, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p89wuwb>. Acesso em: 20 jan. 2022.

não conta com a participação ativa dos usuários. Ainda em uma fase embrionária, ela propõe uma remodelação dos atuais mecanismos de processamento de dados, minimizando a coleta excessiva de dados e a sua retenção por longos períodos.

4.2.4 Síntese da segunda categoria conclusiva: A adoção de *nudges digitais* pode aperfeiçoar o bem-estar do consumidor frente às práticas publicitárias comportamentais

Partindo dos insights da economia comportamental, que apontaram limitações cognitivas no agir decisório dos consumidores, a seção 4.2 indicou que existe um ferramental tecnológico apto a otimizar a autonomia decisória desses agentes no contexto do comércio eletrônico. Os chamados “nudges digitais” perfazem um ferramental que visa aperfeiçoar a “arquitetura da escolha” do ciberespaço e a reduzir os efeitos negativos da publicidade comportamental online aos consumidores. Essas soluções extrajurídicas independem de alterações regulatórias dispendiosas, tais como aquelas apontadas na primeira parte deste capítulo, que reivindicam limitações e proibições ao setor publicitário.

A seção 4.2.1 identificou que os nudges digitais perfazem uma categoria mais leve da corrente acadêmica paternalista. Para Thaler e Suinsein, os nudges fazem parte do paternalismo libertário. Ao mesmo tempo que os nudges guiam o agir decisório dos consumidores, nada proíbem ou limitam. Pelo contrário, preserva-se a liberdade de escolha que é qualificada pelos “empurrões” na direção da otimização do bem-estar social. Os “arquitetos de escolhas” são responsáveis pela implementação dos nudges. Eles podem ser os próprios agentes publicitários ou, ainda, agentes públicos (por exemplo, a ANPD e a SENACON). Os agentes públicos podem oferecer um suporte regulatório para incentivar a adoção de nudges pelo setor privado.

Quando os nudges visam otimizar a proteção de dados pessoais e a privacidade dos consumidores, eles são concretizados por meio de tecnologias específicas reunidas na rubrica “Privacy Enhancing Technologies (PETs)”. Trata-se de um termo geral que abarca as tecnologias otimizadoras da proteção dos titulares dos dados pessoais. As PETs são nudges que podem exigir alguma interação do consumidor ou, ainda, serem implementadas em segundo plano, na própria arquitetura dos sistemas de informação de forma a incentivar determinados comportamentos.

Nessa linha, três tipos de estratégias de intervenção por meio de nudges podem ser aplicadas no setor da publicidade comportamental online. A primeira delas é considerada central para as decisões tomadas no ciberespaço. Trata-se da definição de opções padrão que preservem a autonomia e liberdade de escolha dos consumidores (privacy by Default). A opção eleita como padrão pelos arquitetos de escolhas costuma ser favoráveis à atividade econômica, ou seja, pela extensa coleta de dados pessoais e posterior compartilhamento com terceiros ou

processamento desses dados. Estudos empíricos apontaram que vieses e heurísticas acabam por conduzir o consumidor a escolher aquilo que foi ofertado, mesmo que essa opção não seja a que otimize o seu bem-estar. Essa lógica pode ser alterada com PETs que: (i) simplifiquem e unifiquem a opção *opt-out*, permitindo que o consumidor escolha não ser rastreado ou ter seus dados tratados para fins publicitários em ato único, tal como foi proposto pela ferramenta *Do Not Track* (DNT); (ii) ofereçam ao consumidor opções de bloquear quaisquer anúncios publicitários comportamentais por meio de softwares de terceiros (Adblockers); ofereçam modos de navegação em browsers que evitam o registro de dados na máquina do usuário (Navegação anônima); e, implementem tecnologias de uniformização e gerenciamento do consentimento informado por meio de plataformas que realizam a gestão das opções realizadas pelos consumidores junto aos agentes de tratamento (P3P e CMP).

Por outro lado, a segunda categoria de intervenção propõe a educação para o consumo, incentivando a tomada de decisão informada para que a mudança de comportamento ocorra naturalmente, independentemente da opção padrão eleita pelo arquiteto de escolhas. Nesta categoria estão os nudges que: (i) otimizam o direito à informação mediante a identificação visual (informação-advertência) de anúncios publicitários baseados em comportamento e dados pessoais (YourAdChoices); (ii) disponibilizam ferramentas de escaneamento e monitoramento de cookies e demais tecnologias de rastreamento instaladas nos equipamentos eletrônicos do consumidor (Cove Your Tracks); e, (iii) emitam certificados para websites e aplicativos que adotem boas práticas no setor publicitário comportamental (certificações e selos de qualidade).

Já a terceira modalidade utiliza as falhas cognitivas para estimular o viés emocional do consumidor e conduzi-lo na direção correta, sem que ele perceba, conscientemente, o “empurrão” dado pelo arquiteto de escolhas. Isso pode ocorrer por meio de aplicação de técnicas de neurociência e de psicologia estimuladoras do sistema cognitivo. Nessa modalidade estão nudges que utilizam níveis mais elevados de privacidade por padrão, tal como as configurações de navegadores que adotam configurações padrão *opt-in* para o rastreamento comportamental. Partindo do *opt-in*, o consumidor deve optar voluntariamente pelo rastreamento de dados pessoais por meio da seleção da opção clicável (ícone, banner, pop-up).

Cabe pontuar que os “empurrões” serão considerados nudges apenas se eles objetivarem o aumento da qualidade de vida das pessoas e as incentivarem a tomarem decisões otimizadoras do seu bem-estar. Os nudges implementados na seara publicitária, portanto, devem ser guiados pelos valores sociais definidos na Constituição e no regramento infraconstitucional aplicável, tal como o CDC e a LGPD. A criação de consenso acerca desses valores sociais subjacentes ao comércio eletrônico seguro e justo é essencial para o sucesso da

implementação nudges.

Por este motivo, as PETs elencadas acima estão falhando no seu alcance e eficiência. Ainda não há consenso acerca da adoção desse ferramental no setor publicitário. Isso ocorre porque as PETs podem reduzir a receita publicitária na medida em que aprimora a privacidade e proteção de dados dos consumidores. Como visto no terceiro capítulo, estudos empíricos apontam que grande parte dos consumidores desconhecem o funcionamento do ecossistema publicitário e os riscos que ele pode gerar para a sua liberdade de escolha e privacidade. Contudo, há grande potencial nos nudges abordados neste último capítulo da tese e o novo regramento de dados pessoais no Brasil pode influenciar o desenvolvimento e implementação dessas PETs no setor publicitário. Nessa linha, a ANPD pode aumentar a “sensibilidade” dos consumidores diante dos riscos envolvidos no tratamento de dados pessoais. Tal Autoridade tem o dever de aperfeiçoar a proteção dos titulares de dados, bem como adotar estratégias de cooperação com a SENACON para alinhar os mecanismos de defesa do consumidor no contexto do comércio eletrônico.

Foi nessa linha que a seção 4.2.3 trouxe a ideia de Privacy By Design (PbD) como alternativa para solucionar os riscos da publicidade comportamental desde a sua origem, antes da comercialização de novas TICs ou, ainda, durante a remodelagem do design das tecnologias já implementadas e abordadas nesta tese. Essa leitura parte do art. 46 da LGPD que estabelece o dever dos agentes de tratamento de adotarem medidas de segurança, técnicas e administrativas capazes de proteger os dados pessoais de tratamentos irregulares desde a fase de concepção da tecnologia a ser comercializada. Além disso, os agentes de tratamento e terceiros intervenientes são obrigados pelo art. 47 da LGPD, a garantir a segurança da informação em todas as etapas do tratamento.

Na LGPD, a privacidade por design perfaz um princípio orientador da conduta dos agentes de tratamento. Criado a partir da ideia do safe by design amplamente discutida na seara das relações de consumo, a privacidade por design foi densificada na década de 1990 pela então Comissária de proteção de dados de Ontário, Ann Cavoukian. Ainda hoje, a construção de Cavoukian acerca dos sete pilares do PbD dão forma e conteúdo para a implementação do ferramental técnico que une o desenvolvimento tecnológico aos anseios pela preservação da liberdade de escolha, autonomia individual e controle pessoal dos dados pessoais. Essa ideia foi implementada no GDPR e serviu de inspiração para os fundamentos elencados no art. 2º da LGPD, que impõe o uso equilibrado de dados pessoais pelos agentes de tratamento. Na seara publicitária esse equilíbrio está sendo testado mediante o desenvolvimento de estudos de *Privacy Preserving Targeted Advertising* (PPTA), que visam conceber tecnologias que

minimizam o uso de dados pessoais na publicidade comportamental online, na mesma medida que não interferem no regular desenvolvimento da atividade empresária.

Como arremata Klaus Schwab, em que pese as tecnologias disruptivas prometerem conveniência, produtividade, entretenimento e redução de custos, o que a sociedade espera dela é semelhante as expectativas de uma economia saudável: “uma melhoria geral no bem-estar humano”.¹⁶⁴⁶ Trata-se de uma concepção semelhante a ideia de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen.

Amartya Sen defende a primazia das “liberdades substantivas” dos indivíduos como mecanismo instrumental, constitutivo (os meios) e finalístico (o fim) do desenvolvimento. Trata-se de uma abordagem *bottom-up* (debaixo para cima), que enaltece e expande as liberdades individuais como pressuposto central para se alcançar as realizações coletivas, nas vertentes econômicas, sociais e políticas. O enfoque principal está na ampliação das lentes desenvolvimentistas para além das considerações econômicas em sentido estrito, que tendem a dimensionar apenas a renda das pessoas, o Produto Interno Bruto (PIB), o avanço tecnológico, a modernização e a industrialização do país.¹⁶⁴⁷ O desenvolvimento para o autor consiste na ampliação das diferentes formas de liberdades reais, que dão aos indivíduos a “condição de agente”. Nessa leitura, os indivíduos além de gozarem das liberdades e oportunidades, ou seja, de seguir com os seus projetos de vida sem encontrarem barreiras e restrições, são capazes de aprimorar ativamente a sua comunidade, estado ou país, agindo nas esferas econômicas, sociais e políticas. Trata-se, portanto, de uma abordagem desenvolvimentista “amigável”, fincada em uma “base informacional” diferenciada daquelas leituras mais comuns do desenvolvimento como um “processo feroz”.¹⁶⁴⁸ Dessa forma, as tecnologias devem ser capacitadoras e privilegiadoras da autonomia humana. Não devem ser determinantes de comportamentos

¹⁶⁴⁶ SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. *Shaping the future of the fourth industrial revolution: a guide to building a better world*. New York: Currency, 2018. E-book (não paginado).

¹⁶⁴⁷ Há um cenário dúbio na humanidade. Por um lado, existe a atual aceleração tecnológica e científica nunca vista na história, que já acumula um volume estrondoso de conhecimento e aumenta a prosperidade e o bem-estar da espécie humana. Por outro lado, essa mesma espécie permite a continuidade de cenários desastroso de pobreza, miséria e privações de inúmeras ordens, tais como ausência ou deficiência da assistência à saúde e a presença de regimes autoritários. As justificativas para as privações são muitas e fundamentam-se em doutrinas, teorias e teses distintas, mas o que Amartya Sen procura como enfoque central da sua obra “desenvolvimento como liberdade” é identificar as possibilidades avaliatórias e de eficácia da liberdade no processo de desenvolvimento. Construção essa que tornou possível desmitificar o preconceito para com as análises que adentram em perspectivas subjetivas da fruição da liberdade e fez emergir o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 54 e ss.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 16-26.

prejudiciais, uma vez que “o futuro deve ser projetado para e por humanos”.¹⁶⁴⁹

¹⁶⁴⁹ SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. *Shaping the future of the fourth industrial revolution: a guide to building a better world*. New York: Currency, 2018. E-book (não paginado).

CONCLUSÃO

Ultrapassada a redação de parte substancial desta pesquisa científica, convém apresentar as principais conclusões obtidas pelo seu autor. O “fio condutor” se concentrou na seguinte problemática: Sob quais condições o controle jurídico da publicidade no Brasil assegura a proteção da liberdade de escolha do consumidor, frente ao avanço das tecnologias de análise comportamental online?

De início, afirmou-se que as normas gerais vocacionadas à proteção do consumidor, em suas múltiplas facetas, não eram aptas a assegurar a liberdade de escolha desse público, sendo essencial a adoção de um marco regulatório que apontasse os limites específicos da publicidade comportamental online.

A testagem dessa hipótese, contudo, revelou que ela apresenta uma solução demasiadamente simples diante da complexidade das tecnologias disruptivas empregadas no setor publicitário brasileiro. A complexidade tecnológica se uniu, ainda, a existência de um quadro normativo fragmentado que passou a contar com mais um regramento específico direcionado à proteção de dados pessoais, que impacta o setor publicitário comportamental.

Identificou-se que, embora a publicidade comportamental online não esteja explicitamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, as normas gerais e aquelas tradicionalmente aplicáveis ao setor publicitário já as abarcam implicitamente e preveem mecanismos jurídicos de proteção da liberdade de escolha dos consumidores. Tal constatação, entretanto, não afastou as dificuldades encontradas na aplicação dessas normas frente às peculiaridades dessa nova tecnologia e da inexistência de mecanismos jurídicos preventivos adequados (mecanismos protetivos *ex ante*).

Assim, a tese que se iniciou apresentando a complexidade técnica e jurídica do mercado publicitário digital e, após, analisou os limites legais da publicidade comportamental, acabou revelando, ao final, importantes desafios para o controle jurídico dessas práticas comerciais diante da disrupção tecnológica.

O ordenamento jurídico foi construído para lidar com ilicitudes e abusos promovidos por uma rede publicitária tradicional (analógica). Novas técnicas e tecnologias de personalização e individualização de anúncios comerciais escapam dessa sistemática tradicional e requerem uma análise transversal entre os regimes protetivos do consumidor e protetivos dos dados pessoais.

Apesar disso, os desafios identificados podem ser reduzidos mediante a *condicionante* da adoção de regras proibitivas de certas práticas publicitárias comportamentais ou, ainda, com a implementação de medidas educativas e de empoderamento técnico dos consumidores que preservem a sua liberdade de escolha no ciberespaço. Soma-se, ainda, a necessidade de uma coordenação política das diferentes estruturas administrativas correlatas ao tema (SENACON, ANPD e CADE), conjuntamente com a atuação dos agentes privados reguladores (CONAR e CENP), para aperfeiçoar a aplicação das regras atuais e efetivar a fiscalização da utilização de dados pessoais no ambiente publicitário. Para alcançar tal conclusão, a presente tese contou com quatro eixos centrais.

Buscou-se, em um primeiro momento, compreender a dimensão do cenário atual da publicidade comportamental online. Unindo o perfil técnico e histórico da temática ao perfil jurídico-regulatório correlato. O arcabouço conceitual do setor publicitário foi apresentado de acordo com a evolução tecnológica, que está atrelada ao desenvolvimento de novas TICs e da aprendizagem de máquina baseada em estudos comportamentais aproveitados de outras áreas, tais como da psicologia e da neurociência. O potencial disruptivo e otimizador do sucesso publicitário apresenta preocupações quanto aos efeitos negativos da prática publicitária comportamental na internet, o que pode impactar a autonomia e liberdade de escolha do consumidor.

A letargia regulatória das tecnologias empregadas no ambiente virtual e a inexistência de normas específicas para a publicidade comportamental possibilitaram a atuação predatória de grandes sociedades empresárias no processamento e destinação econômica dos dados pessoais coletados. A implementação de tecnologias de difícil reversão no setor publicitário facilitaram a incrementação de riscos em uma escala mundial e multissetorial. A exploração de zonas cinzentas da ciência jurídica que não poderiam prever o status quo do desenvolvimento tecnológico, acabaram por revelar que a publicidade comportamental pode afetar os consumidores para além do seu direito à proteção de dados pessoais e privacidade. O ambiente digital intrusivo pode afetar, segundo o ACNUDH, a dignidade humana, a autonomia individual, a igualdade de tratamento, a liberdade de expressão e o exercício dos direitos humanos em geral.

Para além disso, a tese ofereceu um panorama acerca do tratamento jurídico da publicidade comportamental. Foram analisados diferentes planos geográficos nacionais, regionais e internacionais. Constatou-se a inexistência de marcos regulatórios específicos para tal modalidade de publicidade. Em meados de 2011, algumas orientações técnicas começaram

a surgir, mas não foram suficientes para regulamentar o setor publicitário comportamental. Os avanços mais importantes foram identificados no âmbito regional da União Europeia, que conta com uma regulação mais avançada na seara dos dados pessoais e se empenha no estudo da temática publicitária comportamental a partir da emissão de relatórios técnicos.

Os primeiros achados levaram o autor desta tese a concluir que **a complexidade tecnológica requer o acompanhamento da interface jurídico-consumerista, sendo que a inexistência de uma regulação específica para o tema é respaldada na aplicação de diplomas destinados à proteção de dados.**

Em seguida, destinou-se espaço ao estudo dos regimes jurídicos aplicáveis à publicidade comportamental online no contexto brasileiro. Identificou-se que tais regimes estão fragmentados, contam com uma produção regulatória mista e são administrativamente desconcentrados. A fragmentação ocorre porque existem diferentes diplomas legais aplicáveis à temática. Os mais robustos são o CDC, MCI e LGPD. O setor publicitário conta com uma ampla regulação e fiscalização realizada por agentes públicos e privados. Esses últimos ditam os limites técnicos das práticas comerciais de marketing e publicidade (Cenp e Conar), enquanto os primeiros atuam a partir de um quadro administrativo estatal responsável pelo controle jurídico da matéria. Nesta tese entendeu-se que para além da SENACON, a ANPD também passou a ser competente para regulamentar as práticas publicitárias disruptivas.

Há, portanto, a aplicabilidade de um regime jurídico publicitário “tradicional”, em conjunto com um regime jurídico especializado em proteção de dados. Nessa linha, o CDC foi posto em destaque para identificar os pressupostos da atividade publicitária e a constituição da relação de consumo. Analisou-se, também, a adequação da sistemática geral da abusividade na atividade publicitária no contexto da publicidade digital, que depende de uma análise holística e voltada à disciplina normativa dos dados. A licitude da publicidade comportamental só pode ser perquirida a partir do viés protetivo dos dados pessoais. Nesse meando, a excursão pelos pressupostos de aplicação da LGPD, o estudo dos limites legais da atividade de perfilização comportamental e a análise dos deveres dos agentes de tratamento/publicitários, demonstraram que **os regimes legais presentes no CDC funcionam como balizas gerais reguladoras do conteúdo e dos meios empregados na publicidade comportamental e, por outro lado, os regimes legais correlatos à proteção de dados limitam tal atividade de tratamento.**

Para além disso, envidou-se esforços para compreender os desafios impostos pela publicidade comportamental ao regramento protetivo do consumidor e dos dados pessoais. Após delinear os limites legais das práticas comerciais correlatas, lacunas importantes foram

identificadas na construção jurídica baseada na licitude do tratamento a partir da confiança na racionalidade humana, seja em consentir concretamente com as práticas publicitárias, seja em se autodeterminar diante da presença de um ambiente decisório virtual construído para influenciar as decisões dos consumidores. Entendeu-se que o desenvolvimento tecnológico somado à presença uníssona de um ambiente decisional mediado por algoritmos, torna a construção jurídica fundada na racionalidade humana cada vez mais destoante da realidade digital. A confiança na base jurídica do consentimento e na incolumidade da autonomia dos consumidores no espaço digital, acaba reduzindo o escopo protetivo desses diplomas legais. Portanto, **o paradigma jurídico padrão de consentimento não é adequado para limitar eventuais práticas comerciais abusivas, bem como a proteção jurídica da autonomia é insuficiente diante da potencial manipulação publicitária comportamental.**

Reconhecida a complexidade da temática exposta e as limitações naturais de uma tese de doutoramento em direito no aprofundamento das questões interdisciplinares ligadas à neurociência, psicologia e economia comportamental, identificou-se a necessidade de aprimoramento e dedicação científica acerca dos riscos e dos danos da publicidade comportamental online à autonomia e liberdade de escolha dos consumidores brasileiros. Essa declaração, contudo, não afasta a relevância do problema jurídico proposto na tese. Pelo contrário, parece reforçar o papel do jurista em antever as possíveis fragilidades normativas frente ao avanço tecnológico que ocorre em uma escala sem precedentes.

O fechamento desta pesquisa científica perpassou pelo mapeamento das medidas jurídicas e técnicas que podem aperfeiçoar a proteção dos consumidores diante das falhas identificadas e analisadas nos eixos anteriores. Se propôs uma abordagem holística baseada no aperfeiçoamento do controle jurídico da atividade publicitária, combinada com a adoção de ferramentas técnicas de empoderamento dos consumidores, para que tais agentes sejam integrados no processo de gerenciamento de dados pessoais. Nessa linha, a aplicação do “diálogo das fontes” como mecanismo interpretativo é capaz de realizar a interseção analítica entre as diferentes normas gerais empregadas no setor publicitário comportamental, sem exclusão ou supressão de uma ou outra.

Essa atividade hermenêutica, contudo, não exclui a importância da complementação regulatória que restrinja ou proíba certas práticas comerciais potencialmente lesivas aos direitos do consumidor. Medidas regulatórias podem ser somadas aos mecanismos tecnológicos aprimoradores da proteção de dados, que têm potencial de otimizar a proteção dos consumidores por meio da capacitação e da criação de uma cultura baseada na educação para o

consumo e na participação ativa dos cidadãos. Essa segunda via ainda carece de engajamento empresarial, mas já demonstra avanços importantes rumo à utilização equilibrada de dados no ambiente virtual. Dessa forma, **a limitação ou proibição taxativa das técnicas publicitárias comportamentais pode reduzir as zonas cinzentas, da mesma forma que a adoção de *nudges* digitais pode aperfeiçoar o bem-estar do consumidor no ambiente virtual.**

Arremata-se, portanto, que a presente tese explorou um campo tecnológico implementado comercialmente em 2009, que está em constante transformação e aperfeiçoamento tecnológico. Diante das incertezas que permeiam as tecnologias empregadas na publicidade comportamental online, os seus riscos precisam de maior atenção das ciências sociais aplicadas e, também, da Tecnologia da Informação e áreas afetas à psicologia. Ulrich Beck afirmava que o poder decisório sobre os riscos incrementados na sociedade pelas novas tecnologias não pode ficar a cargo apenas dos seus desenvolvedores. Outros atores sociais precisam participar desse processo, uma vez que os danos daí decorrentes tem o potencial de atingir toda a sociedade. Novos desafios ligados à utilização comercial de ferramentas de vigilância biotecnológica para estratégias de marketing intensificam essas considerações. Partindo desses insights, uma importante questão surge: O estudo e a implementação de inovações tecnológicas precisam ser decididas - para além das questões éticas - com base no princípio democrático?

Como desfecho deste estudo, que permanece aberto à discussão acadêmica, afirma-se que o desenvolvimento tecnológico, por mais revolucionário que seja, não pode servir como pressuposto para a redução ou supressão da dignidade do ser humano.

Por fim, apresenta-se o extrato da **TESE**, fruto da presente pesquisa científica:

A superação dos desafios impostos pela publicidade comportamental online à proteção da autonomia decisória do consumidor no ciberespaço, depende de uma sinergia entre diferentes regimes jurídicos e conhecimentos interdisciplinares, com o fulcro de reduzir os efeitos negativos das TICs e viabilizar a adoção de medidas corretivas das lacunas legais, seja na previsão de proibições legais específicas a certos desenvolvimentos tecnológicos exploradores das vulnerabilidades humanas, seja na instituição de medidas de empoderamento e capacitação dos consumidores brasileiros.

REFERÊNCIAS

- A SHORT history of the internet. Science+Media Museum. [S.l.], 3 dez. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/zwyhyz4j>. Acesso em: 4 jan. 2022.
- ABOUT EFF. In: *EFF*, São Francisco, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/3suuzda7>. Acesso em: 8 jan. 2022.
- ABOUT the Digital Advertising Alliance. In: DAA, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/4kdjktkp>. Acesso em: 8 jan. 2022.
- ABRAMS, Martin. Boxing and concepts of harm. *Privacy and Data Security Law Journal*, v. 4, p. 673-676, set. 2009. Acesso em: 6 jan. 2022.
- ACQUISTI, Alessandro. The Economics of Personal Data and the Economics of Privacy. The Economics of Personal Data and Privacy: 30 Years after the OECD Privacy Guidelines. Report. Paris, OECD, 1 dez. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/3vvzdcwh>. Acesso em: 19 dez. 2022.
- ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jens. Privacy and rationality in individual decision making. *IEEE Security and Privacy Magazine*. [s.l.], v. 3, n. 1, p. 26-33, fev. 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8f2kh3>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- ALBERTS, Robert J.; NILL, Alexander; POON, Percy S. Online Behavioral Targeting: What Does the Law Say? *Journal of Current Issues and Research in Advertising*, [s. l.], v. 37, n. 2, p. 95–112, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/10641734.2016.1171177>>. Acesso em: 11 set. 2021.
- ALBRIGHT, Jonathan. The micro-propaganda machine. *Medium*, [s.l.], 4 nov. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/yjx2xre3>. Acesso em: 6 jan. 2022.
- ALBUQUERQUE, Juliana Nata. Dados pessoais, publicidade e autorregulamentação. IAB Brasil, São Paulo, 28 out. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/3pmeaccy>. Acesso em: 13 set. 2021.
- ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review, and Representation. *International Journal of Constitutional Law*, [s.l.], v. 3, n. 4, p. 572-581, out. 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2v3a4u36>. Acesso em: 19 jan. 2022.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/28bk965m>. Acesso em: 19 jan. 2022.
- ALI, Muhammad; SAPIEZYNSKI, Piotr; BOGEN, Miranda; KOROLOVA, Aleksandra; MISLOVE, Alan; RIEKE, Aaron. Discrimination through optimization: How Facebook's ad delivery can lead to skewed outcomes. *Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction*. [s.l.], v.1, 2019. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1904.02095>. Acesso em: 7 jan. 2022.

ALMEIDA, Alette Marisa S. D. N. Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 53, jan./mar. 2005.

ALPA, Guido Alpa; BESSONE Mario; ROPO, Enzo. Una política del diritto per la pubblicità commerciale. *Rivista del Diritto Commerciale*, Pádua, v. 303, n. 1, 1974. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckudt7e>. Acesso em: 20 dez. 2021.

ALVES, Camila. Como os ad-blockers podem mudar o futuro da publicidade. São Paulo, 26 dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8hewpb>. Acesso em: 20 jan. 2022.

AMARAL JR., Alberto do; VIEIRA, Luciane Klein. A proteção internacional do consumidor no Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 106, n. 3, jul./ago., 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4zuktby>. Acesso em: 9 jan. 2022.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMERICAN tech giants are making life tough for startups. *The Economist*, São Francisco, 2 de junho de 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8f8h6f>. Acesso em: 6 jan. 2022.

AMNESTY INTERNATIONAL. *Surveillance giants*: How the business model of Google and Facebook threatens human rights. Londres: Amnesty Internacional, 2019. Disponível em: Amnesty International. [S.l.: s.n.], 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n67b66v>. Acesso em: 3 jan. 2022.

AN UPDATE on Our App Developer Investigation. In: *Meta*, San Francisco. 20 set. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4phjcay3>. Acesso em: 6 jan. 2022.

ANGWIN, Julia; PARRIS JR., Terry. Facebook lets advertisers exclude users by race. In: *ProPublica*. [S.l.], 28 out. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8edk8x>. Acesso em: 6 jan. 2022.

ARBIX, Daniel. A importância da privacidade por design e por default (privacy by design and by default). In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) - A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARCEKIN-LÉCUYER, Linda. *Droit de la publicite*. Rennes: Presses universitaires de Rennes, 2011.

ARIDOR, Guy; CHE, Yeon-Koo; SALZ, Tobias. *The economic consequences of data privacy regulation: empirical evidence from GDPR*. Working Paper 26900. National Bureau of Economic Research: Cambridge, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w6jaj>. Acesso em: 16 dez. 2021.

ARIELY, Dan. *Predictably irrational: the hidden forces that shape our decisions*. Londres: Harper Perennial, 2010. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/ytsymbvr>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BALDWIN, Robert. *From Regulation to Behavior Change: Giving Nudge the Third Degree*.

The Modern Law Review, Londres, v. 77, n. 6, p. 831-857, 2014.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. New York: Oxford, 2012.

BARBU-KLEITSH, Oana. Microtargeting in social media and ethical issues. *Studia UBB Ephemerides*, v. LVIII, n. 2, p. 83-90, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/kabcjym2>. Acesso em: 6 jan. 2022.

BARIFOUSE, Leonardo. O controle jurídico da publicidade na trincheira do consumismo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 116, ano 27, p. 95-125, mar./abr., 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/4mjzrm6m>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BARLOW, John Perry. A Declaration of the Independence of Cyberspace. In: EFF. Davos, 8 fev. 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/52ax3ucr>. Acesso em: 7 jan. 2022.

BARNES, Susan B. A privacy paradox: social networking in the United States. *First Monday*. [s.l.], v. 11, n. 9, set. 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/2nexuunv>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BAROCAS, Solon; NISSENBAUM, Helen. On Notice: The Trouble with Notice and Consent. Engaging Data Forum: The First International Forum on the Application and Management of Personal Electronic Information. *Anais [...]*. [S.l.], out. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrx4bfy4>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BARROS, Gustavo. Herbert A. Simon and the concept of rationality: boundaries and procedures. *Brazilian Journal of Political Economy*. [s.l.], v. 30, n. 3, p. 455-472, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/4cbcpk8n>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BARROS, Leite. O excesso de informação como abuso do Direito (Dever). *Revista Luso-Brasileira de Direito do consumo*. v. 7, n. 23, p. 13-60, mar. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc83wyc6>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro*. Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5d2kckwc>. Acesso em: 6 jan. 2022.

BASAN, Arthur Pinheiro. *O direito de proteção de dados pessoais e a busca pelo sossego na sociedade da informação: publicidades virtuais e o assédio de consumo como dano*. Tese (doutorado em direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2020.

BATABYAL, Amitrajeet A. Review of "Too Much Information" by Cass R. Sunstein. ResearchGate, ago. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/ye24xd99>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMANN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BEAUCHAMP, Tom L. Informed Consent: Its History, Meaning, and Present Challenges. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethic*, Cambridge, v. 20, n. 4, p. 515-523, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdzmhb9v>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. New York: University Press, 1994.

BECK, Ulrich. Sociedade global, sociedade de riscos. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, v. 7, n.4, p. 53-81, jan./jun. 1998. p. 54; BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scoot. *Modernidade reflexiva*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

BELING, Fernanda. As 10 maiores redes sociais em 2021. *Oficina da Net*. [s.l.], 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdfba4hk>. Acesso em: 5 jan. 2022.

BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais Reflexos da Sociedade de Massa no Contexto Contratual Contemporâneo: Disposições contratuais abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 43, p. 133-157, jul./set. 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9, p. 1-48, jan./mar. 1994,

BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc5u53n9>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BENNETT, Colin J. *Regulating privacy: data protection and public policy in Europe and the United States*. Londres: Cornell University Press, 1992. Disponível em: <https://tinyurl.com/y55w8p6b>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BENNETT, Steven C. Regulating Online Behavioural Advertising, *The John Marshall Law Review*, v. 44, n. 4, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/5e98fa73>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E. The Failure of Mandated Disclosure. *Chicago Law and Economics*. Working Paper n. 516, 2010. Disponível no SSRN: <https://tinyurl.com/ht5d7mxp>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BEN-SHAHAR, Omri; SCHNEIDER, Carl E. *More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure*. Princeton: Princeton University Press, 2014. E-book (não paginado).

BERNAL, Paul. *Internet Privacy Rights: Rights to Protect Autonomy*. Cambridge:

Cambridge University Press, 2014. Versão parcial disponível em: <https://tinyurl.com/4rsrxb9m>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BERNERS-LEE, Tim. Long Live the Web: A Call for Continued Open Standards and Neutrality. *Scientific American*. V. 303, n. 6, [s.p.], 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/y7h8mr74>. Acesso em: 4 jan. 2022.

BERNERS-LEE, Tim. No snooping. W3.ORG. [S.l.], 3 set. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/4umkkmka>. Acesso em: 4 jan. 2022.

BERNERS-LEE, Tim. *Weaving the Web*. [S.l.]: HarperBusiness, 2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/3uwx8e5h>. Acesso em: 3 jan. 2022.

BERNERS-LEE, Tim; CAILLIAU, Robert; GROFF, Jean-François ; POLLERMANN, Bernd. World-wide web: the information universe. *Internet Research*, v. 20, n. 4, p. 461-471, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2nu5e767>. Acesso em: 26 dez. 2021.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2xxy5txe>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Nova Lei do Cadastro positivo: comentários à Lei 12.414, com as alterações da Lei Complementar n. 166/2019 e de acordo com a LGPD*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. Responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília, v. 20, n. 120, p. 20-43, fev./maio 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/3wvehkyj>. Acesso em: 10 jan. 2022. p. 32.

BEZERRA, Glícia Maria Pontes. Publicidade e defesa do consumidor no Brasil: histórico, cenário político e disputas sobre a implementação do Código em contraponto à autorregulamentação publicitária no país. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 111, maio/jun., 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/mtawdakh>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BHARAT, Krishna; LAWRENCE, Stephen; SAHAMI, Mehran. (inventors). Generating user information for use in targeted advertising (nome da patente). Google LLC (Depositante). US20050131762A1 (United States). 31 dez. 2003 (data do depósito). Disponível em: <https://tinyurl.com/2a4ye96p>. Acesso em: 5 jan. 2022;

BIG Data market size revenue forecast worldwide from 2-11 to 2027. Statista. [s.l.], 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2mx67a3t>. Acesso em: 3 jan. 2022.

BIONI, Bruno Ricardo. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords). *Lei Geral de proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018): A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais. E-book* (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9697pk>. Acesso em: 19 dez. 2021.

BIONI, Bruno. *A proteção e dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2010. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/2562hxwz>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 59.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. Obra atualizada por Eduardo C. B. Bittar. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BIZUTTI, Andressa. Da Teoria à Prática: a fiscalização e Aplicação da Neutralidade da Rede no Brasil. In: *Horizonte presente: Debates de tecnologia e sociedade*. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BLATTBERG, Robert C.; KIM, Byung-Do; NESLIN, Scott A. *Database Marketing: Analyzing and Managing Customers*. International Series in Quantitative Marketing. Philadelphia: Springer, 2009.

BODÓ, Balázs; HELBERGER, Natali; VREESE, Claes H. de. Political micro-targeting: a Manchurian candidate or just a dark horse? *Internet Policy Review. Journal on Internet Regulation*. v. 6, n. 4, p. 1-13, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/4x46ecjz>. Acesso em: 6 jan. 2022.

BORGESIUUS, Frederik Zuidereen; KRUIKEMEIR, Sanne; BORMAN, Sophie; HELBERGER, Natali. Tracking walls, Take-It-Or-Leave-It Choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation. *European Data Protection Law Review*, Berlim, v. 3, n. 3, p. 353–368, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/5ef982xt>. Acesso em: 21 dez. 2021.

BORGESIUUS, Frederik Zuiderveen. The Breyer Case of the Court of Justice of the European Union: IP Addresses and the Personal Data Definition. *European Data Protection Law Review*, v. 3, n. 1, p. 130-137, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yezmrpbc>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BORGESIUUS, Frederik Zuiderveen; HELBERGER, Natali; REYNA, Agustin. The perfect match? A closer look at the relationship between EU consumer law and data protection law. *Common Market Law Rev*, v. 54, n. 5, p. 1427-1465, 2017.

BORGESIUUS, Zuiderveen. *Improving privacy protection in the area of behavioural targeting*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University of Amsterdam, Amsterdam, 2014.

BORGESIU, Zuiderveen; KRUIKEMEIER, S; BOERMAN, Sophie C; HELBERGER, N. Tracking Walls, take-it-or-Leave-it choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation. *European Data Protection Law Review*. Amsterdam, v. 3, n. 3, p. 1-16, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckt2h4z>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BORJES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. *Responsabilidade civil e nanotecnologias*. São Paulo: Atlas, 2014.

BÖSCH, Christoph; ERB, Benjamin; KARGL, Frank; KOPP, Henning; PFATTHEICHER. *Tales from the Dark Side: Privacy Dark Strategies and Privacy Dark Patterns*. Privacy Enhancing Technologies. [S.l.], Anais [...]. P. 237-254, 13 jul. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8hvftu>. Acesso em: 20 jan. 2022.

BOYD, Danah. Big Data: Opportunities for Computational and Social Sciences. *Zephoría*. [S.l.], 17 abr. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/4s8b3ern>. Acesso em: 24 dez. 2021.

BRASIL, Rita Maria Carneiro. *Publicidade: entre a prática e as Teorias da Comunicação*. Tese (doutorado em Comunicação). Programa de Pós-Graduação em Comunicação. Universidade de Brasília. Brasília, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/29mc5kd3>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Departamento de Consultoria. Câmara Permanente de Licitações e Contratos. Parecer n. 5/2015/. Processo n. 00593.000847/2013-94. Assunto: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos [...]. Brasília, DF: 26 jul. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/4rat3wp5>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. Autoridade Nacional de proteção de Dados. *Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycknhdfd>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Autoridade Nacional de proteção de Dados. *Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycknhdfd>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Autoridade Nacional de proteção de Dados. *Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycknhdfd>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Autoridade Nacional de proteção de Dados. *Guia orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycknhdfd>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Planejamento Estratégico 2021-2023*. Brasília, DF: ANPD, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/3tfae47u>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei PL 3514/2015*. Altera a Lei nº 8.078, de 11

de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico, e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), para aperfeiçoar a disciplina dos contratos internacionais comerciais e de consumo e dispor sobre as obrigações extracontratuais. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8anczk>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei PL 3515/2015*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e o art. 96 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.276/2016*. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. Autoria: Poder Executivo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/ad7tjzyn>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ata da 97ª Sessão Ordinária de julgamento*. Processo Administrativo Nº 08012.008602/2005-0. Representante: *SDE ex officio*. Representado: Conselho Executivo de Normas Padrão. Decisão: O processo foi arquivado nos termos do voto do Conselheiro Relator. Brasília, DF: CADE, 24 jan. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yu4k929f>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022*. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/5ybrz2xp>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 10.147, de 7 de julho de 2020*. Institui o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yjxdrpec>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. Decreto n. 10.271, de 6 de março de 2020. Dispõe sobre a execução da Resolução GMC nº 37/19, de 15 de julho de 2019, do Grupo Mercado Comum, que dispõe sobre a proteção dos consumidores nas operações de comércio eletrônico. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5e93buk4>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. Decreto n. 10.474, de 26 de agosto de 2020. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5d3kw43y>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997*. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da

República, 1997. Disponível em: <https://tinyurl.com/32ucp5r9>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997*. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://tinyurl.com/32ucp5r9>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 57.690, de 1º de fevereiro de 1966*. Aprova o Regulamento para a execução da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965. Brasília-DF: 1966. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p94sf4h>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013*. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/yjbnmxyz>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016*. Marco Civil da Internet. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2uwssevz>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB)*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/3p2ebnh8>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/3v7thc4y>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 12.232, de 29 de abril de 2010*. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/427k9fnk>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011*. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4722nsdb>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87z9vr>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020*. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/mryakrsd>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 14.181, de 10 de julho de 2021*. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/sz26evay>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: <https://tinyurl.com/ywj2s45e>. Acesso em: 9 jan. 2022. Legislação revogada.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/4cba6zca>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrxu7ypu>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC)*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9cbn63>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n.º 4.680, de 18 de junho de 1965*. Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdesmhjm>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. *Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/3hhfhunf>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. *Medida provisória n. 954, de 17 de abril de 2020*. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [...]. Vigência encerrada. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p82zn7u>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. Guia para elaboração de análise de Impacto Regulatório (AIR). Brasília, DF: Ministério da Economia, 2021. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/56a3vnm>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Acordo de Cooperação Técnica n. 5/2021*. Acordo de Cooperação Técnica entre Conselho de Defesa Econômica – CADE e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, para o aperfeiçoamento das ações voltadas à defesa, fomento e disseminação da concorrência no âmbito dos serviços de proteção de dados. Processo n. 08700.002088/2021-51. Brasília, DF: 31 maio 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p93aska>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Notas técnicas. Brasília, 27 dez. 2021.

Disponível em: <https://tinyurl.com/4emhdbta>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 92/2018/CSA-SENACON/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACON/MJ*. Processo nº 08012.002116/2016-21. Representante: Booking.com. Representado: Decolar.com Ltda. Assunto: Prática abusiva. Brasília, 18 jun. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ydz8b63m>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 32/2019/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo Nº 08012.000723/2018-19. Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - ex officio. Representados: Facebook Inc. e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Assunto: Prática abusiva, violação aos princípios da boa-fé, ao direito à privacidade e à informação clara e adequada sobre bens e serviços. Brasília, 3 ago. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/b8epj6vu>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 33/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo nº 08012.004630/2015-11. Representante: Ministério Público Federal - Procuradoria da República no Estado do Piauí. Representado: Google Brasil Internet LTDA. Ltda. Assunto: Prática Abusiva. Brasília, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/ywvw7skj>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 101/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo Nº 08012.005555/2015-13. Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (Ex officio). Representado: OI (TNL PCS S/A). Assunto: Prática Abusiva. Brasília, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/274s57p3>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 108/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo Nº 08012.000723/2018-19. Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (Ex officio). Representado: Facebook Inc. e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Assunto: Prática Abusiva. Brasília, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s3ezc7t>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SENACON. *Nota Técnica n.º 109/2019/CSA-SENACON/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ*. Processo Nº 08012.002467/2018-02. Representante: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (Ex officio). Representados: Facebook Inc. e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Assunto: Prática Abusiva. Brasília, 12 ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9bnu3e>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional do Consumidor. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. *Despacho n. 299/2018*. Assunto: Decisão de Aplicação de Sanção Administrativa. Processo nº 08012.002116/2016-21. Representada: Decolar.com Ltda. Brasília, 16 jun. 2018. Diário Oficial: Edição 115, Seção 1, p. 73. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdu4wk8u>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Nota à Imprensa n. 50*. Assinado Acordo sobre

Comércio Eletrônico do MERCOSUL - Nota Conjunta do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Economia. Brasília: MRE, 30 abr. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8rb7f>. Acesso em: 8 jan. 2022.

BRASIL. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. 5ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital do Rio de Janeiro. *Protocolo da Ação Civil Pública, referente ao Inquérito Civil n. 347/5ª PJDC/2016*. Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/4j2ykdwf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional do Consumidor. *Plataforma Consumidor.gov*. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9bzt6e>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Autoridade Nacional de Proteção de Dados (Conselho Diretor). *Portaria n. 1, de 18 de março de 2021*. Estabelece o Regimento Interno da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdfn7cvx>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Acordo de Cooperação Técnica n. 1/2021/GAB-SENACON*. Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram a ANPD e a Secretaria Nacional do Consumidor do MJSP. Processo n. 08012.000596/2021-53. Brasília, DF: 22 mar. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckwybru>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. *Acordo de Cooperação Técnica n. 1/2021/GAB-SENACON*. Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram a ANPD e a Secretaria Nacional do Consumidor do MJSP. Processo n. 08012.000596/2021-53. Brasília, DF: 22 mar. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckwybru>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem de Veto n. 188, de 9 de junho de 2011. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s3e4py2>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. Senado Federal. DataSenado. Pesquisa Nacional Redes Sociais, Notícias Falsas e Privacidade na Internet. Brasília: DataSenado, 10 dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8efd3a>. Acesso em: 6 jan. 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer n. X, de 2018*. Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 53 de 2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais [...]. Disponível em: <https://tinyurl.com/yz7wefae>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 92.395 RS*. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. 5 fev. 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p953mhs>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 519.310 SP*. Relator: Min. Nancy Andrighi. 20 maio 2004. Disponível em: <https://tinyurl.com/2wyba8tx>. Acesso em: 10 jan. 2022. Ementa.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 566.468 RJ*.

Relator: Min. Jorge Scartezzini. 23 nov. 2004. Disponível em: <https://tinyurl.com/ye29ut6u>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 476.428 SC*. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 14 abr. 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/5dwpzhtz>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 752.135 RS*. Relator: Min Aldir Passarinho Junior. 16 ago. 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9ehe9a>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de inconstitucionalidade n. 2.591-1 DF*. Relator: Min. Carlos Velloso. Relator para acórdão: Eros Grau, 7 jun. 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8n6nf8>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 604.172 SP*. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. 21 maio 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/37yz3aaz>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *Recurso Especial n. 911.802*. Relator: Min. José Delgado, 24 out. 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8mwyjv>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial n. 586.316 MG*. Relator: Min. Herman Benjamin. 25 maio 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p97v4wx>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 1.037.759 RJ*. Relator: Min. Nancy Andrichi, 23 fev. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9emksz>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.046.241 SC*. Relator: Min. Nancy Andrichi. 12 ago. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/5bece73u>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 1.157.228 RS*. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. 3 fev. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/3ef38mx4>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.077.911 SP*. Relator: Min. Nancy Andrichi. 4 out. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdfzb2tt>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.125.276 RJ*. Relator: Min. Nancy Andrichi. 28 fev. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2vsj9thh>. Acesso em: 9 jan. 2022. Ementa.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.316.921 RJ*. Relator: Min. Nancy Andrichi. 26 jun. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrnh8hyf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.195.642 RJ*. Relator: Min. Nancy Andrigui. 13 dez. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8u52ey>. Acesso em: 9 jan. 2022. Ementa.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 436.135 SP*. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. 17 jun. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2etf5m6x>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.391.084 RJ*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 26 nov. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/3eh9wunz>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 1.377.899 SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 18 dez. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n98wfsn>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Agravo Regimental no AREsp n.º 533.990 MG*. Relator: Min. Moura Ribeiro. 18 ago. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/bpaw3tm5>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 548.900 RJ*. Relator: Min. Marco Buzzi. 16 fev. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc5pv269>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Ag. Int. no Recurso Especial n.º 1.216.570 SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 13 set. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8e36fa>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial n.º 1.469.087 AC*. Relator: Min. Humberto Martins. 18 ago 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/nhcsss3u>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial n.º 1.539.165 MG*. Relator: Min. Humberto Martins. 23 ago. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/3fuexv66>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 1.647.795 RO*. Relator: Min. Nancy Andrigui. 5 out. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/bd554hat>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial n.º 1.378.284 PB*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 8 fev. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdmtb9y3>. Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 1.704.002 SP*. Relator: Min. Nancy Andrigui. 17 fev. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/sm8hnb7x>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 1.154.617-0 SP*.

Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 18 fev. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/d5tx6fec>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n.º 1.794.991 SE*. Relator: Min. Nancy Andrighi. 5 maio 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckujtay>. Acesso em: 9 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de inconstitucionalidade n. 6.387 DF*. Relatora: Min. Rosa Weber, 7 maio 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xmcjs88>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.727 PR*. Plenário. Proibição da Lei paranaense n. 20.276/2020 a instituições financeiras, correspondentes bancários e sociedades de arrendamento mercantil realizarem telemarketing, oferta comercial, proposta, publicidade ou qualquer tipo de atividade [...]. Requerente: CONSIF. Relatora Min. Cármen Lúcia, 12 de maio de 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n6fmdup>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n.º 385*. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2009]. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mj665ds>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: In Pinheiro, Wilhelm e Sachs (orgs.), *Brasil: Um Século de Transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 58. Disponível em: <https://tinyurl.com/h7rzky4w>. Acesso em: 2 fev. 2022.

BRIDGER, Darren. *Neuromarketing: como a neurociência aliada ao design pode aumentar o engajamento e a influência sobre os consumidores*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Autênci Business, 2018.

BRIN, Sergey; PAGE, Lawrence. The anatomy of a large-scale. Computer Networks and ISDN Systems, [s.l.], v. 30, p. 107-117, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/29fx7dun>. Acesso em: 24 dez. 2021.

BRITO, Auriney. *Propaganda eleitoral na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2014. Ebook. Disponível em: <https://tinyurl.com/yd8xfh8u>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BUMP, Pamela. The death of the third-party cookie: what marketers need to know about Google's 2022 phase-out. In: *HubSpot Blog*. [S.l.], 20 set. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5xvt5ywb>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BURGESS, Matt. The tyranny of GDPR popups and the websites failing to adapt. In: *Wired*, [s.l.], 29 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdhachtf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BURNS, Kelly; BECHARA, Antoine. Decision making and free will: a neuroscience perspective. *Behav Sci Law*, [s.l.], v. 25, n. 2, p. 263-280, 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2b5u789k>. Acesso em: 18 jan. 2022.

CABRAL, André Luiz Cavalcanti. Aspectos jurídicos da publicidade. *Revista Prima Facie*, ano 2, n.2, jan./jun. 2003. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/view/4412/3325>. Acesso em: 7

jan. 2022.

CABRAL, Angelo Antonio; MÔNACO, Maria Del. O Direito Civil e a sua aplicação ao Direito do Trabalho: abordagem histórica e dogmática. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho*. Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 191-208, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/37cvxm32>. Acesso em: 19 jan. 2022.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 19, n. 5, p. 83-129, jul./set. 2004.

CABRAL, Luiz Cavalcanti. Aspectos jurídicos da publicidade. *Prima Facie - Direito, História e Política*, João Pessoa, v. 2, n. 2, p. 123–138, 2003.

CALFEE, John E. *Fear of persuasion: a new perspective on advertising and regulation*. Washington: American Enterprise Institute, 1997.

CALO, Ryan. Digital market manipulation. *George Washington Law Review*, Washington, D.C., v. 82, n. 4, p. 995–1051, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/nhj6pcpx>. Acesso em: 18 jan. 2022.

CAMBRIDGE Analytica parent firm SCL Elections fined over data refusal. *BBC News*. [s.l.], 10 jan. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2fdmumxp>. Acesso em: 6 jan. 2022.

CAMERER, C. F.; ISSACHAROFF, S.; LOEWENSTEIN, G. F.; O'DONOGHUE, T.; RABIN, M. Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism. *University of Pennsylvania Law Review*. [S.l.], v. 151, p. 1211-1254, abr. 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/5frm64nf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

CAMERER, Colin; LOEWENSTEIN, George. Behavioral Economics: Past, Present, Future. In: CAMERER, Colin; LOEWENSTEIN, George; RABIN, Matthew (Eds.). *Advances in Behavioral Economics*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Paulista, 1996.

CARBALLO-CALERO, Pablo Fernández. Aggressive Commercial Practices in the Case Law of EU Member States. *Journal of European Consumer and Market Law*. [s.l.], v. 5, n. 6, p. 255-261, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2sybk3rd>. Acesso em: 11 jan. 2022.

CARNEIRO, Ramon Mariano. “Li e aceito”: violações a direitos fundamentais nos termos de uso das plataformas digitais. *Internet & Sociedade*. [s.l.], v.1, n.1, fev. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2b4ssp73>. Acesso em: 17 jan. 2022.

CARVALHO, Andreia Benetti. Proteção jurídica ao consumidor no Mercosul. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do Uniceub*, Brasília, v.2, n.1, p. 116-137, jan./jun., 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/d3cctx9e>. Acesso em: 9 jan. 2022.

CARVALHO, Cristiane Mafacioli; CHRISTOFOLI, Márcia Pillon. Da força das mídias ao poder do conteúdo: revisão de modelos de negócios na publicidade. *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação*. Brasília, v. 18, n. 3, set/dez.,

2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc5dtap5>. Acesso em: 20 dez. 2021.

CASIMO, João Tereso. Whatsapp vai atualizar termos de serviço para monetizar aplicação. O Jornal Econômico, Tecnologia. São Paulo, 10 jan. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2vf5fv2y>. Acesso em: 4 jan. 2022.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/4ksj66re>. Acesso em: 21 dez. 2021, p.65.

CASTELLUCCIA, Claude. Behavioural tracking on the internet: a technical perspective. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul; POULLET, Yves. (eds.). *European Data Protection: in good health?* Londres: Springer, 2012.

CASTELLUCCIA, Claude. Behavioural tracking on the internet: a technical perspective. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul; POULLET, Yves. (eds.). *European Data Protection: in good health?* Londres: Springer, 2012.

CASTRO, Bruno Braz; OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Política concorrencial e política consumerista no Brasil: possíveis sugestões para a agenda normativa do Cade. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (orgs.) *Evolução antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular, 2018.

CASTRO, Daniel. Benefits and Limitations of Industry Self-Regulation for Online Behavioral Advertising. *The Information Technology and Innovation Foundation*. Report. Washington, DC: ITIF, 13 dez. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/5zvtdtj9>. Acesso em: 11 jan. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/nrbnwz4j>. Acesso em: 11 jan. 2022.

CAVOUKIAN, Ann. *Privacy by Design: the 7 Foundational Principles Implementation and Mapping of Fair Information Practices*. Toronto: Information and Privacy Commissioner of Ontario, 2010. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/42rfu7t6>. Acesso em: 20 jan. 2022.

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CEPEDA-PALACIO, Samuel David. Alcances actuales del concepto de marca: um estúdio comparativo, em la historia. *Entremado*, Cali, v. 10, n. 2, p. 128-142, 2014. Disponível em: Acesso em: 21 dez. 2021.

CHAISE, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHAIT, Gerald. “Half the money I spend on advertising is wasted; the trouble is I don't know which half.” B2B Marketing. Londres, 18 mar. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n6nj6jz>. Acesso em: 3 jan. 2022.

CHANCHARY, Farah; ABDELAZIZ, Yomma; CHIASSON, Sonia. Privacy Concerns

Amidst OBA and the Need for Alternative Models. *IEEE Internet Computing*. [S.l.], v. 22, n. 2, p. 52-61, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2hch8uw2>. Acesso em: 20 jan. 2022.

CHEN, Cissy. Introducing LinkedIn Reactions: More Ways to Express Yourself. In: LinkedIn Official Blog. San Francisco, 11 abr. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5bck3u9m>. Acesso em: 6 jan. 2022.

CHESTER, Jeff. Cookies Wars: How new data profiling and targeting techniques threaten citizens and consumers in the “big data” Era. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul; POULLET, Yves. (eds.). *European Data Protection: in good health?* Londres: Springer, 2012.

CHEVALLIER, Jacques. La régulation juridique en question. Editions juridiques associées: *Droit et Société*. v. 3 n. 49, p. 827-846, 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/4972dj4r>. Acesso em: 7 jan. 2022.

CHRISTIE, Elaine. *Tracking the trackers 2020: Web tracking’s opaque business model of selling users*. In: Ghostery, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5d2a3swb>. Acesso em: 9 jan. 2022.

CIPRIANO, Ana Cândida Muniz; SANTANA, Héctor Valverde. The UN Guidelines for consumer Protection: Review and next steps. In: MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (orgs.). *Consumer Law and Socioeconomic development: National and International Dimensions*. Cham: Springer, 2017.

CITRON, Danielle Keats. *The Privacy Implications of Deep Packet Inspection*. Office of the Privacy Commissioner of Canada. Relatório. 24 mar. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/cjs92fh8>. Acesso em: 4 jan. 2022.

CITRON, Danielle Keats; PASQUALE, Frank A. The Scored Society: due process for automated predictions. *Washington Law Review*, v.89, n. 1, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p82vmw8>. Acesso em: 7 jan. 2022.

CLIFFORD, Damian. *The legal limits to the monetisation of online emotions*. Thesis (Ph.D. in Law), Law Program, University KU Leuven, Doctoral School Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Leuven, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bvmwa7v>. Acesso em: 10 jan. 2022.

CLOUD COMPUTING. In: Investopedia. [S.l.: Investopeia], 28 jul. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/3rdyyker>. Acesso em: 3 jan. 2022.

COALITION for Better Ads. [S.l., s.d.]. Disponível em: <https://www.betterads.org/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. A publicidade enganosa na Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 1, out./dez., 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito empresarial: direito de empresa*, v.1. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/22v94snu>. Acesso em: 10 jan. 2022.

COLLINS, Ronald K. L.; SKOVER, David M. Commerce & Communication. *Texas Law Review*, Austin, v. 1, n. 4, 1993.

COLOMBO, Cristiano; GOULART, Guilherme Damásio. Inteligência Artificial aplicada a perfis e publicidade comportamental: proteção de dados pessoais e novas posturas em matéria de discriminação abusiva. In: PINTO, Henrique Alves; GUEDES, Jefferson Carús; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira (coords.) *Inteligência artificial aplicada ao processo de tomada de decisões*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

COLPANI, Janaína. O seu trabalho só existe por causa dele: Johannes Gutenberg. Printway. Coluna Variedades. Lages, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdhtbdju>. Acesso em: 20 dez. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 77, 2011.

CONFESSORE, Nicholas. Cambridge Analytica and Facebook: the scandal and the fallout so far. *The New York Times*, 4 abr. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9hb69f>. Acesso em: 6 jan. 2022.

CONSELHO DA EUROPA. Committee of Ministers. *Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes*. Adopted by the Committee of Ministers on 13 February 2019 at the 1337th meeting of the Ministers' Deputies. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bkxukmr>. Acesso em: 18 jan. 2022.

CONSELHO DA EUROPA. Committee of Ministers. *Recommendation n. R(85)20, on the protection of personal data used for the purposes of direct marketing*. (Adopted by the Committee of Ministers on 25 October 1985 at the 389th of the Ministers' Deputies). Strasbourg, 1985. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8bu5wz>. Acesso em: 8 jan. 2022.

CONSELHO DA EUROPA. *Convention 108 and Protocols, Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data*. Signature on 28 January 1981. Strasbourg, 1980. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8rumtj3>. Acesso em: 8 jan. 2022.

CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO. *Compliance na publicidade: documento de orientação ética 1 - compliance e proposições éticas na autorregulação da publicidade*. São Paulo: CENP, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdemctpz>. Acesso em: 9 jan. 2022.

CONSELHO EXECUTIVO DAS NORMAS-PADRÃO. *Normas-Padrão da atividade publicitária*. São Paulo, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p94jnk6>. Acesso em: 20 dez. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA (CONAR). *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. São Paulo: CONAR, 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 15 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. São Paulo: CONAR, 1980. Disponível em:

<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 15 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. São Paulo: CONAR, 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 15 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Guia de publicidade por influenciadores digitais*. São Paulo: Conar, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/29hupzst>. Acesso em: 5 jan. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Proposta de Anexo referente à comercialização de mídia em ambiente digital (Anexo D). In: *CENP em Revista*. São Paulo, ano 13, n. 52, set./nov. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yexh273w>. Acesso em: 11 jan. 2022. p. 30.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Regimento Interno do Conselho de Ética (RICE)*. São Paulo: Conar, 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/4s8k82pe>. Acesso em: 11 jan. 2022.

CONTI, Gregory Conti; SOBIESK, Edward. Malicious Interfaces and Personalization's Uninviting Future. *IEEE Security & Privacy*. [S.l.], v. 7, n. 3, p. 64-67, maio/jun. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycktf4v>. Acesso em: 18 jan. 2022.

COOKIEBOT CMP. Our story. *Usercentrics*, [s.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/mvk325rw>. Acesso em: 20 jan. 2022.

COOPER, Dan; MENESES, Anna Oberschelp de. Council of the EU Released a (New) Draft of the ePrivacy Regulation. In: *Covington*, 6 jan. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/4x4hhhy3>. Acesso em: 9 jan. 2022.

COPPINGER, Kerry. Vistar 101: What is DOOH? In: *Vistar Media*. New York, 9 mar. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/3a59phh9>. Acesso em: 5 jan. 2022.

COSTA, Rafael Klautau Borba. A autorregulação do mercado - CONAR e CENP. In: *Arcos*. Brasília, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p932dc7>. Acesso em: 11 jan. 2022.

CRANOR, Lorrie Faith. Necessary but not sufficient: standardized mechanisms for privacy notice and choice. *Journal on Telecomm. & High Tech*. [S.l.], v. 10, p. 273-308, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ffmmwpr>. Acesso em: 20 jan. 2022.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRUZ, Jennifer de la. How affectiva's Rana el Kaliouby is engineering emotional intelligence. Computer History Museum. [S.l.], 17 jun. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9aedm6>. Acesso em: 6 jan. 2022.

CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais, 1961.

CYBERSPACE popularized. In: Jeremy Norman's History of information. [s.l., s.d]. Disponível em: <https://tinyurl.com/mpz46n9z>. Acesso em: 7 jan. 2022.

CYPHERS, Bennett; GEBHART, Gennie. Behind the One-Way Mirror: A Deep Dive into the Technology of Corporate Surveillance. *Electronic Frontier Foundation (EFF)*. [S.l.], 2 dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4x3r5k4u>. Acesso em: 4 jan. 2022.

DA GARAGEM para o Googleplex. *Google*, [s.l, s.d]. Disponível em: <https://about.google/our-story/>. Acesso em: 26 dez. 2021.

DAA Summit 19: D.C. Effective self-regulation in a privacy-first world. Washington: DAA, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dm8ann5>. Acesso em: 8 jan. 2022.

DADOS pessoais, publicidade e autorregulamentação. IAB Brasil, São Paulo, 28 out. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/3pmeaccy>. Acesso em: 13 set. 2021.

DAGIOS, Magnus. O imperativo categórico e a dignidade da pessoa humana. *Revista Opinião Filosófica*. Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 131-144, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p99jy5f>. Acesso em: 18 jan. 2022.

DATA MINIMIZATION. In: *Glossary*. European Data Protection Supervisor. Brussels: [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/muak96s7>. Acesso em: 13 jan. 2022.

DLA PIPER. *Data protection laws of the World: Full handbook*. [s.l.: DLA PIPER], 2020. E-book. Disponível em: <https://www.dlapiperdataprotection.com/>. Acesso em: 6 jan. 2022.

DAVIES, Harry. Ted Cruz using firm that harvested data on millions of unwitting Facebook users. *Guardian* (UK), 11 dez. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/4jas7f8v>. Acesso em: 6 jan. 2022.

DEFINITIONS of Marketing. American Marketing Association, Chicago, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ru3cd>. Acesso em: 20 dez. 2021.

DE-FLEUR, Melvin L.; BALL-Rokeach, Sandra. *Teorias da Comunicação de massa*. Tradução de Octavio Alves Velgo. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

DEGELING, Martin; UTZ, Christine; LENTZSCH, Chistopher; HOSSEINI, Henry; SCHAUB, Florian; HOLZ, Thorsten. We Value Your Privacy... Now Take Some Cookies: Measuring the GDPR's Impact on Web Privacy. *Anais de Evento*. Network and Distributed Systems Security (NDSS) Symposium 24-27 fev. 2019, San Diego, California. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckp4yuh>. Acesso em: 16 jan. 2022.

DENARI, Zelmo. A comunicação social perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 4, p. 132-139, 1992.

DERVISHI, Beskik; FALK, Angelene; THERRIEN, Daniel; BONANE, Marguerite Ouedraogo; BUTTARELLI, Giovanni; DHAM, Elizabeth; CHOPRA, Rohit. Joint statement on global privacy expectations of the Libra network. 18 jun. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckvv66u>. Acesso em: 26 jan. 2022.

DIAS, José Carlos Vaz; SANT'ANNA, Leonardo da Silva; KELLER, Gabriel Muller Frazão. Novos horizontes negociais nas plataformas digitais: a concorrência desleal sob a prática do geo-bloking e geo-pricing. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, p. 1914-1938, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/27vpz7fe>. Acesso em: 10 jan. 2022.

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

DÍAZ, Julio Montero Díaz; LAFFOND, José Carlos Rueda. *Introducción a la Historia de la Comunicación Social*. Barcelona: Ariel Comunicación, 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckzedwy>. Acesso em: 20 dez. 2021.

DICK, Philip K. *The Minority Report*. Londres: Sfgateway, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/yh5zsrr6>. Acesso em: 20 dez. 2021.

DIGITAL ADVERTISING ALIANCE. *Self-regulatory principles for online behavioral advertising*. [S.l.], 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/mpbxfprn>. Acesso em: 4 jan. 2022.

DILMEGANI, Cem. Affective Computing: In-Depth Guide to Emotion AI [2021]. In: *AI Multiple*, [s.l.], 1 jan. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8zae9p>. Acesso em: 6 jan. 2022.

DISTRITO FEDERAL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Comissão de Proteção dos Dados Pessoais. 1ª Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor. *Portaria n. 02/2018*, que instaura o Inquérito Civil Público para apuração de fatos. Brasília, DF: MPDFT, 20 de março de 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/yzpffc9v>. Acesso em: 11 jan. 2022.

DO Not Track. In: *EFF*, [S.l, s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2npsxhwa>. Acesso em: 20 jan. 2022.

DOMINGUES, Izabela. *Publicidade de controle: consumo, cibernética, vigilância e poder*. Porto Alegre: Sulina, 2016, p. 239;

DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. V. 2. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor/Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/3f49d2u2>. Acesso em: 11 set. 2021, p. 23-25.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães Martins; LONGUI, João Vitor Rozatti. (orgs.). *Direito Digital: direito privado e internet*. 3ª ed. São Paulo: Foco, 2020.

DONNELLY, Mary. *Healthcare Decision-Making and the Law: Autonomy, Capacity and the Limits of Liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ccc75>. Acesso em: 18 jan. 2022.

DUCATO, Rossana. Data protection, scientific research, and the role of information. *Computer Law & Security Review*. [s.l.], v. 37, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2557aayh>. Acesso em: 17 jan. 2022.

DUFFY, Clare. O adobe Flash Player está oficialmente morto e bloqueado. *CNN Brasil*. Business. Brasília, 7 jan. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/fyauuetj>. Acesso em: 4 jan. 22.

DUHIGG, Charles. How companies learn your secrets? *The New York Times Magazine*. New York, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/yeevswmx>. Acesso em: 5 jan. 2022.

DUTTON, W. H. Computers and society. In: SMELSER, Neil J.; BALTES, Paul B. *International encyclopedia of social & behavioral sciences*. San Francisco: Elsevier, 2001. P. 2480-2487. Disponível em: <https://tinyurl.com/6wewa3kh>. Acesso em: 13 set. 2021.

DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc8npfr4>. Acesso em: 18 jan. 2022.

EIJIK, Nico Van; HOOFNAGLE, Chris Jay; KANNEKENS, Emile. Unfair Commercial Practices: a complementary approach to privacy protection. *European Data Protection Law Review (EDPL)*. v. 3, p. 325-337, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8dpecx>. Acesso em: 9 jan. 2022.

EISENMANN, Thomas; PARKER, Geoffrey; ALSTYNE, Marshall W. Van. Strategies for Two-Sided Markets. *Harvard Business Review - OnPoint*. [s.n.], out. 2006. p. 8. Disponível em: <https://tinyurl.com/yncyypbc>. Acesso em: 5 jan. 2022.

EL PESO de la nube. In: *Big Bang Data*. Barcelona, 9 maio 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdfc6hnx>. Acesso em: 7 jan. 2022.

ENGELMANN, Wilson; SOUZA, Maique Barbosa de. A nova linguagem global: fluência algorítmica como instrumento capaz proporcionar confiança nos sistemas de inteligência artificial. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, São Paulo, v. 4, n. 13, out./dez. 2021. Acesso em: 10 maio 2021.

E-PRIVACY, Data Protection Law, and the Do Not Track Signal. In: *Bay Cloud*. [S.l.], 17 fev. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckht6bt>. Acesso em: 20 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *California Consumer Privacy Act of 2018 (CCPA)*, Civil Code, Division 3, Part 4, (Tittle 1.81.5). Sacramento: 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ynhhr2k5>. Acesso em: 9 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *The California Privacy Rights Act of 2020*. Sacramento: 24 nov. 2020. Disponível em: <https://theupra.org/>. Acesso em: 9 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). *Federal Trade Commission Act*. Washington, D.C., 21 mar. 1938. Disponível em: <https://tinyurl.com/33zuezn6>. Acesso em: 9 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). FTC and

Department of Commerce Workshop, *Online Profiling Public Workshop 9*. Washington, D.C., 8 nov. 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/3yta6dw5>. Acesso em: 5 set. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). *Gramm-Leach-Bliley Act*. Washington, D.C., 12 nov. 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/5fd7wbxj>. Acesso em: 9 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). *Online profiling: a report to Congress*. Washington, D.C., jun. 2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p94s9nb>. Acesso em: 5 set. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). *Behavioral Advertising: Tracking, targeting and technology*. Washington, D.C., 2 nov. 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/mwwapbdu> e <https://tinyurl.com/5n7757p3>. Acesso em: 5 set. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. *FTC Staff Report: Self-regulatory principles for online behavioral advertising (tracking, targeting and technology)*. Washington, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/km2z3uxy>. Acesso em: 11 set. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). *Google Will Pay \$22.5 Million to Settle FTC Charges it Misrepresented Privacy Assurances to Users of Apple's Safari Internet Browser*. *FTC*. Washington, D.C., 9 ago. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2k4z9vya>. Acesso em: 7 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. *Protecting consumer privacy in an era of rapid change: recommendations for businesses and policymakers*. Washington: mar. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/msx3ufj7>. Acesso em: 9 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission (FTC). *Children's Online Privacy Protection Rule*. Washington, D.C., 1 jul. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/5x3tftxm>. Acesso em: 9 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *FTC Staff Report: Self-regulatory principles for online behavioral advertising (tracking, targeting and technology)*. Washington, jul. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/km2z3uxy>. Acesso em: 11 set. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Health & Human Services. *Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996*. Washington, D.C., 21 ago. 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/5fd7wbxj> <https://tinyurl.com/ycks7wav>. Acesso em: 9 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Department of Justice. *Privacy Act of 1974* establishes a code of fair information practices that governs the collection, maintenance, use, and dissemination of information about individuals that is maintained in systems of records by federal agencies. Washington, D.C., 1974. Disponível em: <https://tinyurl.com/5bvx6en7>. Acesso em: 9 jan. 2022. (Versão atualizada 2020).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Senate. Committee on Commerce, Science, and Transportation. *Online Profiling and Privacy*. Relatório da FTC apresentado ao

Senado. Washington: 13. jun. 2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8j4m5n>. Acesso em: 9 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Senate. Committee on Commerce, Science, and Transportation. *Privacy implications of online advertising*. Washington: 9 jul. 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/3wz97fyt>. Acesso em: 9 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Senate. *Online advertising and hidden hazards to consumer security and data privacy*. Report. Washington, D.C., 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p889c9j>. Acesso em: 4 jan. 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. California. California Court of Appeals (First District, Division One). *Salgo v. Leland Stanford Junior University Board of Trustees*. Decided: 22 out. 1957. Citations: 154 Cal. App. 2d 560; 317 P.2d 170. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n6pxh4u>. Acesso em: 16 jan. 2022.

EVANS, David S. The online advertising industry: Economics, evolution, and privacy. *Journal of Economic Perspectives*, Nashville, v. 23, n. 3, p. 37–60, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8h7uv9>. Acesso em: 24 dez. 2021.

FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico*. Curitiba: Educa, 1988. p. 54.

FEDERAL TRADE COMISSION (FTC). *FTC Staff Report: Self-regulatory principles for online behavioral advertising (tracking, targeting and technology)*. Washington, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/km2z3uxy>. Acesso em: 11 set. 2021.

FEDERAL TRADE COMMISSION. *Recommendations for businesses and polymakers (FTC Report)*. Washington, D.C.: FTC, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/38y9w57p>. Acesso em: 5 jan. 2022.

FERGUSON, Andrew Guthrie. *The rise of Big Data policing: surveillance, race, and the future of law enforcement*. Nova York: NY University Press, 2017. *E-book* (não paginado).

FERNANDES NETO, Guilherme. *Abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FERNANDES, Rafael Gonçalves. *A proteção jurídica do consumidor diante da comercialização de nanofoods: aspectos técnicos, regulatórios e de segurança alimentar*. Dissertação (mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito. Centro Universitário de Brasília (CEUB). Brasília, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yjfn6rc3>. Acesso em: 19 jan. 2022.

FERNANDES, Rafael Gonçalves. A responsabilização civil do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento e a análise custo-benefício dessa prática. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 7, n. 6, p. 1899-1927, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/y2832xae>. Acesso em: 6 jan. 2022.

FERNANDES, Rafael Gonçalves. OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Novas formas de pensar a relação contratual na atualidade. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 5, n. 5, p. 1503-1526, 2019.

FERNANDES, Rafael Gonçalves; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. A regulação do agir decisório disruptivo no Judiciário brasileiro e a observância do princípio da precaução: juiz natural ou juiz artificial? *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 19, n. 30, p. 91-117, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/52u9s6mw>. Acesso em: 7 jan. 2022.

FERRARIS, Valeria; BOSCO, Francesca; D'ANGELO, Elena. The Impact of profiling on fundamental rights. *Working paper*. Project: Protecting citizens' rights fighting illicit profiling. 2013. Disponível na SSRN: <https://tinyurl.com/y6wyf4su>. Acesso em: 12 jan. 2022.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. A autorregulação do mercado publicitário: O CENP. In: BARSOTTI, Caio; FARIA NETTO, João Luiz; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; BRITO, Thiago (coords). *Compliance na publicidade: documentos de orientação ética I*. São Paulo: CENP, 2014. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/5e6n98yn>. Acesso em: 11 jan. 2022.

FONTENELLE, Isleide Arruda. *Cultura do consumo: fundamentos e formas contemporâneas*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

FORBRUJER RÂDET. *Deceived by design: how tech companies use dark patterns to discourage us from exercising our rights to privacy*. Report. [s.l.], 27 jun. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8sj2ve>. Acesso em: 20 jan. 2022.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Norberto Milton Paixão; SILVA, Fernanda Viero da. Mineração de dados e publicidade comportamental: impasses para a regulação do spam e dos nudges na sociedade burocrática do consumo dirigido. *Revista Estudos Institucionais*, v.6, n. 3, p. 1536-1559, set./dez. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/4wtsdmyf>. Acesso em: 16 jan. 2022.

FÓRUM DA AUTORREGULAÇÃO DO MERCADO PUBLICITÁRIO. Documentos CENP: Legislação e normas da publicidade no Brasil. São Paulo: CENP, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8cwdx2>. Acesso em: 11 jan. 2022.

FOSTER, John Bellamy; MCCHESENEY, Robert W. Surveillance capitalism: Monopoly-Finance Capital, the Military-Industrial Complex, and the Digital Age. *Electronic Communications Surveillance*. [S.l.], v. 66, n. 3, jul. /ago., 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/4p5krxhw>. Acesso em: 24 dez. 2021.

FRANÇA multa Google por coletas dados privados com Street View. *Exame*. São Paulo, 21 mar. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9tr69p>. Acesso em: 7 jan. 2022.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais - noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FRAZÃO, Ana. Geopricing e geoblocking: as novas formas de discriminação de consumidores. In: Jota, Coluna Direito do Consumidor. São Paulo, 15 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckryhz3>. Acesso em: 10 jan. 2022.

FRAZÃO, Ana. Premissas para a reflexão sobre a regulação da tecnologia. *Jota*, coluna Tecnologia. São Paulo, 16 nov. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p864xuh>. Acesso em: 19 jan. 2022.

FRAZÃO, Ana. Transparência de algoritmos x segredo de empresa: As controvérsias a respeito das decisões judiciais trabalhistas que determinam a realização de perícia no algoritmo da Uber. *Jota*, Coluna Constituição, Empresa e Mercado. São Paulo, 9 jun. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5hc93ych>. Acesso em: 13 jan. 2022.

FRITSCH, Lothar; ABIE, Habtamu. Towards a Research Road Map for the Management of Privacy Risks in Information Systems. *SICHERKEIT, Schutz. Jahrestagung des Fachbereichs Sicherheit*. Bonn: Gesellschaft für Informatik, 2008. Anais [...]. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n86w2cy>. Acesso em: 20 jan. 2022.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *PNAD Contínua 2019: Educação*. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87rf8u>. Acesso em: 10 ago. 2020.

FUSTER, Gloria González. How Uninformed is the Average Data Subject? A Quest for Benchmarks in EU Personal Data Protection. *Revista de Internet, Derecho y Política*. Catalunya, v. 19, p. 92-104, out. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc4u9uk8>. Acesso em: 19 jan. 2022.

GALGANO, Francesco. The new Lex Mercatoria. *Annual Survey of International & Comparative Law*, [s.l.], v. 2, n. 1, 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/2nat7zct>. Acesso em: 8 jan. 2022; SWEET, Alec Stone. The new Lex Mercatoria and transnational governance. *Journal of European Public Policy*, [s.l.], v. 13, n. 5, p. 627-646, ago. 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/396ryh6k>. Acesso em: 8 jan. 2022.

GALINDO, Daniel dos Santos. A publicidade em busca de novas configurações. *Revista Comunicação e Sociedade*, [s.l.], n. 43, p. 48-63, mar/maio, 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/3phxpvsK>. Acesso em: 21 dez. 2021.

GALINDO, Daniel dos Santos. Teorias e estratégias de publicidade e propaganda. In: KUNSCH, Margarida Maria Krohling (org.). *Gestão estratégica em comunicação organizacional e relações públicas*. 2. ed., São Caetano do Sul: Difusão, 2009.

GALLI, Federico. Online Behavioural advertising and unfair manipulation between the GDPR and the UCPD. In: EBERS, Martin; GAMITO, Marta Cantero (eds.). *Algorithmic Governance and Governance of Algorithms: Legal and Ethical Challenges*. Cham: Springer, 2021. E-book.

GANDY JUNIOR, Oscar H. *The Panoptic Sort: A Political Economy of Personal Information*. Boulder: Westview Press, 1993. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9xs4bh>. Acesso em: 18 jan. 2022.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Notas sobre a Análise Econômica do Direito e Epistemologia do Direito. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2hk68wv2>. Acesso em: 6 jan. 2022.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Bem-estar social e o conceito de eficiência. *Revista Brasileira de Direito*. Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yt87vfv3>. Acesso em: 15 jun. 2020.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan. /jun., 2010.

GIFFORD, Charlotte. The problem with emotion-detection technology. *The New Economy*. [s.l.], 15 jun. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5h5s5n2p>. Acesso em: 6 jan. 2022.

GLOBAL Media& Technology forecast series 2019-23. Pqmedia – Custom Media Research. Stamford, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yuuy4255>. Acesso em: 5 jan. 2022.

GOING Digital Project. OECD. Paris, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8cb68h>. Acesso em: 7 jan. 2022.

GOLDBERG, Samuel G; JOHNSON, Garrett A; SHRIVER, Scott K. *Regulating privacy online: an economic evaluation of the GDPR*. Working Paper 21-110. Marketing Science Institute MSI: New York, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckpy968>. Acesso em: 16 dez. 2021.

GOLDFARB, Avi; TUCKER, Catherine E. Privacy Regulation and Online Advertising. *Management Science*, v. 57, n. 1, p. 57-71, jan. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/3wr7nzff>. Acesso em: 4 jan. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GOODRICH, Ben. An Analysis of the ‘Do Not Track’ Header. In: *TUFTS Edu*. [S.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/4h6vsfxj>. Acesso em: 20 jan. 2022.

GOODRUM, Charles A.; DALRYMPLE, Helen. *Advertising in America: the first Two Hundred Years*. New York: Harry N Amrams Inc, 1990.

GOOGLE Ads Help. Google. [s.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2j7x4rw3>. Acesso em: 5 jan. 2022.

GOOGLE é multado nos EUA por coleta de dados pessoais para Street View. *GI notícias*. São Paulo, 12 mar. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/3nmrmsnk>. Acesso em: 7 jan. 2022.

GOOGLE owner Alphabet sees record growth as ad spend soars. *BBC News*, 2 fev. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/uu4heudr>. Acesso em: 5 jan. 2022.

GREEN, Andy. Complete Guide to privacy in the US. In: *Varonis: Inside out Security*. [s.l.], 2 abr. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p89hajr>. Acesso em: 9 jan. 2022.

GREENLEAF, Graham. Global Tables of Data Privacy Laws and Bills. *Privacy Laws & Business International Report (PLBIR)*. Sydney: [s.e., 2019]. Disponível em:

<https://tinyurl.com/2p82z2tc>. Acesso em: 11 mar. 2020.

GREER, Steven. “Balancing” and the European Court of Human Rights: A Contribution to the Habermas-Alexy Debate. *The Cambridge Law Journal*. Cambridge, v. 63, n. 2, p. 412-434, jul. 2004. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n8ee5cc>. Acesso em: 19 jan. 2022.

GREETHER, David; SCHWARTZ, Alan; WILDE, Louis. The Irrelevance of Information Overload: An Analysis of Search and Disclosure. *Southern California Law Review*, [s.l.], v. 59, n. 2, p. 277-304, 1985. Disponível em: <https://tinyurl.com/ajyn7vrp>. Acesso em: 17 jan. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; NERY JR.; Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/4y69y8am>. Acesso em: 10 jan. 2022.

GROUPM WORLDWIDE INC. *Global Mid-year forecast report*. New York: Gruopm, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2mnp253c>. Acesso em: 5 jan. 2022.

GUIDI, Guilherme Berti de Campos. Modelos Regulatórios para a proteção de dados pessoais. In: *ITS Rio*. Rio de Janeiro, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrujehcf>. Acesso em: 11 jan. 2022.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUNNINGHAM, Neil. Enforcement and Compliance Strategies. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *The oxford Handbook of regulation*. New York: Oxford University Press, 2016.

GURMAN, Mark; GRANDT, Nico. Google Explores Alternative to Apple’s New Anti-Tracking Feature. In: *Bloomberg*. [S.l.], 4 fev. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/3r8wf2r3>. Acesso em: 20 jan. 2022.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *[Re]pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUTWIRTH, Serge; HERT, Paul De. Regulating profiling in a democratic constitutional state. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008.

GWI’s flagship report on the latest trends in social media. California, 2021. Report. Disponível em: <https://tinyurl.com/3yc989td>. Acesso em: 6 jan. 2022.

HABIB, Hana; ZOU, YIXIN; JANNU, Aditi; SRIDHAR, Neha; SWOOPES, Chelse; ACQUISTI, Alessandro; CRANOR, Lorrie Faith; SADEH, Norman; SCHAUB, Florian. An Empirical Analysis of Data Deletion and Opt-Out Choices on 150 Websites. *Fifteenth Symposium on Usable Privacy and Security*. *Anais do SOUPS 2019*. Ann Arbor, 2019, p. 387–406. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc9nhr7j>. Acesso em: 17 jan. 2022.

- HALPERN, Sue. Cambridge Analytica and the Perils of Psychographics. *The New Yorker*, New York, 30 mar. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/k4vx7yve>. Acesso em: 6 jan. 2022.
- HANDLEY, Lucy. Nearly three quarters of the world will use just their smartphones to access the internet by 2025. *CNBC*. [S.l.], 24 jan. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/3f7k78m8>. Acesso em: 4 jan. 2022.
- HANSON, Jon D; KYSAR, Douglas A. Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation. *Harvard Law Review*, v. 112, p. 1420-1569, out. 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/mt6j88e2>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o Século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- HARTZOG, Woodrow. *Privacy's blueprint: the battle to control the design of new technologies*. Cambridge: Harvard University Press, 2018. E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/ytusan2k>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- HARTZOG, Woodrow. User agreements are betraying you. In: *OneZero*, 5 jun. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/55246zdp>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- HASSAN, Samer; FILIPPI, Primavera de. The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code. *Field Actions Science Reports*. Special Issue 17, p. 88-90, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/3ybsbrv8>. Acesso em: 7 jan. 2022.
- HAUSER, John R; URBAN, Glen L; LIBERALI, Guilherme; BRAUN, Michael. Website Morphing. *Marketing Science*. [s.l.]. v. 28, p. 202-206, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8wy355>. Acesso em: 18 jan. 2022.
- HELBERG, Natali. Form Matters: Informing Consumers Effectively. *Amsterdam Law School Research Paper n. 71*. Set. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/dubmfex2>. Acesso em: 20 jan. 2022.
- HERT, Paul De; PAPAKONSTANTINO, Vagelis. The proposed data protection Regulation replacing Directive 95/46/EC: A sound system for the protection of individuals. *Computer law & Security review*, [s.l.], v. 28, n. 2, p. 130-142, abr. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/3km76maz>. Acesso em: 13 jan. 2022.
- HEURIX, Johannes. A taxonomy for privacy enhancing Technologies. *Computers & Security*. [S.l.], v. 53, p. 1-17, set. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/38ed7a7d>. Acesso em: 20 jan. 2022.
- HILDEBRANDT, Mireille. Defining profiling: a new type of knowledge? In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008.
- HILDEBRANDT, Mireille. Profiling: from data to knowledge. *Datenschutz und*

Datensicherheit. [s.l.], v. 20, n. 9, p. 548-552, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/wn6e8f88>. Acesso em: 12 jan. 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HISTORY of the Web. World Wide Web Foundation. Washington DC, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/mv8f8ya2>. Acesso em: 3 jan. 2022.

HOLANDA. Dutch Data Protection Authority. *The Dutch DPA Annual Report 2011*. The Hague, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8hbabp>. Acesso em: 13 jan. 2022.

HOOFNAGLE, Chris Jay. Privacy self-regulation: a decade of disappointment. In: *Consumer Protection in the Age of the 'Information Economy'*. London: Routledge, 2016.

HU, Xuehui; SASTRY, Nishanth. Characterising third party cookie usage in the EU after GDPR. *11th ACM Conference on Web Science*. Anais do WebSci 2019, v. 1, p. 137–141, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckp4yuh>. Acesso em: 17 jan. 2022.

IAB BRASIL. *Pesquisa digital adspend 2019*. São Paulo: IAB BR, 2019. Não paginado. Disponível em: <https://tinyurl.com/35zt43av>. Acesso em: 5 jan. 2022.

IAB BRASIL. *Pesquisa digital adspend 2020/2021*. São Paulo: IAB BR, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/mryz3bp7>. Acesso em: 2 fev. 2022.

ID de publicidade. Google. [S.l.: 2021]. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc5fm687>. Acesso em: 21 dez. 2021.

INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. *Update report into adtech and real time bidding*. Wilmslow: ICO, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/56d572jc>. Acesso em: 5 jan. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua)*. Tópico: Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019. Relatório. IBGE, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/38ycdj48>. Acesso em: 4 jan. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação*. IBGE, [s.d.]. Gráfico dinâmico e instantâneo. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdfy24tb>. Acesso em: 4 jan. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Uso de internet e televisão no Brasil*. IBGE, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/4u4f4uyt>. Acesso em: 4 jan. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/57rhee8v>. Acesso em: 7 jan. 2022.

INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU. *IAB native advertising playbook 2.0*. New York:

IAB, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/mryr977m>. Acesso em: 5 jan. 2022.

INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU. *Informe latinoamericano del IAB sobre la internalización de la programación*. Washington: IAB, ago. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2zttm4t9>. Acesso em: 9 jan. 2022. p. 20.

INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU. *Programmatic and automation: the publishers' perspective*. [S.l./s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrynf8w5>. Acesso em: 21 dez. 2021.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *ICC Advertising and marketing Communications Code: Building consumer trust through responsible marketing*. Paris: ICC, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ypttza86>. Acesso em: 8 jan. 2022.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *ICC Advertising and marketing: Communications Code*. Paris: ICC, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/3vjhncp6>. Acesso em: 11 set. 2021.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *ICC resource guide for self-regulation of online behavioural advertising (OBA)*. Paris: ICC, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/4fuyzr36>. Acesso em: 8 jan. 2022.

INTERNATIONAL WORKING GROUP ON DATA PROTECTION IN TELECOMMUNICATIONS. *Working Paper on Big Data and Privacy: Privacy principles under pressure in the age of Big Data Analytics*. 55th Meeting 5-6 May 2014, Skopje. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycy48p9h>. Acesso em: 4 Jan. 2022.

INTERNATIONAL WORKING GROUP ON DATA PROTECTION IN TELECOMMUNICATIONS. *Working Paper on Web Tracking: respect for context, transparency and control remains essential*. 53rd meeting, Prague, 15-16 Abr. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/yprwja6p>. Acesso em: 12 jan. 2022.

ISRAEL, Carolina Batista. jurisdição e ciberespaço: entre os contornos westfalianos e a qualidade transfronteiriça da Internet. *Geosp - Espaço e Tempo*, v. 24, n. 1, p. 69-82, abr. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p97vrju>. Acesso em: 7 jan. 2022.

ISSAC, Mike. Zuckerberg Plans to Integrate WhatsApp, Instagram and Facebook Messenger. *New York Times*, 25 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p84vzrr>. Acesso em: 4 jan. 2022.

IVES, Marc Tarrés. *Normas técnicas y ordenamento jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 239-240. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=85678>. Acesso em: 10 jan. 2022.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

JAKOBI, Timo; STEVENS, Gunnar; SEUFERT, Anna-Magdalena; BECKER, Max; GRAFENSTEIN, Max Von. Web Tracking Under the New Data Protection Law: Design Potentials at the Intersection of Jurisprudence and HCI. *Journal of Interactive Media*. Berlin,

v. 19, n.1, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8s6sz7>. Acesso em: 17 jan. 2022. (Não paginado).

JOHNSON, David R.; POST, David. Law and borders: the rise of law in Cyberspace. *Stanford Law Review*. V. 48, n. 5, p. 1367-1402, maio 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8zrusm>. Acesso em: 7 jan. 2022.

JOHNSON, Garrett; SHRIVER, Scott. Consumer Privacy Choice in Online Advertising: Who Opts Out and at What Cost to Industry? Simon Business School Working Paper No. FR 17-19, SSRN, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/4j9r6u8k>. Acesso em: 8 jan. 2022.

JOHNSON, Garrett; SHRIVER, Scott. DU, Shaoyin. Consumer Privacy Choice in Online Advertising: Who Opts Out and at What Cost to Industry? *Marketing Science*, [s.l.], v. 29, n. 1, p. 33-51, jan. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2h2x4mvr>. Acesso em: 20 jan. 2022.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, v. 50, p. 1471-1550, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/yv2ky7rh>. Acesso em: 17 jan. 2022.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1939, p. 320. Apud. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUJLOW, Tomasz; CARELA-ESPAÑOL, Valentín; SOLÉ-PARETA, Josep; BERLET-ROS, Pere. A Survey on Web Tracking: Mechanisms, Implications, and Defenses. *IEEE*. V. 105, n. 8, p. 1-34, ago. 2017. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/7872467>. Acesso em: 4 jan. 2022.

KAHNEMAN, Daniel. Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics. *The American Economic Review*, [s.l.], v. 93, p. 1449-1451, 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8zrp43>. Acesso em: 17 jan. 2022.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KALIOUBY, Rana. *Girl decoded: A Scientist's Quest to Reclaim Our Humanity by Bringing Emotional Intelligence to Technology*. New York: Currency, 2020.

KALTHEUNER, Frederike; BIETTI, Elettra. Data is power: Towards additional guidance on profiling and automated decision-making in the GDPR. *Journal of Information Rights, Policy, and Practice*. [s.l.], v. 2, n. 2, 14 mar. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/hhbznt8c>. Acesso em: 6 jan. 2022.

KAPTEIN, Maurits; DUPLINSKY, Steven; MARKOPOULOS, Panos. Means Based Adaptive Persuasive Systems. *Sigchi Conference on Human Factors in Computing Systems*. Anais [...]. [s.l.], p. 335-344, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc7755fz>. Acesso em:

18 jan. 2022.

KAPTEIN, Maurits; ECKLES, Dean. Selecting Effective Means to Any End: Futures and Ethics of Persuasion Profiling. *5th International Conference on Persuasive Technology*. Anais do Persuasive 2010. [s.l.], p. 82-93, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/yynnvuct5>. Acesso em: 18 jan. 2022.

KAYE, Barbara K. *Just a click away: advertising on the internet*. Boston: Allyn and Bacon, 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/y9jh9bk9>. Acesso em: 21 dez. 2021, p. 17.

KERCHOVE, Michel van de; OST, François. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/599mcj7w> (versão parcial). Acesso em: 7 jan. 2022.

KERCHOVE, Michel van de; OST, François. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

KIM, Kyongseok; KIM, Jooyoung. Third-party Privacy Certification as an Online Advertising Strategy: An Investigation of the Factors Affecting the Relationship between Third-party Certification and Initial Trust. *Journal of Interactive Marketing*. [S.l.], v. 25, n. 3, p. 145-158, ago. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/4ebhf2ku>. Acesso em: 20 jan. 2022.

KISS, Jemima. Google admits collecting Wi-Fi data through Street View cars. *The Guardian UK*. [S.l.]. 15 maio 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr3db4u3>. Acesso em: 7 jan. 2022.

KLUMP, Ray. What's With All the 1's and 0's? In: *Lewis University Experts Blog*. [S.l.], 24 ago. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/bd85y8k6>. Acesso em: 7 jan. 2022.

KOETSIER, John. Mobile Tutorial Series – What is a Google advertising ID or GAID? Singular. [S.l.], 22 set. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s462teu>. Acesso em: 4 jan. 2022.

KOOPS, Bert-Jaap. On Decision Transparency, or How to Enhance Data Protection after the Computational Turn. In: HILDEBRANDT, Mireille; VRIES, Katja. *Privacy, due process and the computational turn: the philosophy of law meets the philosophy of technology*. Abingdon: Routledge, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/mud57w5k> e <https://tinyurl.com/4x98fweu>. Acesso em: 26 jan. 2022.

KOROBKIN, Russell. Bounded Rationality, standard form contracts, and unconscionability. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 70, n. 4, p.1023-1295, 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p97r8tr>. Acesso em: 17 jan. 2022.

KOSTA, Eleni. Peeking into the cookie jar: the European approach towards the regulation of cookies. *International Journal of Law and Information Technology*, [s.l.], v. 21, n. 4, p. 380-406, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w5xct>. Acesso em: 16 jan. 2022.

KOTLER, Philip Kotler. The Prosumer Movement: a New Challenge For Marketers. *Advances in Consumer Research*. [S.l.], v. 13, p. 510-513, 1986. Disponível em: <https://tinyurl.com/ya6z28cd>. Acesso em: 20 jan. 2022.

KOTLER, Philip. *Marketing 4.0: do tradicional ao digital*. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

KOTSCHO, Ricardo (coord.). *Autorregulamentação e liberdade de expressão: a receita do Conar*. São Paulo: CONAR, 2011. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/yv6ey6n5>. Acesso em: 11 jan. 2022.

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution: Rapport au Premier Ministre*. França. 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n8uwy42>. Acesso em: 6 jun. 2019.

KRUMM, John. Ubiquitous advertising: The killer application for the 21st century. *IEEE Pervasive Computing*, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 66–73, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc78e97y>. Acesso em: 24 dez. 2021.

KUEHN, Andreas; MUELLER, Milton. Profiling the Profilers: Deep Packet Inspection and Behavioral Advertising in Europe and the United States. *SSRN*. Set. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2njtm2um>. Acesso em: 4 jan. 2022.

KUKURA, Joe. Facebook (finally) removes racial ad targeting. *SFIST*, [s.l.], 31 ago. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2nxkd2mn>. Acesso em: 6 jan. 2022.

KURBALIJA, Jovan; GELBSTEIN, Eduardo. Governança da internet: questões, atores e cisões. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: NUPEF/RITS e IDRC, 2005. Disponível em: <https://nupef.org.br/node/33>. Acesso em: 7 jan. 2022.

LACY, Isa. 12 ways you can use Facebook Reactions. In: *SEJ Search Engine Journal*. [S.l.], 23 maio 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n8ekj5u>. Acesso em: 6 jan. 2022.

LAMPREIA, J. M. *A publicidade moderna*. 4. ed. Lisboa: Presença, 1995.

LAUTERBORN, Robert. It's time to retire McCarthy's famous Four P's, the Rosetta Stone of marketing education for 20 years. *Adverstising age*. Chicago, 1990. Disponível em: <https://tinyurl.com/23fsrhh7>. Acesso em: 20 dez. 2021.

LE GRAND, Gwendal (ed.). *Shaping Choices in the Digital World from Dark Patterns to Data Protection: The Influence of Ux / Ui Design on User Empowerment*. Report n. 6. [S.l.]: IP Reports: innovation and foresight, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ratvh8z>. Acesso em: 20 jan. 2022.

LEE, Kevin; RAO, Vijay; ARNOLD, William. Accelerating Facebook's infrastructure with application-specific hardware. *Engineering at Meta*. [S.l.], 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/3wpejsbf>. Acesso em: 5 jan. 2022.

LEINER, Barry M.; CERF, Vinton G.; CLARK, David D.; KAHN, Robert E.; KLEINROCK, Leonard; LYNCH, Daniel C.; POSTEL, Jon; ROBERTS, Larry G.; WOLFF, Stephen. Brief history of the internet. In: *Internet Society*. Reston, 1997. Disponível em: <https://tinyurl.com/9y42bha5>. Acesso em 8 jan. 2022.

LEISER, Mark. The problem with 'dots': questioning the role of rationality in the online

environment. *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 30, n. 3, maio 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/h43teu2n>. Acesso em: 7 jan. 2022.

LEITE MONTEIRO, Renato; GDPR Matchup: Brazil's General Data Protection LAW. *IAPP*, São Paulo, 4 out. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/5fpnksf7>. Acesso em: 12 jan. 2022.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. [S.l.: FGV, s.d.]. Obra de acesso livre, liberada pelo autor (licenciada Creative Commons). Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87r62p>. Acesso em: 7 jan. 2022. p. 22; LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LEMOS, Ronaldo. Regulamentação da Internet no Brasil. In: LEMOS, Ronaldo. WAISBERG, Ivo. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEONARDI, Marcel. Aspectos controvertidos entre a Lei Geral de Proteção de Dados e o Marco Civil da Internet. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de Direito Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LESSIG, Lawrence. *Code: Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckzyysm>. Acesso em: 21 dez. 2021.

LÉVY, Pierre. *Inteligência coletiva: para uma antropologia do ciberespaço*. São Paulo: Loyola, 2007.

LEWIS, Rebecca. *Alternative influence: broadcasting the reactionary right on Youtube*. [S.l.]: Data Society Research Institute, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p973y88>. Acesso em: 6 jan. 2022. <file:///C:/Users/Rafael/Downloads/Human-Rights-Risk-Scenarios-targeted-advertising.en.pt.pdf>

LIBET, Benjamin. Unconscious Cerebral Initiative and the Role of Conscious Will in Voluntary Action. *Behavioral and Brain Sciences*, [s.l.], v. 8, n. 4, p. 529-539, fev. 2010. Disponível em: Acesso em: 18 jan. 2022.

LIMA, Caio César Carvalho. Estudo prático sobre as bases legais na LGPD. In: BLUM, Renato Opice (org.). *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LINDSTROM, Martin. *A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre porque compramos*. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: HarperCollins, 2017. E-book (não paginado).

LINDSTROM, Martin. *Brandwashed: o lado oculto do marketing - controlamos o que compramos ou são as empresas que escolhem por nós?* Tradução de Rosemarie Ziegelmaier. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

LINHAS de pesquisa. Centro Universitário de Brasília. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD). Brasília, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p89a293>. Acesso em: 17 dez. 2021.

LIVELY, Taylor Kay. *US State Privacy Legislation Tracker*. IAPP, 3 jan. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckwpmra>. Acesso em: 9 jan. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 37, p. 59-76, jan./mar. 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8chm4f>. Acesso em: 9 jan. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 722, dez. 1995.

LOEWENSTEIN, G; HAISLEY, Emily. The Economist as Therapist: Methodological Ramifications of 'Light' Paternalism. In: CAPLIN, Andrew; SCHOTTER, Andrew (Eds.). *Perspectives on the Future of Economics: Positive and Normative Foundations*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LÓPEZ, Nuria. Um direito, um dever: guia para o art. 20 da LGPD. In: BLUM, Renato Opice (org.). *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos - a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LOWREY, Annie. How online retailers stay a step ahead of comparison shoppers. *The Washington Post*. New York, 11 dez. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/nheddw97>. Acesso em: 7 jan. 2022.

LUTH, Hanneke A. *Behavioural Economics in Consumer Policy: the economic analysis of standard terms in consumer contracts revisited*. (Ph.D. in Law), Law Program, Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam, 2010.

LUTH, Hanneke A. *Behavioural Economics in Consumer Policy: the economic analysis of standard terms in consumer contracts revisited*. (Ph.D. in Law), Law Program, Erasmus Universiteit Rotterdam, Rotterdam, 2010.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Privacidade, mercado e informação. *Justitia*. São Paulo, n. 61, p. 245-259, jan./dez. 1999. Disponível em: <https://tinyurl.com/3kn65jff>. Acesso em: 17 jan. 2022.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão*. Coimbra: Coimbra Ed, 2002.

MACHINE Readable. In: *Open Data Handbook*. [San Francisco: Open Knowledge Foundation, s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/5t53fsyh>. Acesso em: 20 jan. 2022.

MAIOLINO, Isabela; MARQUES, Leonardo Albuquerque; TIMM, Luciano Benetti. Desafios para a defesa do consumidor e proteção de dados: necessidade de coordenação entre os sistemas. In: BLUM, Renato Opice (org.). *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MALFATTI, Alexandre David. *O direito à informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

MALGIERI, Gianclaudio. R.I.P.: Rest in Privacy or Rest in (Quasi-)Property? Personal Data Protection of Deceased Data Subjects between Theoretical Scenarios and National Solutions. In: LEENES, Ronald; BRACKEL, Rosamunde Van; GUTWIRTH, Serge; DE HERT, Paul. *Data Protection and Privacy: The Internet of Bodies*. Brussels: Hart, 2018. Capítulo de livro disponível em: <https://tinyurl.com/2bpnz7ea>. Acesso em: 12 jan. 2022.

MARCHIORI, Massimo. The Platform for Privacy Preferences 1.0 (P3P1.0). In: *W3C Obsolete Recommendations*. W3C, [S.l.], 16 abr. 2002. Disponível em: Acesso em: 20 jan. 2022.

MARIGHETTO, Andrea; MACEI, Demitrius Nichele. O significado do silêncio nas relações obrigacionais. XII Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). *Anais do CONPEDI*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

MARINO, Calogero. Administrative convergence between Weberian model and New public Management. In: MATEI, Lucica; FLOGAITIS, Spyridon (eds.). *Public Administration in the Balkans: from Weberian bureaucracy to New Public Management*. Economică: Bucarest, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/mryk3rsr>. Acesso em: 21 fev. 2020. E-book.

MARQUES, Claudia Lima. 25 Years to Celebrate: Horizons Reached by the 1990 Brazilian Consumer Protection Code and Horizons to Come, Especially on the International Protection of Consumers. In: MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan. (orgs.) *Consumer Law and socioeconomic development: National and International dimensions*. Cham: Springer, 2017.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das Fontes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTIN, Kirsten. Data aggregators, consumer data, and responsibility online: Who is tracking consumers online and should they stop? *Information Society*. V. 32, n. 1, p. 51-63, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc22d6u4>. Acesso em: 4 jan. 2022.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Panorama Normativo do controle da publicidade de consumo no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 35, p. 263-274, 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/6zp5v3zc>. Acesso em: 9 jan. 2022.

MARTINO, Luís Mauro Sá. *Teoria das mídias digitais: linguagens, ambientes, redes*. Petrópolis: Vozes, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/3d97sbfk>. Acesso em: 24 dez.

2021.

MARTINO, Luiz C. Contribuições para o estudo dos meios de comunicação. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 13, p. 103-114, dez. 2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/bt362mmu>. Acesso em: 24 dez. 2021.

MATTELART, Armand; MATTELART, Michèle. Historia de las teorías de la comunicación. Paris: La Découverte, 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p895z4>. Acesso em: 24 dez. 2021.

MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MATTOS, Analice Castor. Aspectos relevantes dos contratos de consumo eletrônico. Curitiba, Juruá, 2012. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/nyvakuss>. Acesso em: 18 jan. 2022;

MATTOS, Analice Castor. Evolução do direito contratual. *Revista Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 4, n.1, jan./jun. 2008.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Generational Development of Data Protection in Europe. In: PHILLIP, Agre; ROTENBERG, Marc. (eds). *Technology and Privacy: the new landscape*. Cambridge: The MIT Press, 1997. p. 219-242. Disponível em: <https://tinyurl.com/yndwfps2>. Acesso em: 16 jan. 2022.

MAZON, Marília. O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 78, abr./jun. 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos Direitos Humanos e o Direito Interno: da exclusão à coexistência da intransigência ao diálogo das fontes*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8tfcd7>. Acesso em: 19 jan. 2022.

MCAFEE, Andrew; BRYNJOLFSSON. Big Data: The Management Revolution. In: *Harvard Business Review*. Cambridge, out. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/48j2u2b6>. Acesso em: 3 jan. 2022.

MCDONALD, Allecia M; CRANOR Lorrie Faith. American's attitudes about internet behavioral advertising practices. In: *Proceedings of the 9th workshop on privacy in the electronic society* Chicago, Illinois, out. 2010. Anais de Evento. Disponível em: <https://tinyurl.com/yvbkd56e>. Acesso em: 17 jan. 2022.

MCDONALD, Allecia M.; CRANOR, Lorrie Faith. The Cost of Reading Privacy Policies. *Journal of Law and Policy for the Information Society*. [s.l.], n. 540, p. 1-22, 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/4tmvmnw8>. Acesso em: 19 jan. 2022.

- MCDONALD, Allecia M; CRANOR, Lorrie Faith. Beliefs and Behaviors: Internet Users' Understanding of Behavioral Advertising. *38th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy*, Telecommunications Policy Research Conference. Chicago, Illinois. Out. 2010. Anais de Evento. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p826ff9>. Acesso em: 17 jan. 2022.
- MCNAMEE, Roger. Why not regulate social media like tobacco or alcohol? *The Guardian*. [s.l.], 29 jan. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/3xmzptpt>. Acesso em: 6 jan. 2022.
- MCSTAY, Andrew. I consent: An analysis of the Cookie Directive and its implications for UK behavioral advertising. *Sage Journals*. [s.l.], v. 15, n. 4, p. 596-611, set. 2012. Disponível em: Acesso em: <https://tinyurl.com/4bd3x9ah>. 8 jan. 2022. Acesso em: 26 jan. 2022.
- MEDEIROS, Henrique. Vendas de smartphones com preço de R\$ 2 mil a R\$ 3 mil crescem 194%. *Mobile Time*. São Paulo, 10 set. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/4m7m9yzb>. Acesso em: 4 jan. 2022.
- MEIRELLES, Fernando S. (coord.). Pesquisa Anual de Uso de TI. 32ª Ed. FGV. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yywp8uuy>. Acesso em: 4 jan. 2022.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informacional: Origem e desenvolvimento conceitual na jurisprudência alemã. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) - A caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- MENDES, Laura Schertel. O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 106, ano 25, p. 37-69, jul./ago. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4wftuy8w>. Acesso em: 13 jan. 2022.
- MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz(coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais. E-book* (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mp27s26>. Acesso em: 15 set. 2021.
- MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais. E-book* (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mp27s26>. Acesso em: 15 set. 2021.
- MENDONÇA, Assis. Internet sem “cookies” causará grandes prejuízos. In: DW, 16 nov. 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/eyat38pj>. Acesso em: 8 jan. 2022.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; COLAÇO, Hian Silva. Quando a Lei Geral de Proteção e

Dados não se aplica? In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MERCADO COMUM DO SUL. Conselho do Mercado Comum. Grupo Agenda Digital do MERCOSUL. *Agenda Digital*. Uruguai, dez. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/bddarzur>. Acesso em: 9 jan. 2022.

MERCADO COMUM DO SUL. *Resolução n. 126/96*, que aprova o capítulo referente à publicidade e que integra o Regulamento sobre Defesa do Consumidor. Fortaleza, 13 dez. 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/2fr59s69>. Acesso em: 9 jan. 2022.

MILES, Tom. U.N. investigators cite Facebook role in Myanmar crisis. Reuters. *Technology News*. [s.l.], 12 mar. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/4355shhp>. Acesso em: 6 jan. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Câmara de Coordenação e Revisão. *Sistema brasileiro de proteção e acesso a dados pessoais: análise de dispositivos da Lei de Acesso à Informação, da Lei de Identificação Civil, da Lei do Marco Civil da Internet e da Lei Nacional de Proteção de Dados – Brasília: MPF, 2019*. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc5j3jpa>. Acesso em: 12 jan. 2022.

MINORITY REPORT: a nova lei. Direção de Steven Spielberg. Produção de Gerald R. Molen, Bonnie Curtis, Walter F. Parkes e Jan de Bont. Roteiro: Scott Frank e Jon Cohen. Universal City: Amblin Entertainment, Cruise/Wagner Productions e Blue Tulip Productions, 2002. 1 DVD (145 min.).

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSELVALD, Nelson (coords.). *Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias*. São Paulo: Foco, 2020.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 104, p. 99-127, mar./abr. 2016.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Contrato de adesão*. São Paulo: Atlas, 2002.

MITTS, Joshua. How Much Mandatory Disclosure is Effective? [s.l.], *Empirical Studies eJournal*, [s.v.], out. 2014. Disponível no SSRN: <https://tinyurl.com/2h62t4ht>. Acesso em: 17 jan. 2022.

MORAES, Julio. Digital tem mais da metade dos investimentos em publicidade em 2020 nos EUA. In: Update, 4 dez. 2020. [S.l.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p92apfh>. Acesso em: 5 jan. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, Inês Motta. Vulnerabilidade do doente versus autonomia individual. *Revista Brasileira de Saúde Infantil*. Recife, v. 10, n. 2, p. S331-S336, dez. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s76ctev>. Acesso em: 18 jan. 2022.

MOUCHARD, Émile. La protection de la vie privée dès la conception ou l'intégration de la privacy by design comme mécanisme du régime général sur la protection des données en Droit Européen. *Lex Electronica*, [s.l.], v. 18, n. 2, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/4xbf4zkc>. Acesso em: 20 jan. 2022.

MULLIN, Joe. Why Google Hasn't Implemented A 'Do Not Track' Feature. In: *Gigaom*. [S.l.], 20 maio 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/378d7yfw>. Acesso em: 20 jan. 2022.

MURRAY, Andrew; SCOTT, Colin. Controlling the New Media: Hybrid Responses to New Forms of Power. *Modern Law Review*, v. 65, n. 4, jul. 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s3f8mk8>. Acesso em: 7 jan. 2022.

NAKAGAWA, Liliane. [Retrospectiva 2021] Vazamentos de dados que marcaram o ano. Tecmasters. São Paulo, 28 dez. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p886rwa>. Acesso em: 12 jan. 2022.

MEGAVAZAMENTO de dados de 223 milhões de brasileiros: o que se sabe e o que falta saber. In: G1, Tecnologia. São Paulo, 28 jan. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/yswzwxzx>. Acesso em: 12 jan. 2022.

NAKASHIMA, Ryan. APNewsBreak: Google clarifies location-tracking policy. *AP News*. [S.l.], 16 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8m7kxu>. Acesso em: 7 jan. 2022.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001.

NAMYSLOWSKA, Monika. The Blacklist of Unfair Commercial Practices: The Black Sheep, Red Herring or White Elephant of the Unfair Commercial Practices Directive? In: BOOM, Willem Van; GARDE, Amandine. (orgs.). *The European Unfair Commercial Practices Directive*. Londres: Routledge, 2014.

NARAYANAN, Arvind; Shmatikov, Vitaly. Myths and fallacies of 'personally identifiable Information'. *Communications of the ACM*. V. 53, n. 6, jun. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p96ebsf>. Acesso em: 11 jan. 2022.

NATIONAL SCIENCE FOUNDATION. Office of Inspector General. *OIG Review of NSFNET (Report)*. [S.l.]. 1993. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8jd237>. Acesso em: 21 dez. 2021.

NAVALPAKKAM, Vidhya; JENTZSCH, LaDawn; SAYRES, Rory; RAVI, Sujith; AHMED, Amr; SMOLA, Alex. Measurement and modeling of eye-mouse behavior in the presence of nonlinear page layouts. *WWW'13: Proceedings of the 22nd international conference on World Wide Web*. May, 2013.

NECESSITY & Proportionality. In: *Glossary*. European Data Protection Supervisor. Brussels: [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrx9p45t>. Acesso em: 13 jan. 2022.

NERY JR; Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n.3, p. 44-77, set./dez., 1992. Disponível em: <https://tinyurl.com/45td3t8p>. Acesso em: 9 jan. 2022.

NETWORK ADVERTISING INITIATIVE. *Benefits of tailored advertising: best practices - 2020 NAI Annual Report*. Washington: NAI, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/238646hr>. Acesso em: 9 jan. 2022.

NETWORK ADVERTISING INITIATIVE. *Opt out of interest-based advertising*. Washington: NAI, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n6w7pvw>. Acesso em: 9 jan. 2022.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NICOLESCU, Basarab. *Um novo tipo de conhecimento: Transdisciplinariedade*. 1º Encontro Catalisador do CETRANS – Escola do Futuro USP. São Paulo: USP, 1999. Disponível em: <http://www.ufrj.br/leprans/arquivos/conhecimento.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2019.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 19, n. 76, p.13-45, out./dez. 2010.

NISSBAUM, Helen. Privacy as contextual integrity. *Washington Law Review*. Washington, D.C., v. 79, p. 119-158, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2x3k9n6c>. Acesso em: 19 jan. 2022.

NISSENBAUM, Helen. *Privacy in Context: Technology, Policy, and Social Life*. Stanford: Stanford University Press, 2010.

NOBREGA, Cristiano. O fim dos cookies third-party: tudo que você precisa saber neste momento. *IAB Brasil*. São Paulo, 23 de abril de 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/43r2d5jb>. Acesso em: 19 jan. 2022.

NORWEGIAN CONSUMER COUNCIL. *Online advertising industry is out of control* (NCC Report). NCC. Oslo, 14 jan. 2020. Disponível em <https://tinyurl.com/2p9ha3ny>. Acesso em: 4 jan. 2022.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 8 ed. Disponível em: <https://tinyurl.com/3rxk4ztx>. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book.

O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Tradução de Rafael Abraham. São Paulo: Rua do Sabão, 2020.

O'NEILL, Mike. Do not track and the GDPR. In: *W3C*, [s.l.], 11 jun. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2tdkxcy8>. Acesso em: 9 jan. 2022.

O'REILLY, Tim. What is Web 2.0: Design patterns and business models for the next generation of software. *Blog O'REILLY*. Sebastopol. 30 set. 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s432xza>. Acesso em: 21 dez. 2021.

- ODLYZKO, Andrew. Privacy, Economics, and Price Discrimination on the Internet. Proceedings of the 5th International Conference on Electronic Commerce. *ICEC*, Pittsburgh, 30 set. 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrybtsvh>. Acesso em: 6 jan. 2022.
- OGUS, Anthony. Rethinking self-regulation. *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, v. 15, n. 1, p. 97-108, 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/djse82c8>. Acesso em: 11 jan. 2022.
- OLIVA, Milena Donato; VIÉGAS, Francisco de Assis. Tratamento de dados para a concessão de crédito. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 555-594.
- OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Viviane da Silveira; COSTA, André Brandão Nery. Elementos essenciais para estruturação de efetivos programas de compliance de proteção de dados. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Boas. *Compliance e políticas de proteção de dados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 2021.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Reforma do Direito do Consumidor Brasileiro a partir das lições do Behavioral Economics: uma agenda possível? In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti (orgs). *Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Singular, 2019. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc3a74st>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor: anotado e comentado - doutrina e jurisprudência*. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- OLIVEIRA, James Eduardo. *Constituição Federal Anotada e Comentada*. São Paulo: Grupo GEN, 2013. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8vkmsx>. Acesso em: 9 jan. 2022.
- OLIVEIRA, Liliana Saraiva de. O Mercosul e a União Europeia: Uma breve comparação. *Publicações da Escola da AGU*, v. 2, n.21, p. 203-224, 2012.
- OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do Soft Law na Evolução do Direito Internacional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, n. 10, p. 6265-6289, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9f898y>. Acesso em: 27 maio 2022.
- OLIVEIRA, Ricardo; COTS. *O legítimo interesse e a LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- OLIVER, Costa. *A união Europeia e sua política exterior: história, instituições e processo de tomada de decisão*. Brasília: FUNAG, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/23ne67t7>. Acesso em: 8 jan. 2022. P. 126 e ss. E-book.
- ONLINE Behavioural Advertising. In: *EASA Alliance*, Brussels, 14 abr. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/388t5jce>. Acesso em: 9 jan. 2022.
- ONLINE shoppers unknowingly sold their souls. *Fox News*. New York, 11 jan. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/56p9ae2p>. Acesso em: 16 jan. 2022.

OPSAHL, Kur. Google begins behavioral targeting ad program. *Electronic Frontier Foundation (EFF)*, San Francisco, 11 mar. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/3tx2p6x6>. Acesso em: 13 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. UN High Commissioner for Human Rights. *The right to privacy in the digital age*. Report A/HRC/27/37, New York, 30 jun. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s43hh78>. Acesso em: 6 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. UN High Commissioner for Human Rights. CCPR General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy) The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honor and Reputation, New York, 8 abr. 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/4suzw5bm>. Acesso em: 6 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. UN High Commissioner for Human Rights. *The right to privacy in the digital age*. Report A/HRC/39/29, New York, 3 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ygy67zku>. Acesso em: 6 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Human Rights Council. Thirty-ninth session. *Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar*. 10-28 set. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8tjt86>. Acesso em: 6 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. General Assembly. *Resolution A/RES/45/95*, Guidelines for the Regulation of Computerized Personnel Data Files. Adopted by the General Assembly (45th sess: 1990-1991). New York: 1990. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9fmj2e>. Acesso em: 8 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Conference On Trade and Development (UNCTAD). *Information and communications technology development indices*. New York: UNCTAD, 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/y443ywaw>. Acesso em: 13 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Conference on Trade and Development. *Guidelines for Consumers Protection*. Report UNCTAD/DITC/CPLP/MISC/2016/1. New York: UN, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/ytdxdbdd>. Acesso em: 8 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Special rapporteur on the right to privacy. In: UN Human Rights, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/sxzrbmyb>. Acesso em: 8 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Development Group. Data privacy, ethics and protection: Guidance note on big data for achievement of the 2030 Agenda. New York: UN, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8znpjn>. Acesso em: 17 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.

OECD *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*. Paris: OECD, 1980. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ar6ad>. Acesso em: 7 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Global Forum on Competition. *The interface between competition and consumer policies*. Report. DAF/COMP/GF(2008)10. Paris: OECD, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/acjutxsa>. Acesso em: 16 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/3xyzx7hh>. Acesso em: 7 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Directorate for Financial and Enterprise Affairs (Competition Committee). *Key points of the hearing on disruptive innovation*. Report DAF/COMP/M(2015)1/ANN8/FINAL.2015. Paris, OCDE. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/55wutkhv>. Acesso em: 5 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Recommendation of the Council on Consumer Protection in E-commerce*. (adopted on 23 mar. 2016). Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xk6h2zv>. Acesso em: 7 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Directorate for science, technology and innovation committee on consumer policy. *Summary of Roundtable on Online Advertising*. DSTI/PI(2018)12/Final. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w5den>. Acesso em: 17 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Online advertising: trends, benefits and risks for consumers*. OECD Digital Economy Papers. Paris, n. 272, jan. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr2jp5zw>. Acesso em: 7 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *OECD Reviews of Digital Transformation: Going Digital in Brazil*. Paris: OECD, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/hfkwkftv>. Acesso em: 7 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Recommendation of the Council on Consumer Protection in E-commerce*. (adopted on 23 mar. 2016). Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xk6h2zv>. Acesso em: 7 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *The OECD privacy framework*. Paris: OECD, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xk6h2zv>. Acesso em: 7 jan. 2022.

ORWELL, George. *1984*. Tradução de Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

OSTERLOH, Rick. Google completes Fitbit acquisition. *Google Blog* (Product updates). [S.l.], 14 jan. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/ypczxkzp>. Acesso em: 4 jan. 2022.

PACKARD, Vance. *The hidden persuaders*. London: Longmans, Green & CO., 1957 (ed. Rev. 1981). E-book (não paginado). Disponível em: <https://tinyurl.com/43vee566>. Acesso em: 19 jan. 2022.

PAIXÃO, Ricardo F; D'ALVARENGA, Marcelo; SIVEIRA, José Augusto. Mercado de dois lados. *GV Executivo*. v. 5, n. 1, fev./abr., 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/4v3anz5a>. Acesso em: 5 jan. 2022.

PALHARES, Felipe. Cookies: contornos atuais. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 13.

WILSON, James Quinn. *Bureaucracy: what government agencies do and why they do it*. Basic Books: New York, 1989.

PARISER, Eli. *The filter bubble: what the internet is hiding from you*. Londres: Penguin Books, 2011, p. 10.

PARKER, Clifton B. New Stanford research finds computers are better judges of personality than friends and family. *Stanford News*, Stanford, 12 jan. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/2pdumk2z>. Acesso em: 6 jan. 2022.

PASQUALE, Frank. *The black box society*. The secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PASQUALOTTO, Adalberto. Autorregulamentação da publicidade: um estudo de modelos europeus e norte-americano. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 112, ano 26, p. 115-148, jul./ago. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/22ku4sm5>. Acesso em: 11 jan. 2022.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. v. 10 (Biblioteca de Direito do Consumidor). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 3. 21. ed. São Paulo: Forense, 2017.

PEREZ, Sarah. Microsoft Silences Its New A.I. Bot Tay, after Twitter Users Teach It Racism. In: TECH CRUNCH. São Francisco, 24 mar. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/3v5mzjnz>. Acesso em: 6 jan. 2022.

PEZZI, Ana Paula Jacobus. A necessidade de proteção dos dados pessoais nos arquivos de consumo: em busca da concretização do direito à privacidade. Dissertação (mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). São Leopoldo, 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2d86db4x>. Acesso em: 12 jan. 2022.

PICARD, Rosalind W. *Affective computing*. Cambridge: The MIT Press, 1997.

PICARD, Rosalind W. *Affective computing*. MIT Media Laboratory Perceptual Computing

Section Technical Report. n. 321, Cambridge, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/56upp3a3>. Acesso em: 15 set. 2021.

PICARD, Rosalind. Toward machines with emotional intelligence. In: MATTHEWS, Gerald; ZEIDNER, Moshe; ROBERTS, Richard D. *The science of Emotional Intelligence: knows and unknowns*. New York: Oxford University Press, 2007.

PICKER, Randal C. Competition and privacy in web 2.0 and the cloud. Working Paper n. 414 (2d series). *SSRN Electronic Journal*, jun., 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/k9za3zn8>. Acesso em: 3 jan. 2022.

PICKER, Randal C. Online Advertising, Identity and Privacy. John M Olin Law & Economics Working Paper n. 475 (2d series). *SSRN Electronic Journal*, v. 475, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/56xe7puy>. Acesso em: 3 jan. 2022, p. 4;

PIETY, Tamara R. A Necessary Cost of Freedom? The Incoherence of Sorrell v. IMS. *Alabama Law Review*. [s.l.], v. 64, n. 102, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr3cz3cb>. Acesso em: 18 jan. 2022.

PINHEIRO, Duda; GULLO, José. *Comunicação integrada de Marketing*. São Paulo: Atlas, 2008.

POOL, Chris; NISSIM, Malvina. Distant supervision for emotion detection using Facebook reactions. *ACL Anthology*. Proceedings of the Workshop on Computational Modeling of People's Opinions, Personality, and Emotions in Social Media. Osaka, 12 dez. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/s26pshrb>. Acesso em: 6 jan. 2022.

PORTER, Jon. Google claims built-in Nest mic was 'never intended to be a secret'. *The Verge*. 20 fev. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/56wjy623>. Acesso em: 7 jan. 2022.

PURCELL, Kristen; BRENNER, Joanna; RAINIE, Lee. *Search Engine Use 2012: even though online Americans are more satisfied than ever with the performance of search engines, strong majorities have negative views of personalized search results and targeted ads*. Pew Research Center's Internet & American Life Project. Washington, D.C., 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8s7c3d>. Acesso em: 17 jan. 2022.

PURTOVA, Nadezhda. The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law. *Law, Innovation and Technology*, [s.l.], v. 10, n. 1, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8r4efx>. Acesso em: 12 jan. 2022.

RADIN, Margaret Jane. Humans, Computers and Binding Commitment. *Indiana Law Journal*. [S.l.], v. 75, n. 4, p. 1126-1162, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckza89b>. Acesso em: 18 jan. 2022.

RAFTER, Rachel; SMYTH, Barry. Passive Profiling from Server Logs in an Online Recruitment Environment. *Anais de evento: Workshop on Intelligent Techniques for Web Personalization at the 17th International Joint Conference on Artificial Intelligence*, Seattle, Washington, USA, August, 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/da5tz4cj>. Acesso em: 12 jan. 2022.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. *A regulação de proteção de dados e seu impacto para a publicidade online: Um guia para a LGPD*. São Paulo: Baptista Luz Advogados, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdekvxmv>. Acesso em: 5 jan. 2022.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Arquitetura da Rede e Regulação: a Neutralidade da Rede no Brasil*. Dissertação (mestrado em direito). Fundação Getúlio Vargas (FGV). Escola de Direito de São Paulo. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/46kxecky>. Acesso em: 7 jan. 2022.

RAMSEY, Ian. O controle da publicidade em mundo pós-moderno. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 4, out./dez. 1992.

RANKING DIGITAL RIGHTS. *Companies*. New York: RDR, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2pdf9wmt>. Acesso em: 8 jan. 2022.

RANKING DIGITAL RIGHTS. *Consultation draft: Human Rights risk scenarios – targeted advertising*. New York: RDR, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2n394vys>. Acesso em: 6 jan. 2022.

RANKING DIGITAL RIGHTS. *F1c. Access to advertising targeting policies*. New York: RDR, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/3dywsevu>. Acesso em: 8 jan. 2022.

RANKING DIGITAL RIGHTS. *F3c. Advertising targeting rules and enforcement*. New York: RDR, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckk8dmn>. Acesso em: 8 jan. 2022.

RANKING DIGITAL RIGHTS. *F4c. Data about advertising content and advertising targeting policy enforcement*. New York: RDR, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2rhd5k5r>. Acesso em: 8 jan. 2022.

RANKING DIGITAL RIGHTS. *G4c. Impact assessment targeted advertising*. New York: RDR, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5dpyufh2>. Acesso em: 8 jan. 2022.

RANKING DIGITAL RIGHTS. *Rationale for RDR's methodology expansion to address targeted advertising*. New York: RDR, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n89vb5f>. Acesso em: 8 jan. 2022.

RANKING DIGITAL RIGHTS. *The 2020 RDR Index*. New York: RDR, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/ynrr4tey>. Acesso em: 8 jan. 2022.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

REIDENBERG, Joel R. Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology. *Texas Law Review*, b. 76, n. 3, p. 553-593, fev. 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/56k72vyw>. Acesso em: 7 jan. 2022.

REYNOLDS, Emily. Before the Gold Rush: A New Way to Reach Voters. Phunware, [s.l.], 30 nov. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr3653xz>. Acesso em: 6 jan. 2022.

RHODES, R. A. W. The new governance: governing without government. *Sage Journals*, v. 44, n. 4, p. 652-667, set. 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdeha6sm>. Acesso em: 7

jan. 2022.

RHOEN, Michiel. Beyond consent: improving data protection through consumer protection law. *Internet Policy Review*, Leiden, v. 5, n. 1, p. 1-15, 2015.

RICHTER, Diogo Kastrup. Desafios e interfaces da defesa da concorrência e da proteção de dados pessoais na economia de plataforma. *Revista de Direito Público da Economia -RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 53-71, out./dez. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckwntsx>. Acesso em: 16 jan. 2022.

RINALDI, Camila. Entidades combatem câmeras do metrô de SP que leem emoções de passageiros para vender publicidade. *The Intercept Brasil*. São Paulo, 31 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/mry2wurf>. Acesso em: 6 jan. 2022.

RIO DE JANEIRO. Ministério Público. 5ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Consumidor e do Contribuinte da Capital. *Protocolo do Mandado de Segurança com pedido liminar*. Rio de Janeiro, 25 de junho de 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bxms23p>. Acesso em: 10 jan. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Ação Civil Pública n. 0018051-27.2018.8.19.0001*. 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital RJ. Processo distribuído em 25/1/2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/mtpbdvd4>. Acesso em: 10 jan. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 008914-24.2018.8.19.0000. 27ª Câmara Cível. Agravante: MPRJ. Agravado: Decolar.com. Relator: Des. João Batista Damasceno, 12 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/5c5hzzm2>. Acesso em: 10 jan. 2022.

ROBITAILLE, Gabrielle. DGX Benchmark: CCPA and online behavioural advertising. In: *World Federation of Advertisers*. [s.l.], 20 dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/j8unhwzn>. Acesso em: 9 jan. 2022.

ROCHA, Daniel Favoretto. Concorrência em mercados digitais e desafios ao controle de atos de concentração. *Revista de Defesa da Concorrência*. Brasília, v. 7, n. 2, p. 99-120, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/452wczze>. Acesso em: 16 jan. 2022.

ROCHA, Raquel Heck Mariano. Modelos de regulamentação: reflexões para um eficiente controle jurídico da publicidade no Brasil. *Direito & Justiça*, v. 38, n. 2, p. 200-212, jul./dez., 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/yncy7cj6>. Acesso em: 9 jan. 2022.

ROCHER, Guy. *Sociologia Geral 3*. Tradução de Ana Ravara. Lisboa: Presença, 1971. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ezrcs>. Acesso em: 20 dez. 2021.

ROCHET, Jean-Charles, TIROLE, Jean. Platform Competition in Two Sided Markets. *Journal of the European Economic Association*. V. 1, n. 4, p. 990-1029, jun. 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/288c6rtb>. Acesso em: 5 jan. 2022.

RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância*. Maria Celina Bodin de Moraes (organização, seleção e apresentação). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Fernando de Assis. *Coleta de dados em redes sociais: Privacidade de dados pessoais no acesso via Application Programming Interface*. Tese (doutorado em Ciência da Informação). Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação. Universidade Estadual paulista, Campus Marília. 2017.

RODRIGUES, Rowena. BARNARD-WILLS, David; HERT, Paul de; PAPAKONSTANTINO, Vagelis. The future of privacy certification in Europe: an exploration of options under article 42 of the GDPR. *International Review of Law, Computers & Technology*. [S.l.], v. 30, n. 3, p. 248-270, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p95pxx5>. Acesso em: 20 jan. 2022.

RODYCZ, Wilson Carlos. O controle da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 8, out./dez. 1993.

ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto. *Governance without government: order and change in world politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/h2wxzxp> e <https://tinyurl.com/2p9dpxs7>. Acesso em: 7 jan. 2022.

ROSENBERG, Matthew; CONFESSORE, Nicholas; CADWALLADR, Carole. How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions. *The New York Times*. New York, 17 mar. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/44wddc57>. Acesso em: 6 jan. 2022.

ROUVROY, Antoinette. The End(s) of Critique: Data Behaviourism versus Due Process in: VRIES, Katja; HILDEBRANDT, Mireille (eds.). *Privacy, Due Process and the Computational Turn*. [S.l.]: Routledge, 2013.

RUARO, Regina Linder; RODRIGUES, Daniel Piñero; FINGER, Brunize. O Direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, n. 53, p. 45-66, 2011. Disponível em: Acesso em: <https://tinyurl.com/465f6zts>. 27 maio 2022.

RUBINSTEIN, Ira S; HARTZOG, Woodrow. Anonymization and Risk. *New York University Public Law*, v. 91, n. 703, p. 703-760, set. 2015. Disponível no SSRN: <https://tinyurl.com/yckky96k>. Acesso em: 12 jan. 2022.

RUBINSTEIN, Ira S. Voter Privacy in the Age of Big Data. *Wisconsin Law Review*, [s.l.], v. 861, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8uwph7>. Acesso em: 6 jan. 2022.

RUNCIMAN, David. *Como a democracia chega ao fim*. Tradução de Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018.

RUSSOM, Phillip. *Big Data Analytics*. TDWI Best Practices Report. 4 ed. Renton: TDWI, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8hnwn5>. Acesso em: 3 jan. 2022.

SAKAMOTO, Takahito; MATSUNAGA, Masahiro. After GDPR, still tracking or not? Understanding opt-out states for online behavioral advertising. *IEEE Symposium on Security and Privacy Workshops*, Anais do SPW 2019, p. 92-99. San Francisco, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/269cstjx>. Acesso em: 17 jan. 2022.

SANDS, Philippe. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. *Princípio da precaução*. Coleção Direito Ambiental em Debate. Belo

Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTANA, Héctor Valverde. CHERMAM, Yuri César. Publicidade invasiva ofensa a direitos da personalidade. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 112, ano 26. p. 177-199, jul./ago. 2017.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *O marketing digital e a proteção do consumidor*. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial*. V. 14 (Biblioteca de Direito do Consumidor). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Luiza Andrade Luz Nogueira dos; SILVA, Haniel Duarte. Entre a ordem e a desordem no conto *Minority Report* de Philip K. Dick. *Anais do III Seminário Internacional Imagens da justiça, currículo e educação jurídica*. Pelotas, UFPEL, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Ação Civil Pública n. 1042450-05.2018.8.26.0100*. Requerente: Associação Civil SOS Consumidor. Requerido: Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. 7ª Vara Cível. Juiz: Sang Duk Kim. Disponível em: <https://tinyurl.com/j65nuk6c>. Acesso em: 11 jan. 2022.

SCHAUER, Frederick. *Profiles, probabilities, and stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/mu4kd6nb>. Acesso em: 12 jan. 2022.

SCHEREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHREURS, Wim; HILDEBRANDT, Mireille; KINDT, Els; VANFLETEREN, Michael. Cogitas, Ergo Sum: the role of Data Protection Law and Non-discrimination Law in Group Profiling in the private sector. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008.

SCHWAB, Klaus. *A quarta Revolução Industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. *Shaping the future of the fourth industrial revolution: a guide to building a better world*. New York: Currency, 2018. E-book (não paginado).

SEE how trackers view your browser. Cover Your Tracks Project. *Electronic Frontier Foundation (EFF)*. [S.l., s.d.]. Disponível em: <https://coveryourtracks EFF.org/learn>. Acesso em: 4 jan. 2022.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHIRKY, Clay. Accused of ruining popcorn, Cass Sunstein wants to repent. *New York Times*,

10 set. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/3hahwyxb>. Acesso em: 17 jan. 2022.

SIEGEL, Eric. *Predictive analysis: the power to predict who will click, buy, lie, or die*. New York: John Wiley & Sons, 2013.

SILVA, Bruna Menezes Gomes da; AGUIAR, Julio Cesar de. A livre opção pela cesariana: um “nudge às avessas.” *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 11, n. 1, p. 267-281, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/378z973a>. Acesso em: 20 jan. 2022.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo; SANTOS, Bruno Drogetti Magalhães. Os efeitos do preço zero sobre o consumidor de plataformas digitais. In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti. (orgs.). *Direito do Consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Singular, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ba46k>. Acesso em: 5 jan. 2022.

SILVEIRA, Paulo Burnier. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 2, n. 2, pp. 5-22, nov. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/y2742ads>. Acesso em: 16 jan. 2022.

SIMITIS, Spiros. Reviewing privacy in an information society. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 135, p. 707-746, 1985. Disponível em: <https://tinyurl.com/yyzcdx4v>. Acesso em: 6 jan. 2022.

SIMÕES, Cassiano Ferreira. A publicity e a publicidade (para além da propaganda). *Comunicação, Mídia e Consumo*, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 179-200, mar., 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8bfwsx>. Acesso em: 24 dez. 2021.

SIMS BAINBRIDGE, William; C. ROCO, Mihail. *Managing Nano-Bio-Info-Cogno Innovations: Converging Technologies in Society*. Dordrecht: Springer, 2005.

SINCLAIR, John. Advertising and media in the age of the algorithm. *International Journal of Communication*, v. 10, p. 3522–3535, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4un88wup>. Acesso em: 3 jan. 2021.

SLOAN, Robert H; WARNER, Richard. Beyond Notice and Choice: Privacy, Norms, and Consent. Chicago-Kent College of Law Research Paper. Chicago, v. 16, p. 1-34, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/j8cvhtn5>. Acesso em: 19 jan. 2022.

SMIT, Edith G.; NOORT, Guda Van; VOORELD, Hilde A.M. Understanding online behavioural advertising: user knowledge, privacy concerns and online coping behaviour in Europe. *Computers in Human Behavior*, v. 34, Amsterdam, p. 15-22, 2014.

SOARES, Dennis Verbicaro. O controle da publicidade ilícita: uma análise reflexiva dos sistemas consumeristas brasileiro e espanhol. *Revista Cesumar Ciências Humanas e Sociais*

Aplicadas, v.21, n.2, p. 261-285, jul./dez. 2016;

SOCIAL DILEMMA: United States of America. Director: Jeff Orlowski. Executive producers: Davis Coombe; Vickie Curtis; Jeff Orlowski. Docudrama: Netflix, 2020. Documentário via streaming.

SOLOVE, Daniel J. *Nothing to hide: the false tradeoff between privacy and security*. Londres, Yale University Press, 2011.

SOLOVE, Daniel J. Privacy Self-Management and the Consent Dilemma. *Harvard Law Review*, v. 126, n. 180, p. 1880-1903, maio 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/4heakjwb>. Acesso em: 19 jan. 2022.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Direito à privacidade e proteção de dados no ciberespaço: a accountability como fundamento da lex privacy*. Tese (doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

SOMERS, Meredith. Emotion AI, explained. MIT Management Sloan School. Massachusetts, 8 mar. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p99amr5>. Acesso em: 5 jan. 2022.

SOULTATOU, Maria. *Behavioural Targeting of vulnerabilities in the era of Internet of Things: A new challenge for Data Protection and Consumer Law*. Dissertação (L.L.M in Law and Technology). Tilburg University. Tilburg Institute for Law, Technology and Society, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/ya9hrmmd>. Acesso em: 7 jan. 2022.

SOUZA, Marcos G. *Neoconsumidor: Digital Multicanal e Global*. São Paulo: GS & MD, 2009; WIND, Yoram. *Marketing de convergência*. São Paulo: Prentice Hall, 2003.

SQUIRRA, Sebastião. *Cibercoms: tecnologias ubíquas, mídias pervasivas*. Porto Alegre: Buqui, 2012.

STANALAND, Andrea; LWIN, May; MIYAZAKI, Anthony. Online Privacy Trustmarks: Enhancing the Perceived Ethics of Digital Advertising. *Journal of Advertising Research*. [S.l.], v. 51, n. 3, set. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/448nbxjt>. Acesso em: 20 jan. 2022.

STATT, Nick. Facebook will remove 5,000 ad targeting categories to prevent discrimination. *The Verge*, [S.l.], 21 ago. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr365s93>. Acesso em: 6 jan. 2022.

STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor: responsabilidad del empresario, publicidad comercial engañosa, crédito al consumo, prácticas mercantiles irregulares, acceso a la justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

SUNSTEIN, Cass R. *Republic 2.0*. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. *Too much information: understanding what you don't want to know*. Cambridge: The MIT Press, 2020.

SUNSTEIN, Cass. Problems with rules. *California Law Review*. Chicago, v. 83, n. 4, p. 953-1026, jul. 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/4cw6jcz3>. Acesso em: 19 jan. 2022.

SUNSTEIN, Cass. The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism. *Yale Law Journal*. [S.l.], v. 122, n. 7, p. 1829-1898, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8hwwzp>. Acesso em: 19 jan. 2022.

SUNSTEIN, Cass; JOLLS, Christine. Debiasing through Law. *Journal of Legal Studies*. Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 225 (2d series), p. 199-242, 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8dur2u>. Acesso em: 20 jan. 2022.

SURDEN, Harry. Machine learning and Law. *Washington Law Review*, v. 89, n. 1, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdd5m974>. Acesso em: 3 jan. 2022.

SUSPENDING Cambridge Analytica and SCL Group From Facebook. In: Meta, San Francisco. 16 mar. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/389vxhks>. Acesso em: 6 jan. 2022.

SWEENEY, Latanya. *Computational Disclosure Control. Primer on Data Privacy Protection*. Thesis (PhD in Philosophy in Electrical Engineering and Computer Science). Massachusetts Institute of Technology. Dept. of Electrical Engineering and Computer Science, maio 2001. Disponível em: <https://tinyurl.com/cnzpxwdx>. Acesso em: 12 jan. 2022.

TANGARI, Gioachino; IKRAM, Muhammad; IJAZ, Kiran; KAAFAR, Mohamed Ali; BERKOVSKY, Shlomo. Mobile health and privacy: cross sectional study. *The BMJ*, v. 373, n. 1248, p. 1-12, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/y8r9h2r7>. Acesso em: 18 jan. 2022.

TEIXEIRA, Lucas. Teoricamente impossível: problemas com a anonimização de dados pessoais. *Oficina Antivigilância*, [s.l.], 08 maio 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckza8yw>. Acesso em: 12 jan. 2021.

TENE, Omer; POLONETSKY, Jule. To Track or 'Do Not Track': Advancing Transparency and Individual Control in Online Behavioral Advertising. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Minneapolis, v. 13, n. 1, p. 1-55, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1920505>. Acesso em: 13 set. 2021.

TENE, Omer; WOLF, Cgristopher. Draft EU General Data Protection Regulation: Costs and Paradoxes of Explicit Consent. *Information Security & Privacy News*. v. 3, n. 4, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc5hfttr>. Acesso em: 16 jan. 2022. p. 28.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; MULHOLLAND, Caitlin. A utilização econômica de rastreadores e identificadores on-line de dados pessoais. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

THALER, Richard. *Misbehaving: A construção da economia comportamental*. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

THALER, Richard. Toward a positive theory of consumer choice. *Journal of Economic*

Behavior and Organization, v. 1, p. 39-60, 1980. Disponível em: <https://tinyurl.com/ydnfzeep>. Acesso em: 17 jan. 2022.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

THE best emotion AI platform in the world. In: Real Eyes, New York, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckp7bec>. Acesso em: 6 jan. 2022.

THE economic benefits of cross-border data flows. Communications from the United States. In: Annual Report of the Council (S/C/W/382). Genève, World Trade Organisation, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/3wbmc346>. Acesso em: 16 dez. 2021.

THOMAZ, Alan Campos Elias. Privacidade e proteção de dados na indústria financeira. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TIMM, Luciano Benetti. Desafios para a defesa do consumidor e proteção de dados: necessidade de coordenação entre os sistemas. In: BLUM, Renato Opice (org.). *Proteção de dados: desafios e soluções na adequação à lei*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TOFFLER, Alvin. *Future Shock*. New York: Bantam Books, 2021. (E-book atualizado e não paginado).

TOFFLER, Alvin. *Terceira Onda: a morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização*. Tradução de João Tavora. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

TOMASZEWSKI, John; GILBERT, Françoise. Complying with the EU Cookie Directive - How Not to Get Left Holding the Bag. *Santa Clara Law Digital Commons*. [s.l.], out. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/ytmv9pcj>. Acesso em: 8 jan. 2022.

TOUBIANA, Vicent NARAYANAN, Arvind; BONEH, Dan. Adnostic: Privacy Preserving Targeted Advertising. Network and Distributed System Symposium. Anais [...], mar. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p87yvuu>. Acesso em: 20 jan. 2022.

TRACKING preference expression. (DNT). W3C Working Group Note. 17 jan. 2019. Disponível em: <https://www.w3.org/TR/tracking-dnt/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

TRAN, Minh-Dung. *Privacy Challenges in Online Targeted Advertising*. Tese (Doutorado em Informática). l'École Doctorale Mathématiques, Sciences et Technologies de l'Information, Informatique. Université de Grenoble, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p925j2z>. Acesso em: 4 jan. 2022.

TRANSPARENCY MARKET RESEARCH. Behavioral Targeting Market - Global Industry Analysis, Size, Share, Growth, Trends, and Forecast 2018-2026. [s.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ddvmm>. Acesso em: 5 jan. 2022.

TRAUNG, Peter. The Proposed New EU General Data Protection Regulation: Further Opportunities. *Computer Law Review International*. [s.l.], v. 33, n. 2, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrxwx8xw>. Acesso em: 13 jan. 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Case of I v. Finland*. Fourth Section. Application no. 20511/03. Estrasburgo, 17 jul. 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdbs5kh3>. Acesso em: 19 jan. 2022.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A contribuição das organizações internacionais ao desenvolvimento progressivo do direito internacional. OEA: Rio de Janeiro, 2005. XXXII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da O.E.A. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrxnazrc>. Acesso em: 7 jan. 2022.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do Século XXI. OEA: Rio de Janeiro, 2006. XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da O.E.A. Disponível em: <https://tinyurl.com/58wb8jhu>. Acesso em: 7 jan. 2022.

TUHUS-DUBROW, Rebecca. Navigating an environment overabundant with information. *TLS*, 6 nov. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/mtuyh2sa>. Acesso em: 17 jan. 2022.

TURN “Do Not Track on or off. In: *Google Chrome Help*. San Francisco, [s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/4c6bpps>. Acesso em: 20 jan. 2022.

TUFECKI, Zeynep. We’re Building a dystopia just to make people click on ads. Set. 2017. 1 vídeo (22 min 46 s). Disponível em: <https://tinyurl.com/2pcjbfpr>. Acesso em: 6 jan. 2022.

TUROW, Joseph. *The daily you: how the new advertising industry is defining your identity and your worth*. New Haven: Yale University Press, 2011. E-book. Disponível em: <https://tinyurl.com/3wkyznwp>. Acesso em: 12 jan. 2022.

TUROW, Joseph; KING, Jennifer; HOOFNAGLE, Chris Jay; BLEAKLEY; HENNESSY, Michael. *Americans reject tailored advertising and three activities that enable it*. Survey supported by the Rose Foundation for Communities and the Environment. Filadélfia, set. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/3ckeuvua3>. Acesso em: 17 jan. 2022.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science*. [s.l.], v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8csjun>. Acesso em: 17 jan. 2022.

UIT aprova recomendação sobre Internet das Coisas coordenada pelo Brasil. *Abranet Associação Brasileira de Internet*. São Paulo, 18 abr. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5bxtrsbp>. Acesso em: 4 jan. 2022.

UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* Verso: Londres, 1996. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p94cdyt>. Acesso em: 16 dez. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 95/46/CE*, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Bruxelas, 24 out. 1995. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p978saa>. Acesso em: 9 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01).

Bruxelas: Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8nxwjw>. Acesso em: 13 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). Bruxelas, 12 jul. 2002. Disponível em: <https://tinyurl.com/tcdy8bwc>. Acesso em: 8 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva UCP*. Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno [...]. Bruxelas, 11 maio 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2se99yf8>. Acesso em: 8 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento Geral sobre a Protecção de Dados (GDPR)*. Regulamento 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Directiva 95/46/CE. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/4bswxh6n>. Acesso em: 8 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 4/2007*, on the concept of personal data. Brussels: UE, 20 jun. 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w8hxs> (EN) e <https://tinyurl.com/2p8t4f2t> (PT). Acesso em: 9 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines*. Brussels, 4 abr. 2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/8r9f923t>. Acesso em: 11 set. 2021. p. 10;

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 2/2010*, on online behavioural advertising. Brussels: UE, 22 jun. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/273c5xt>. Acesso em: 9 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 15/2011 on the definition of consent*. Brussels, 13 jul. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/4cjpj8c3>. Acesso em: 16 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 16/2011 on EASA/IAB Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising*. Brussels, 8 dez. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/4uc3j3ht>. Acesso em: 11 set. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 4/2012*, on Cookie Consent Exemption. Brussels: UE, 7 jun. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/4wxsx3cx>. Acesso em: 9 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 3/2013*, on purpose limitation. Adopted on 2 April 2013. Brussel: WP29, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/49mjfdrc>. Acesso em: 13 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 6/2014*, on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC.

Adopted on 9 april 2014. Brussels: EU, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/z4euves9>. Acesso em: 13 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*. Adopted on 3 October 2017. As last Revised and Adopted on 6 February 2018. Bruxelas. Disponível em: <https://tinyurl.com/29kwshra>. Acesso em: 5 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Opinion 5/2019*, on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities. Brussels: UE, 12 mar. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckusb9v>. Acesso em: 9 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. Opinions and recommendations. In: *EU*, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/56tud5v2>. Acesso em: 9 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Working Document 2/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies*. Brussels, 2 out. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8um26y>. Acesso em: 16 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Data Protection Working Party. *Working Document 2/201, providing guidance on obtaining consent for cookies*. Brussels, 2 out. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8um26y>. Acesso em: 16 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Autoridade Europeia para a Proteção de Dados. *Opinion 6/2017*, on the Proposal for a Regulation on Privacy and Electronic Communications (ePrivacy Regulation). Adopted on 27 abr. 2017. Brussels: EU, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/yrvmv3n5>. Acesso em: 13 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Autoridade Europeia para a Proteção de Dados. *Síntese do Parecer da AEPD sobre manipulação em linha e dados pessoais*. Parecer 208/C233/06. Bruxelas: AEPD, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8afbr6>. Acesso em: 9 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Behavioral study on advertising and marketing practices in online social media*. Final Report. Brusells: GfK Consortium, jun. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/354unn27>. Acesso em: 9 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council*. On Promoting Data Protection by Privacy Enhancing Technologies (PETs). COM(2007) 228 final. Brussels: EU, 2 maio 2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8rw8e3>. Acesso em: 20 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Comunicação da Comissão (COM/2018/237)*, de 25 de abril de 2018, relativa à inteligência artificial para a Europa. Disponível em: <https://tinyurl.com/2d5k4kf2>. Acesso em: 6 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. EDPS calls on the European Commission to ensure that safeguards for online behavioral advertising are respected. EDPS/11/8. In: *EDPS*, Brussels, 11 jul. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8p8j7k>. Acesso em: 9 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Report from the Commission. First report on the implementation of the Data Protection Directive (95/46/EC)*. COM(2003) 265 final. Brussels: EU, 15 maio 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/ycktr38a>. Acesso em: 20 jan. 2022. p. 16.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Special Eurobarometer 359: Attitudes on Data Protection and Electronic Identity in the European Union. Brussels, 8 dez. 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/54xzk2s8>. Acesso em: 17 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comitê Europeu de Proteção de Dados. Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, set. 2020. Brussels: 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8nxew4>. Acesso: 12 mar. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Comitê Europeu de Proteção de Dados. *Guidelines 8/2020, on the targeting of social media users*. Version 2.0. Brussels: EDPB, 13 abr. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/mtar4ttw>. Acesso em: 8 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comitê Europeu de Proteção de Dados. *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*. Brussels: EDPB, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/msnwh8sr>. Acesso em: 12 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comitê Europeu de Proteção de Dados. *Opinion 3/2018 EDPS, Opinion on online manipulation and personal data*. Brussels, 19 mar. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2tv8ezeh>. Acesso em: 6 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comitê Europeu de Proteção de Dados. *Opinion 5/2019, on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities*. Brussels: EDPB, 12 mar. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckusb9v>. Acesso em: 9 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. European Union Agency for Cybersecurity. *Online Tracking and User Protection Mechanisms*. Brussels: ENISA, 18 jan. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2j4zp4f7>. Acesso em: 9 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. European Union Agency for Cybersecurity. *Privacy considerations of online behavioural tracking*. Brussels: ENISA, 14 nov. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9anwa4>. Acesso em: 9 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Comissão Europeia. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council, on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)*. COM/2012/011 final - 2012/2011. Brussels: EU, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8z2jxh>. Acesso em: 20 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Impact of advertising on consumer behavior*. European Parliament resolution of 15 December 2010 on the impact of advertising on consumer behaviour (2010/2052(INI)). Brussels: European Parliament, 15 jun. 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2vwx3wz9>. Acesso em: 9 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Relatório A7-0402/2013*, sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral de proteção de dados. Bruxelas: Parlamento Europeu, 21 nov. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/2x9p58ss>. Acesso em: 12 jan. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Resolution 1843 (2011)*. The protection of privacy and personal data on the Internet and online media. Brussels: 7 out. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8z4umy>. Acesso em: 16 jan. 2022.

URBAN, Tobias; TATANG, Dennis; DEGELING, Martin; HOLZ, Thorsten. Measuring the Impact of the GDPR on Data Sharing in Ad Networks. *15th ACM Asia Conference on Computer and Communications Security*. Anais do ASIA CCS 2020, n. 235, p. 222–235. [s.l.], 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/yckja3s6>. Acesso em: 17 jan. 2022.

UTZ, Christine; DEGELING, Martin; FAHL, Sascha; SCHAUB, Florian; HOLZ, Thorsten. (Un)informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in the Field. *2019 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security*. Anais de Evento. London, 11-15 nov. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4zdt9vry>. Acesso em: 17 jan. 2022.

VAN DE WAERDT, Peter J. Information asymmetries: recognizing the limits of the GDPR on the data-driven market. *Computer Law & Security Review*, v. 38, [s.n.], 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2jbcwzr7>. Acesso em: 5 jan. 2022.

VAN DER HOF, Simone; PRIS, Corien. Personalisation and its influence on identities, behavior and social values. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008.

VASCONCELOS, Beto; PAULA, Felipe de. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados: origem, avanços e pontos críticos à luz das mudanças recentes. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. (coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VERBEEK, Peter-Paul. Ambient Intelligence and Persuasive Technology: The Blurring Boundaries Between Human and Technology. *Nanoethics*. [S.l.], v. 3, n. 3, p. 231-242, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/svacn5ap>. Acesso em: 18 jan. 2022.

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

VERMEULEN, Gert; LIEVENS, Eva. (eds). Data protection and privacy under pressure: transatlantic tensions, EU surveillance, and big data. Antwerp: Maklu, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8977zt>. Acesso em: 5 jan. 2022. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-12-18_wiewiorowski_data_protection_and_privacy_under_pressure_en.pdf

VESTERGAARD, T.; SCHRODER, K. *A linguagem da propaganda*. Tradução de João Alves

dos Santos. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VIVES, Marc Tarrés. *Normas técnicas y ordenamento jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 239-240. Disponível em: <https://tinyurl.com/5ehy2z49>. Acesso em: 7 jan. 2022.

WACHOWICZ, Marcos. *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do Direito Comparado*. Curitiba: Gedai, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8ca427>. Acesso em: 16 dez. 2021.

WACHTER, Sandra. Affinity profiling and discrimination by association in online behavioural advertising. *Berkeley Technology Law Journal*. Berkeley, v. 35, n. 2, p. 367-430, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/5b4atfsz>. Acesso em: 13 jan. 2022.

WARREN, Samuel; BRANDREIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890. Disponível em: <https://tinyurl.com/7ampa68t>. Acesso em: 11 jan. 2022.

WEBCHOICES: Digital Advertising Alliance's Consumer Choice Tool for Web US. DAA, [s.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/27n9atva>. Acesso em: 8 jan. 2022.

WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*. New York: Atheneum, 1967.

WILLIS, Lauren E. When Nudges Fail: Slippery Defaults. *University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 80, n. 3, p. 1155-1229, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/5ycmwx8t>. Acesso em: 20 jan. 2022.

WILLIS, Lauren E. Why Not Privacy by Default? *Berkeley Technology Law Journal*. [S.l.], v. 29, n. 1, p. 61-133, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdej5dt4>. Acesso em: 20 jan. 2022.

WIMMER, Miriam. Autoridades de proteção de dados pessoais no mundo: fundamentos e evolução na experiência comparada. In: PALHARES, Felipe (coord.). *Temas atuais de proteção de dados*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

WIMMER, Mirim. Os desafios do enforcement na LGPD: Fiscalização, aplicação de sanções administrativas e coordenação intergovernamental. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JR., Otavio Luiz (coords.). *Tratado de proteção de dados pessoais. E-book* (não paginado). Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/5mp27s26>. Acesso em: 16 jan. 2022.

WISNIEWSKI, Caio Henrique. *Violação de dados pessoais pode ser um desafio ao antitruste?* Artigo vencedor do 39º Programa de Intercâmbio do CADE (PinCADE). Brasília, 13 mar. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8w7kkf>. Acesso em: 30 set. 2021.

WOJCICKI, Susan. Making ads more interesting. *Google Official Blog*. [S.l.], 11 mar. 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/4dk65mrd>. Acesso em: 21 dez. 2021.

WORK with us. Data Propria career posting for a behavioural scientist. *Dataproprria*, [s.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/m2w493t4>. Acesso em: 6 jan. 2022.

WORLD BANK. *Energy Sector Management Assistance Program (ESMAP)*. The energy

Progress Report. World Bank, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/amm7m9rr>. Acesso em: 20 dez. 2021; DESPITE Covid-19 connectivity boost, worlds poorest left far behind. UN News: Global perspective Human stories. New York: United Nations, dez. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/3tf3heaa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Risks Report 2021*. Davos: WEF, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrc3ap4n>. Acesso em: 6 jan. 2022. p. 30.

WRIGHT, A. De Filippi, P. Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographia, mimeo. Disponível em: <https://tinyurl.com/u38yv5rz>. Acesso em: 7 jan. 2022.

WU, Tim. Blind Spot: The Attention Economy and the Law. *Antitrust Law Journal*. Columbia Law School, v. 82, p. 771-806, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrx7nydf>. Acesso em: 6 jan. 2022.

WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Knopf, 2016.

YAHOO personalized search. In: Marissa Louie. [S.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/4zf5bcy5>. Acesso em: 5 jan. 2022.

YANNOPOULOS, Angelos; ANDRONIKOU, Vassiliki; VARGARIGOU, Theodora. Behavioural biometric profiling and ambiente intelligence. In: HILDEBRANDT, Mireille; GUTWIRTH, Serge (eds.). *Profiling the European Citizen: cross-disciplinary perspectives*. p. 89-106. [S.l.]: Springer, 2008.

YOUR Online Choices: a guide to online behavioural advertising. In: *Your Online Choices*, [s.l., s.d.]. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p8sew6t>. Acesso em: 9 jan. 2022.

ZAKIR, Jasmine; SEYMOUR, Tom; BERG, Kristi. Big Data Analytics. *Issues in Information Systems*, v. 16, n. 2, p. 81-90, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/yfe36nbv>. Acesso em: 3 jan. 2022.

ZANATTA, Rafael A. F. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Mimeo. In: ResearchGate, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p9b7ssn>. Acesso em: 11 jan. 2022.

ZANELATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 45, p. 172-191, jan./mar. 2003.

ZARSKY, Tal Z. The Data mining balancing Act. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; DE HERT, Paul; POULLET, Yves. (eds.). *European Data Protection: in good health?* Londres: Springer, 2012.

ZARSKY, Tal Z. Understanding Discrimination in the Scored Society. *Washington Law Review*, v. 89, n. 4, 2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrvyk643>. Acesso em: 7 jan. 2022.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George Schesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.