

HIPERVULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES NA ERA DO MARKETING 4.0 | *CONSUMER'S HYPER VULNEBILITY IN THE AGE OF MARKETING 4.0*JULIANA EVANGELISTA DE ALMEIDA
ANA LAURA MARQUES GERVASIO
LUCAS BATISTA AMÉRICO

RESUMO | O presente artigo busca analisar a hipervulnerabilidade do consumidor no contexto do marketing 4.0. Para tanto, questiona-se qual é a eficácia das legislações acerca da autodeterminação do consumidor titular de dados diante das novas formas de captação e destinação dos dados e do marketing 4.0. Orientada por uma metodologia de pesquisa jurídico social, interdisciplinar, a partir de um raciocínio dedutivo, tem como marco teórico hipervulnerabilidade dos titulares de dados consumidores na era do marketing 4.0, utilizando a Lei Geral de Proteção de Dado, as novas tecnologias de captação de dados e o trabalho de Bioni (2020) "Proteção de dados pessoais a função e os limites do consentimento". A partir dessa análise, pretende-se identificar as falhas na composição da autodeterminação informativa, questionando a operacionalidade das legislações, a contratualização dos termos de uso aplicados por corporações, e os mecanismos que levam o cidadão a ceder ou reivindicar sua autodeterminação.

PALAVRAS-CHAVE |Autodeterminação.
Hipervulnerabilidade. Titular de Dados. Consumidor. Marketing 4.0.

ABSTRACT | *The presente article aims to analyse the consumer's HyperVulneability in the Age of Maketing 4.0. Towards that end the effectiveness of the legislation is questioned, concerning the self-determination of the user facing the new forms of data treatment and the Marketing 4.0. Guided by a methodology of research of legal social, interdisciplinar and based on a deductive logical, this research has its theoretical framework the data owner's hypervulnerability, the consumers in the marking 4.0 Age, using the Lei Geral de Proteção de Dados – LGDP, the text "Proteção de dados pessoais: a função e os limites do conhecimento" by Bioni (2020). From this analysis, the author intends to identify the flaws in the composition of the informativa self-determination, questioning its legislation operationality, the contratualization of the terms of use applied by corporations, and the mechanisms that leads the Citizen to give away or claim his self-determination.*

KEYWORDS | *Self-determination. Hyper vulnerability. Data subject. Consumer. Marketing 4.0.*

1. INTRODUÇÃO

O artigo tem como propósito analisar a hipervulnerabilidade dos consumidores diante das mudanças e avanços tecnológicos da sociedade no período pós-industrial, em que os dados oriundos da computação da rede mundial de computadores se tornam valiosos e matéria prima para o desenvolvimento dos mercados de consumo, vindo a ser uma forma de controle do consumidor a liquidez do consumo no mundo digital.

E frente a essa integração cibernética com todo restante do mundo comercial resultou em consequências na vida dos consumidores, que apenas recentemente ganharam proteção especial no ordenamento Brasileiro, em 1990 com o Código de Defesa do Consumidor brasileiro e posteriormente e indiretamente em 2018 com Lei Geral de Proteção de Dados. Deste modo, os consumidores enfrentam desafios constantes com adventos de novos mecanismos da relação entre consumidores e mercados que buscam por meio de seus dados o lucro.

Assim, concomitantemente com o uso da internet cada vez mais democrático, essencial para a prática de uma vida civil e econômica plena, tem se tornado cada vez mais comum empresas utilizarem base de dados de clientes e de terceiros para funções de marketing e negócio. Neste contexto, por vezes os dados são armazenados e obtidos sem o conhecimento e/ou consentimento do usuário, revela-se, portanto, importante discutir os limites e implicações da privacidade no meio cibernético. Nesse contexto, considera-se que o usuário de dados como hipervulnerável – um estado de vulnerabilidade agravada, que carece de tutela por meio de mecanismos de controle, uma vez que a iniciativa privada é justamente quem se beneficia pelo mesmo.

Desta feita, a pesquisa busca frente às discussões de segurança de dados compreender como o usuário consumidor cede seus dados, se há consentimento, autonomia e consciência do destino e uso e de como o consumidor no meio diversas ferramentas de captação e tratamento de dados

consegue exercer a sua autodeterminação informativa diante ao mercado que tem como base os dados como produto.

Assim, entende-se autoderminação como a segurança do titular de dados, em que o sujeito adquire uma postura ativa no exercício do poder dos dados pessoais que o pertencem, exercendo poder de escolha e de barganha contra corporações. Sendo fundamental para o exercício da autonomia e com o intuito do exercício do direito, recentemente positiva do ordenamento infraconstitucional e constitucional, para protestar pelo não tratamento indevido sem prejuízo do uso dos serviços.

Deste modo, no presente trabalho a questão a ser abordada se dará no estudo e análise da conjuntura do surgimento da possível perda de autodeterminação informacional pelos consumidores e dos dispositivos normativos existentes, se utilizando como marco teórico a autodeterminação do titular de dados, discorrida por Bruno Ricardo Bioni em sua obra “Proteção de dados pessoais a função e os limites do consentimento” do ano de 2020.

Para tanto, a realização desse estudo, buscará interdisciplinaridade de pesquisa teórica, com cunho qualitativo, do tipo análise de conteúdo, possibilitando uma compreensão do contexto hodierno envolvido no tema, a partir de uma abordagem dedutiva e jurídica descritiva que permitirá responder à pergunta: Qual é a eficácia das legislações de proteção de dados acerca da autodeterminação do titular de dados, diante da sua hipervulnerabilidade proveniente das novas formas de captação e destinação dos dados? O consumidor encontra-se hipervulnerável no contexto do marketing 4.0?

Para buscar responder a estas e outras reflexões, o trabalho se apresenta em 4 capítulos, sendo o primeiro objetivando a conceituar e entender quem é o sujeito consumidor ao longo da história e de como está intrinsecamente ligada a interação e comunicação humana, chegando até o patamar atual, de invenção e popularização da internet como principal e maior meio de consumo, trazendo também conjuntamente a evolução legislativa que trata de dados no Brasil e no mundo.

Após, no segundo capítulo, já entendido a relação inseparável do consumidor, internet, comunicação e as legislações, o texto adentrará a parte histórica do marketing, do surgimento na revolução industrial britânica até o marketing 4.0, onde os dados deixam de se tornar suplementares a venda, se tornando por vezes o próprio produto. Ademais, dentro deste mesmo capítulo, buscará em interseções demonstrar como o detentor de dados consumidor vem perdendo sua autodeterminação informativa, demonstrando junto com a tentativa de entender de como o mercado funciona da doutrina os efeitos do crescimento exponencial da internet e dos dados como meio coercitivo e de confusão dentre os consumidores. Tendo também, dentro do mesmo capítulo a análise das legislações vigentes tentando buscar compreender as aplicações nas questões levantadas a respeito da hipervulnerabilidade.

O terceiro, busca-se analisar a aplicação de legislações ao mercado e sua intensa volatilidade e insegurança que as novas tecnologias podem trazer aos consumidores.

Por fim, busca-se uma compreensão e conclusão do contexto histórico, jurídico e social dos assuntos discorridos no texto

Deste modo, no decorrer do texto, busca-se no trabalho, Bioni (2020) identificar falhas na autodeterminação do detentor de dados, a operacionalidade das legislações, questiona-se os termos de uso que grandes empresas que atuam neste mercado utilizam, que transforma o usuário em mercadoria e aponta a necessidade de pensar em novos mecanismos de controle de dados.

Assim, é necessário compreender a tutela da privacidade e do direito à personalidade na esfera online, e da extensão dos direitos aos mesmos. Sendo que, diante de tal análise, será possível identificar a extensão, aplicabilidade e possíveis ociosidades da nova LGPD e de outras normativas regulatórias que existem, perante a tão líquida tecnologia de captação e tratamento de dados que são aplicados atualmente.

O consentimento livre será confrontado com a real autodeterminação de conhecimento e escolha dos usuários frente a contratualização, e o pacta

sunt servanda das políticas de privacidade e dos termos de uso. A escolha de tal análise, se dá pela necessidade do estudo, a compreensão e interpretação de possíveis limites e alcances dessa relação no direito privado.

Na totalidade do trabalho, busca-se expor problemas inerentes ao tratamento de dados e a evolução da tecnologia e do mercado consumerista, demonstrando a importância das novas legislações e da autodeterminação informativa dentre os consumidores, tentando entender se diante de tantas hipóteses, encontra-se o consumidor detentor de dados hipervulnerável.

2. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO TITULAR DE DADOS: HISTÓRICO

Com a expansão da população mundial e, conseqüentemente, a globalização comercial e tecnológica, houve a criação e popularização das tecnologias da informação e comunicação. Isso se deu entre a segunda metade do século XX para o século XXI, que se caracterizam principalmente pelo alto fluxo informacional.

A sociedade está cada vez mais relacionada e dependente da internet. Seu uso se tornou indissociável a à indústria e do consumo, seja em vínculos de compra e venda, quanto nas de troca de informações por meio de captação de dados.

Assim, diante da rápida inserção quase de toda a população a este mundo conectado, muita desinformação e vulnerabilidade tecno-jurídica são características do consumidor nessa sociedade.

Neste novo recorte, muitas empresas aproveitam para captar todos os dados e instaurar um sistema de vigilância digital, trazendo “relações de caráter contratual e consumerista na mesma proporção que o fenômeno Internet alcança milhões de usuários [...] na chamada Sociedade Informacional, surge concomitantemente o chamado cidadão consumidor, haja vista o poder de realizar todo o tipo de operações” (WACHOWICZ e REUSING, 2020, p.599).

Assim, para entender os contornos desta disciplina jurídica, é necessário adentrar, ainda que em síntese, o panorama histórico da proteção de dados pessoais no mundo, e posteriormente, no direito do consumidor e do titular de dados no Brasil.

Como grande centro econômico e científico do mundo, diversas discussões sobre o tema remontam aos Estados Unidos da América, como a com a “Nation Data Center”, que na década de 1960 gerou diversas discussões. No congresso norte americano debateu-se sobre as possíveis consequências dessa implementação de um sistema de processamento computadorizado de dados da população. Entendeu-se que o sistema poderia trazer um intensa vigilância e riscos para a privacidade e liberdade dos americanos, visto que na época não havia medidas regulatórias capazes de proporcionar as salvaguardas devidas.

Com o início dos debates, o assunto reverberou no que muitos entendem como o cerne das legislações sobre proteção de dados pessoais, que iniciou do direito alemão com a Lei de proteção de dados do Land Alemão de Hesse, em 1970, onde, pela primeira vez, cláusulas de confidencialidade alcançaram o patamar de lei.

A mencionada lei de proteção de dados do Estado alemão de Hesse, de 1970, pode ser considerada a legislação pioneira nessa matéria, justamente por ter operado uma mudança de perspectiva que trouxe consigo o desenvolvimento de um modelo normativo autônomo, o da proteção de dados pessoais. Tal mudança, como costuma ocorrer, foi demanda de seu próprio tempo e evidencia-se em detalhes que vão desde a sua nomenclatura – utilizou-se pela primeira vez o termo “proteção de dados” (Datenschutz), em vez de optar por fórmulas já estabelecidas na legislação alemã como o da Datensicherung ou Datensicherheit, ambas referentes à segurança da informação – até a verificação de que havia uma nova perspectiva concreta no direito à proteção de dados que ia além da segurança da informação da privacidade ou do sigilo (BIONI, 2020, p. 26).

Nessa época, começava-se a limitar e regulamentar o tratamento automatizado dos dados pessoais, tão quanto a discussão ocorrida nos Estados Unidos. O que se discutia de maneira basilar era apenas a regulamentação do tratamento automatizado dos dados pessoais, sendo que o

consentimento, anonimização e outros conceitos ainda não faziam parte de preocupação maior.

Com o marco da lei alemã ocorreu diversas discussões na Europa sobre o tema, até que, com a criação da União Europeia foi adotada a Diretiva 95/46/ CE¹, que regia sobre o tratamento de dados pessoais no território europeu e que foi a precursora do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR). Com a criação da GDPR criou-se uma grande onda de regulação sobre o tema no mundo, com influências no Japão e na Califórnia, para adequar os seus serviços a regulação do mercado. Essa lei foi pioneira no sentido de reivindicar o como os dados pessoais estão sendo tratados e de que forma o tratamento de dados afeta interesses europeus e de sua população (BIONI et al, 2020, p. 118).

Apesar de ainda na América como um todo, não haver proteção do titular de dados entre países, como ocorre na Europa, é importante ressaltar que houve tratativas e conversas conforme se constata na declaração de Santa Cruz de Lá Sierra², realizada em 2003, mais especificamente em seu artigo 45, que foi importante para fomentar o debate no estado brasileiro e iniciar uma conversa para se tutelar este direito. Ainda diversos países da América Latina foram pioneiros na promulgação de leis de proteção de dados, dentre eles, Chile³, Argentina⁴ e Uruguai⁵ que já tem suas leis desde o final dos anos 1990 e início dos anos 2000.

Já no Brasil, a construção de um direito à proteção da privacidade e do consumidor titular de dados é crescente desde a constituição de 1988 com a previsão de um direito à personalidade e sua menção específica no código civil de 2002. Criando desde então, uma base jurisprudencial, doutrinária e legislativa, "[...] intrinsecamente enquadrada na seara da defesa do consumidor, protegida tanto pela legislação especial, quanto pela imposição que a eleva à categoria de garantia constitucional, com a finalidade de

1 Espionagem então mencionada pelo governo americano a então, presidenta Dilma, mais informações em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/07/lista-revela-29-integrantes-do-governo-dilma-espionados-pelos-eua.html>.

2 Disponível em: <https://www.segib.org/wp-content/uploads/DECLARASAO-STA-CRUZ-SIERRA.pdf>.

3 Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=141599>.

4 Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/arg_ley25326.pdf.

5 Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18331-2008>.

constituir a ordem econômica do Estado brasileiro” (LEHFELD et al. 2021. p.243).

Assim, o que se observa é que a legislação de proteção de dados no Brasil, se deu de forma progressiva com a constituição de 88. Desde o habeas data, passando pelo Código Civil de 2002, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Cadastro positivo, a Lei de Acesso à Informação, o Marco Civil da Internet, passando pelos acordos com os quais o Brasil foi signatário, como na Declaração de Santo Cruz de Lá Sierra, até finalmente a chegar na proposição do projeto de Lei Geral de Proteção de Dados (Lei da LGPD) e suas longas discussões até que fosse promulgada, em 2018, vindo a entrar em vigor apenas no ano de 2021.

Em termos jurisprudenciais práticos, o Código de Defesa do Consumidor traz diversas discussões acerca da sua abrangência e proteção ao detentor de dados no âmbito consumeristas. O que buscou-se tutelar foi o desequilíbrio e a vulnerabilidade que há entre o setor privado, seja ele sites, ou buscare e provedores e o consumidor. Já neste momento, buscando entender as diversas formas de mecanismos de captação e tratamento de dados para fins comerciais. A inovação está percebida em seu artigo 43 que dispôs sobre a regulação de banco de dados e cadastros de consumidores, em que pese, muito ter pavimentado este direito.

O Marco Civil da Internet (MCI), que vem no contexto político de invasões a privacidade políticos, procurou, de forma principiológica, assegurar os direitos e garantias a isonomia do cidadão no ambiente eletrônico.

Inovações trazidas pelo MCI para o âmbito do consumidor e do detentor de dados na rede vem da possibilidade de controle pelos próprios usuários, que podem requerer a exclusão definitiva dos seus dados pessoais que tenham sido fornecidos a qualquer pessoa na internet, não sendo necessário uso indevido ou lesão ao usuário, denotando autodeterminação informacional ao usuário. Medida esta, que posteriormente foi incorporada pela LGPD em seu artigo 7º, que traz dez bases legais para o tratamento de dados pessoais.

No dado momento histórico em que estamos, é importante observar os avanços que obtivemos obtidos no mundo e no Brasil sobre o tema, resultando na nossa lei geral de proteção de dados em 2018, que garante todos os consumidores na esfera online de uma maneira inovadora e necessária.

Com a LGPD buscou-se sistematizar os conflitos da proteção de dados, com elementos, conceitos e normativas que inovam e causam impacto no *compliance*⁶ e no tratamento de dados que empresas e órgãos darão aos detentores de dados, conseqüentemente, resguardando os consumidores.

A legitimidade para o tratamento de dados pessoais passou a discutir os modelos de consentimento opt in, em que o detentor de dados tem postura ativa, tem consciência sobre valor de seus dados e do seu consentimento expresso e opt out em que o detentor de dados, diante de sua postura hipervulnerável, conforme aludido por Bruno Bioni (2020), acaba tendo seu consentimento entendido como tacitamente, não tendo entendimento do valor e de onde seus dados estão sendo usados e comercializados.

Deste modo, o presente artigo nos capítulos seguintes buscará discutir de que forma esta evolução história e estes diversos avanços concretos no ordenamento brasileiro conseguem abarcar estes novos mecanismos que atuam na captação e tratamento de dados na internet, frente ao Capitalismo e do marketing 4.0 para proteger o consumidor hipervulnerável.

3. MARKETING 4.0

O marketing, originário nos anos 60 e 70 com a revolução industrial iniciada na Inglaterra, é um dos pilares para o mundo empresarial. Representa a vinculação entre a empresa e o seu público, é responsável pela conquista e fidelização dos clientes para estabelecer marca e obter lucro.

Para compreender a proteção do consumidor titular de dados é indissociável perpassar pelo marketing 4.0, que é a forma pela qual mercado atrai, vende e captura os consumidores e seus dados.

⁶ O verbo *compliance* significa em inglês “to comply” que significa cumprir, obedecer, estar de acordo. No meio empresarial o uso da palavra tem relação com a conduta da empresa e sua adequação às normas dos órgãos de regulamentação, ética com clientes e com parceiros privados.

Ainda que de maneira básica e primitiva, no início dos anos 60 o marketing 1.0 já se mostrava como parte indissociável do negócio e seu foco estava em demonstrar o produto de maneira tangível, já que não havia muitas opções no mercado e era necessário abranger a maior parte do mercado possível (LIMA, et al., 2020, p. 141).

Já em meados dos anos 70, em decorrência dos diversos avanços comunicacionais, incluindo a internet, surge o marketing 2.0. Situação em que o consumidor já detinha diversos meios de comunicação e informação e as empresas se preocupavam mais na satisfação e diferenciação dos seus produtos. (SANTOS, 2014)

Com a crescente popularização da internet entre a população com renda menor, surgiu na Ásia, em 2005, o marketing 3.0. Que enxergou nestas pessoas uma grande capacidade aquisitiva se considerada conjunta. Os produtos detinham mais apelo para o espírito humano e de resolução de problemas que estas pessoas vivenciavam através do consumo, criando uma expectativa de consumo e utilização para escapar de sua realidade. (LIMA, et al. 2020).

Com a modernidade, a expansão universal da internet, a criação das redes sociais e ferramentas de captação de dados, o marketing 4.0 se tornou o protagonista do mundo empresarial (LIMA, et al., 2020, p. 143).

O maior objetivo do marketing 4.0 é conduzir os consumidores para uma alienação a marca, passando a, além de comprá-la, acompanhá-la em todos os passos, compartilhá-la com seu círculo e até defendê-la quando necessário, estabelecendo em um lugar na mente do consumidor (LICHTENHELD, et al., 2018, p. 5)

Para tanto, se utiliza da ultra conectividade vivenciada na modernidade, na qual, todos os consumidores descarregam imensas quantidades de dados sobre si mesmos, enchendo através das ferramentas de Big Data as grandes empresas de poder de persuasão e controle.

O uso do marketing 4.0 ainda pode se estender a pós navegação, para que o mesmo sempre tenha sensação de que teve a melhor experiência, com o

menor custo, para que por meio de sua voz no mundo digital, ecoe e prospere o produto.

Com isso, as receitas publicitárias consolidaram um novo modelo de negócio – *zero-price advertisement business model*. O consumidor não paga diretamente por um bem de consumo mediante uma prestação pecuniária (zero-price). A contraprestação consiste no fornecimento de seus dados pessoais para a entrega de publicidade direcionada (advertisement business model), fechando a equação econômica dos serviços e produtos “gratuitos” (BIONI, 2020, pg 65).

O presente estudo tenta discutir quando a aplicação do marketing 4.0 pode-se considerar legítima, e quando a hipervulnerabilidade do consumidor é usada como alavanca para o lucro. Visto que, ao se ter:

[...] o tratamento de dados pessoais realizado no âmbito da relação de consumo, é fundamental se considerar a vulnerabilidade do consumidor nesse processo. Isso porque os dados pessoais, assim como as demais informações extraídas a partir deles, constituem-se em uma representação virtual da pessoa perante a sociedade, ampliando ou reduzindo as suas oportunidades no mercado, conforme a sua utilização (MENDES, 2014, p. 198).

Assim sendo, as empresas buscam no marketing 4.0 a inclusão dos consumidores *online* ou *offline* a seus produtos, tentando atingir a imersão do consumidor com todos os seus dados pessoais, que passam a se tornar centrais na base de sustentação destas empresas. A coleta e o tratamento massivo dos dados daqueles que passaram de alguma forma pelo produto permite identificar e precisar o perfil do consumidor, direcionando-o para tomada de decisões estratégicas que convém a aquele que detém os dados.

3.1. A manipulação de dados em massa no contexto do marketing 4.0 e a perda da autodeterminação informativa do titular de dados

Atualmente, o detentor de dados é constantemente impelido a fazer escolhas na internet, no panorama da contratualização e o *pacta sunt servanda* das políticas de privacidade e dos termos de uso. Assim, para entender em que

posição está o detentor de dados dentro da cadeia do mundo globalizado do marketing 4.0 é necessário compreender a tutela da privacidade e do direito a personalidade na esfera online.

Bioni (2020) explica que, sendo a maioria dos conteúdos disponibilizados na internet gratuitos e, portanto, distante do padrão de consumo normal onde é exigida uma contraprestação pelo produto ou serviço adquirido, dentro do ciberespaço as empresas têm se aproveitado para tratar o usuário como produto e seus dados como a contraprestação imposta.

Materializada na aceitação dos termos e condições, os dados passam a ser considerados como matéria prima para a segmentação e personalização dos anúncios de publicidade a fim de influenciar hábitos de consumo de acordo com os interesses dos agentes econômicos que utilizam o banco de dados. As implicações desta hipervulnerabilidade geram uma vigilância imperativa nos detentores de dados e criam sua personalidade online, tornando-o assim, um produto a ser comercializado.

Nessa circunstância, a autodeterminação representa não só uma segurança para o titular de dados, como também contribui para que o sujeito adquira uma postura ativa no exercício do poder dos dados pessoais que o pertencem (SILVA E VIEIRA, 2020).

Um dos grandes agentes que ameaçam a autodeterminação e deixam nebulosa a tomada de decisão dos detentores de dados é a grande disseminação do uso de ferramentas de Big Data. Um exemplo é a indicação de amigos novos amigos nas redes sociais do grupo meta, que por vezes advinha quem é seu círculo de amizade e as sugestões de compras nas propagandas nas laterais das páginas ou das pesquisas do Google. Tudo isto, baseando-se nos dados obtidos a partir da sua navegação, dos já fornecidos por empresas do mesmo grupo ou voluntariamente pelos usuários.

Devido ao seu processo de automatização, uma mesma base de dados tende a acumular, ao mesmo tempo, características de um banco de dados e de um cadastro de consumo, podendo por vezes, haver o tratamento destes dados. Este tipo de cruzamento pode gerar falta de legitimidade tanto na

captação, quanto da perda da autodeterminação do consumidor detentor de dados.

Ainda, com o avanço da tecnologia, as grandes corporações foram capazes de criar perfis intrusivos e precisos dos seus titulares de dados, a ponto de interferir no seu estado emocional para tornar efetiva alguma mensagem publicitária, por exemplo. Como consequência, torna-se possível personalizar as estratégias de persuasão de acordo com o padrão de consumo de cada indivíduo a fim de medir e otimizar as possibilidades de compras e vendas por meio do aplicativo, em especial, mediante a utilização da publicidade comportamental online (BIONI, 2020, pp. 16 e 17).

Dentre as estratégias destaca-se, nesse contexto, a denominada publicidade comportamental online, assim caracterizada como a coleta dos registros de navegação dos consumidores de modo a resultar na construção de um “[...] retrato das suas preferências” (BIONI, 2020, p.16 e 17).

Há, dessa forma, uma sobreposição de redes de publicidade, cuja lógica é estruturar bases de dados mais volumosas que sejam capazes de cobrir todo o comportamento do potencial consumidor para uma promoção mais persistente e personalizada do bem de consumo. O resultado desejado é a predição comportamental desses indivíduos para refinar as campanhas publicitárias

Assim, questiona-se: como se deve dar a legitimidade desta captação tratamento de dados? Como a postura do detentor pode ser expressa ou tácita? Visto que isto impõe não só uma prerrogativa de controle sobre o fluxo de dados que lhe diz respeito, como também como o tratamento pode ocorrer de forma leal para não acarretar a efeitos discriminatório ou da própria falta de autodeterminação.

O modelo *optout* de consentimento, pressupõe que o consentimento do titular é tácito se este não se manifestar de forma contrária, isto é, ao adentrar em uma plataforma, site ou ferramenta de pesquisa, seus dados já estão sendo coletados e tratados, muitas vezes como contrapartida do uso do serviço ou com a prerrogativa do uso dos dados para melhor experiência ou

aprimoramento do produto. Utiliza-se o modelo *optout* fundada por vezes também em uma relação entre empresa e cliente já existente, a partir da qual o consumidor tenha fornecido voluntariamente os seus dados e, portanto, pode ter a expectativa de receber, eventualmente, ofertas publicitárias dessa empresa, por exemplo, a título do uso gratuito do site ou serviço.

O modelo *optin*, exige uma postura ativa do detentor de dados, declarando a sua vontade de realizar o tratamento de dados e ciente do destino e da possibilidade de exclusão, se assim desejar. Ainda que não completamente protegido, visto que ainda é necessário que se observe as demais bases legais para o tratamento de dados presentes no artigo 7º da LGPD, entende-se aqui que o modelo *optin*-confere validade ao consentimento e a legitimidade ao tratamento de dados.

Ainda, para os tratamentos de dados dentro do mercado privado que se utiliza do marketing 4.0 como meio e/ou fim do negócio é necessário cumprir, além do consentimento, o legítimo interesse, previstas também dentro do art. 7º da LGPD, para seja possível a comunicação e a barganha por parte do detentor de dados. Ademais, ainda existem outras possibilidades para o tratamento de dados dentro do rol taxativo artigo retromencionado, qual seja: cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, execução de contrato, exercício de direitos em processos, proteção da vida ou da incolumidade física, tutela da saúde, proteção ao crédito, execução de políticas públicas e órgãos de pesquisa.

Outrossim, segundo Bioni (2020), o poder de barganha é definido pelo livre-arbítrio, caracterizado pela tomada de uma escolha em meio a tantas outras que poderiam ser feitas por alguém. Assim, é preciso buscar a maior forma de se ter um esclarecimento do consentimento livre e com poder de escolha pelo usuário/consumidor. Partindo desse preceito, o titular de dados deveria ser informado com clareza tudo o que pode ser feito com seus dados, atribuindo a ele a escolha entre compartilhá-los ou não.

Visando propor soluções a esta lacunas dentro do exercício cotidiano do consumidor e do detentor de dados na internet as discussões jurídicas e legislativas amadureceram ao longo dos anos, com a promulgação e vigência

da LGPD inovações e regramentos vem para preencher estas lacunas e tentar acompanhar as rápidas inovações do mercado.

3.2. A aplicabilidade da LGPD diante das inovações dos métodos de captação de dados

Antes das legislações pioneiras de proteção de dados, as grandes empresas de tecnologia aproveitaram o vácuo legislativo e alienaram uma quantidade enorme de dados pessoais se utilizando do conceito de *trade off*⁷, o que causou o monopólio de algumas empresas com detém estas enormes quantidades de dados.

Por essa razão, a utilização maciça de dados pessoais coloca os titulares de dados sob um triplo risco: (i) a coleta em si dos dados, o que já seria preocupante; (ii) o uso dos dados para a construção de informações a seu respeito, que podem ser empregadas para os fins diversos, comerciais ou não; e (iii) a utilização dessas informações para manipular os próprios titulares, para diferentes propósitos, inclusive políticos (FRAZÃO, 2020. p 545).

Este cenário de crescente fluxo de informações e estratégias publicitárias sobre os indivíduos resultou na criação da Lei Geral De Proteção Geral de Dados (LGPD), especificamente para regulamentar o tratamento sobre dados pessoais e delimitar os direitos e deveres dos agentes envolvidos.

Para tanto, a nova legislação preserva, nos termos do seu art. 2º, inciso VI, a livre iniciativa e a livre concorrência, mas também confirma a defesa do consumidor como um componente da sua base jurídica, visto que possui como um de seus propósitos reafirmar a vulnerabilidade dos consumidores diante dos negócios mercantis e, portanto, busca garantir a segurança e transparência em sintonia com o que prevê o art. 4º e 6º do Código de Defesa do Consumidor - CDC - diante da utilização dos dados por empresas e terceiros associados com práticas abusivas.

7 "Trade Off" em inglês significa "troca". Na prática o trade off é o nome que se dá a uma decisão que consiste na escolha de uma opção em detrimento de outra. No mundo digital o trade off ocorre quando um dono de algum serviço online te oferece o produto de maneira "gratuita" em troca do seu consentimento para a captação, tratamento e venda dos dados, o que por vezes pode ser desconhecido pela maioria dos usuários destes serviços e entendido como um serviço gratuito.

A LGPD também reitera a preservação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como a privacidade, a intimidade e o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas, de acordo com art. 5º, inciso X da Constituição da República, ao propor a importância do esclarecimento e da comunicação por parte dos controladores sobre o tratamento e a finalidade das informações coletadas aos titulares.

Bioni (2020) elucida ao expor que, em termos de técnica legislativa, o consentimento deixou de ser base única no tratamento de dados, passando a ser parte de maneira horizontal junto com as demais normas art. 7º da LGPD. Estas inovações vêm para ocupar uma lacuna legislativa que por tempo foi prejudicial ao detentor de dados.

Nesse sentido, a análise de adequação dos instrumentos de obtenção de consentimento para coleta e uso de dados em relação à LGPD é de grande relevância, uma vez que os contratos existem para atenuar as incertezas em torno não apenas dos resultados imediatos como também mediatos da sua realização, assim como para proteger as partes de alguma forma de oportunismo (ZUBOFF:2015 apud WILLIAMSON:1985. pg 611).

Ainda, para reforçar a efetividade da LGPD, vem sendo instituído no Brasil a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal que busca primordialmente fiscalizar e editar resoluções para a aplicação da LGPD em casos concretos dentro do território nacional para garantir autonomia, efetividade e independência na regulação tanto o setor privado quando o setor público.

Além disso, outro passo importante foi a recente promulgação pelo congresso nacional da Emenda Constitucional 115/2022, conferindo a proteção dos dados pessoais o patamar de direito fundamental autônomo, passando ainda a ser apreciado pelo Superior Tribunal Federal.

Por fim, ainda há inovações do âmbito de proteção de dados advindo do próprio mercado privado. A empresa norte americana de tecnologia *Apple*, em 2021 disponibilizou no sistema operacional dos seus aparelhos o *App Tracking Transparency* (ATT). A medida faz o aparelho notificar o usuário sempre que

um aplicativo quiser rastrear seus dados pessoais em sites ou aplicativos de outras empresas, tanto para fins de publicidade, como de venda de suas informações, dando a escolha para o usuário querer ou não ceder seus dados. Ainda, a empresa removeu de sua loja os aplicativos que exigem como pré-requisito de seu funcionamento o que o rastreamento dos dados, tornando o modelo *optin* tangível e funcional em qualquer aplicativo ou site que passe pelo aparelho.

4. AS PERSPECTIVAS DO MERCADO

Ante exposto, muito se questiona até onde se pode chegar as possíveis problemáticas da padronização de consumo do usuário e o direcionamento de anúncios. Se a intervenção do estado como regulador e fiscalizador deste mercado pode acompanhar as mudanças ou dar-se como legítima, visto que, ao mesmo tempo que armazena e processa dados com outros fins, utiliza os mesmos meios que estes grandes conglomerados.

A indicação de proteção e valorização da autodeterminação de seus usuários sinalizada pela Apple ainda se encontra isolada no mercado mundial. Integrações do monopólio digital como as redes sociais do Grupo Meta, e o próprio projeto de um “metaverso”⁸ demonstram que capitalismo de vigilância busca cada vez mais, através do tratamento e detenção de dados, o controle do consumidor e de seu poder aquisitivo.

O uso gratuito de plataformas, sites e lojas dentro da internet estão ainda condicionadas obrigatoriamente à cessão de dados para tratamento. Segundo Bioni (2020), em um modelo de negócios tradicional, o consumidor irá pagar em troca uma quantia pecuniária. Ao passo que, nesse novo modelo de negócio, os usuários pagam cedendo seus dados pessoais em troca de publicidade direcionada. “Dessa forma, tal relação torna-se plurilateral, uma vez que ela envolve, necessariamente, os anunciantes de conteúdo publicitário,

8 O “metaverso” é um projeto do grupo meta, dono das empresas WhatsApp, Instagram e Facebook, o projeto ainda está em fase inicial, mas busca um mundo virtual com realidade aumentada que tentara replicar a realidade através de dispositivos digitais. Disponível em: <https://about.facebook.com/br/meta/>.

para haver retorno financeiro nesse modelo de negócio” (BIONI, 2020 pg. 22-23).

Ademais, a LGPD, visa dar um melhor tratamento aos dados pessoais no ciberespaço. A referida Lei busca garantir ao consumidor/usuário pleno direito de consentir ou não a coleta de seus dados com o fim de proteger os direitos fundamentais e constitucionais da privacidade na internet. De maneira prática a LGPD traz em seu artigo 2º os fundamentos que regem a privacidade no tratamento de dados, de dados. à privacidade e autodeterminação informativa, quais sejam; liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião; inviolabilidade da intimidade, da honra e imagem; desenvolvimento econômico e tecnológico; inovação, livre iniciativa, concorrência e defesa do consumidor; direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania.

Já no artigo 7º da referida lei, traz requisitos para que haja o tratamento de dados do consumidor/usuário, ainda que se possa haver críticas sobre subjetividades e generalidades principalmente no que tange ao legítimo interesse, ainda há de se entender como bases que vão servir para aperfeiçoamento privado das empresas e para futuras legislações sobre o tema, sobrevivendo em seu artigo 9º o direito de o detentor de dados exercer sua autodeterminação e reaver seus dados.

Ademais, regula e distingue as figuras do controlador e o operador, no artigo. 5º, VI, para que haja entendimento e interpretações sobre como, em casos concretos, se aplicar a responsabilidade civil ao operador de dados.

Destarte, com a promulgação da LGPD adveio-se diversas críticas sobre as suas penalidades, sua abordagem conceitual dos desdobramentos da coleta e tratamento de dados e a culpa subjetiva de quem realiza a coleta e o tratamento. Todavia, pouco tempo em vigor já alçou ao patamar de direito fundamental dentro da carta magna brasileira e em já demonstra uma perspectiva de maior autodeterminação e proteção do usuário e consumidor dentro do mercado global e nacional.

Não obstante, a já mencionada ANPD busca conseguir acompanhar as evoluções dos mercados, ainda que sendo missão árdua e incerta, mas cada vez mais os detentores de dados buscam sua autodeterminação e rejeitam o automatismo dos algoritmos, tornando não só as autoridades atentas a este direito, como também a indústria demonstra preocupações em se adaptar a este novo consumidor na era do marketing 4.0.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo vislumbrou propiciar, a partir do marco teórico da hipervulnerabilidade e autodeterminação de Bruno Bioni, estabelecer o contexto histórico-social e jurídico de proteção de dados e do marketing, buscando estabelecer em que situação jurídica encontra-se o consumidor nesta conjuntura.

Observou-se a evolução legislativa, até a chegada da LGPD, e de como foi importante este aparato legislativo para o reconhecimento da proteção de dados como um direito fundamental, sendo que, juntamente com outras legislações internacionais como a GRPD, influenciar também o mercado privado de maneira coercitiva ou espontânea, visto a reivindicação de autodeterminação informativa por parte dos usuários.

As possibilidades apresentadas pelas legislações e pelo mercado privado mostraram-se importantes frente a tentativa de acompanhar as novas tecnologias de captação de dados, e ainda que se possa suscitar por motivos burocráticos legislativos que LGPD possa-se tornar obsoleta, frente a volatilidade tecnológica, encontra-se a ANPD a se estruturar de maneira combativa e inovadora frente a estes novos desafios.

Assim, o questionamento sobre a possível hipervulnerabilidade dos consumidores frente ao marketing 4.0 ainda se encontra inconcluso. No trabalho de Bioni, demonstra que ainda que latente a hipervulnerabilidade dos detentores de dados, conclui-se que a análise da hipervulnerabilidade dos consumidores necessita de maior dilação de tempo para que haja

concretização de jurisprudência, pós emenda constitucional n° 115, a consolidação e aplicação da LGPD por meio da ANPD e de como o mercado poderá dar as respostas devidas, sejam elas espontâneas, em atendimento a seu público, ou coercitivas e /ou remediadoras.

REFERÊNCIAS

BIONI, B. R. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788530994105. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994105/>. Acesso em: 21 Mai. 2022

FRAZÃO, A. **Big Data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais**, 2020. In: BIONI, B. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 22 Mai. 2022. p.539 a p. 556.

LICHTENHELD *et al.* **A (hiper)vulnerabilidade do consumidor no ciberespaço e as perspectivas da LGPD**. Rev. Eletrônica Pesquiseduca. Santos, V.13, N. 29, p.236-255, jan.-abril2021. Disponível em: <https://periodicos.unisantos.br/pesquiseduca/article/view/1029>.

LICHTENHELD, A. F.; *et al.* **O Instagram Como Estratégia De Marketing Digital: Uma Pesquisa Ação Na Wood Lanches**. Artigo. Faculdade Brasileira Multivix. Colina de Laranjeiras, Serra – ES. 2018.

LIMA, R.L. *et al.* **Novas Estratégias Do Marketing4.0 Para As Organizações**. <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT>. Dez. 2020. Ed. 21; V. 1. Págs. 138-149.

MENDES, L. S. **Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica - Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**, 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502218987. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502218987/>. Acesso em: 18 Dez. 2021.

TAVARES, K.S. **A Responsabilidade dos Provedores na Utilização dos Dados Pessoais Para Fins De Marketing**, 2021. <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15233/1/Kalleney%20Tavares%2021601564.pdf>.

SANTOS, F. A. **Marketing na Era Digital: Análise da marca Chico Rei**. Faculdade de Comunicação Social da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Juiz de Fora. Fevereiro de 2014.

SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e, VIEIRA, Laísa Fernanda Alves. **A SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA DIGITAL: o controle da informação e o princípio da autodeterminação Informativa.** In: WACHOWICZ, Marcos. Proteção de Dados Pessoais em Perspectiva. LGPD e RGPD Na Ótica Do Direito Comparado. Editora GEDAI. Curitiba, 2020.p.186 a p. 208.

WACHOWICZ, Marcos e REUSING, Luciana. **Os Elementos De Conexão Nas Relações Jurídicas Consumeristas E Contratuais: Análise De Sua Aplicação Na LGPD E No RGPD.** In: WACHOWICZ, Marcos. Proteção de Dados Pessoais em Perspectiva. LGPD e RGPD Na Ótica Do Direito Comparado. Editora GEDAI. Curitiba, 2020.p.594 a p. 628.

ZUBOFF, Shoshana. **Governamentalidade e neoliberalismo – Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação,** 2015. In: BRUNO, F.; CARDOSO, B; KANASHIRO, M; GUILHON, L; MELGAÇO, L. Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem. Editora Boitempo, 2018. Edição kindle, posição 241-936. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&-from=it>.

SUBMETIDO | *SUBMITTED* | 13/04/2022

APROVADO | *APPROVED* | 21/07/2022

REVISÃO DE LÍNGUA | *LANGUAGE REVIEW* | Danielle de Jesus Cassita

SOBRE OS AUTORES | *ABOUT THE AUTHORS*

Juliana Evangelista de Almeida

Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito Civil pela PUC Minas. Bacharela em Direito pela PUC Minas. Professora da Universidade Federal de Ouro Preto. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa em Direito Digital e Proteção de Dados e do Núcleo de Assistência Jurídica e Laboratório Jurídico (NPJ/UFOP). E-mail: juliana.almeida@ufop.edu.br.

Ana Laura Marques Gervasio

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Pós-graduada em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharela em Direito pela UFOP. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Saberes Decoloniais. Mediadora e Conciliadora (EJEF/TJMG). Advogada. E-mail: ana.gervasio1@aluno.ufop.edu.br.

Lucas Batista Américo

Estudante do curso de Direito na Universidade Federal de Ouro Preto. E-mail: lucas.americo@aluno.ufop.edu.br.