

A ECONOMIA DOS DADOS E A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO SOB A ÓTICA DO ENVIO ABUSIVO DE E-MAIL MARKETING

DATA ECONOMY AND RELATIVIZATION OF THE RIGHTS TO PRIVACY AND DATA PROTECTION IN THE CONTEXT OF CONSUMER RELATIONS FROM THE VIEWPOINT OF EMAIL MARKETING ABUSE

Júlia Bossardi Premaor¹

Raphael Di Tommaso Lugarinho da Fonseca²

Resumo: Este artigo aborda a relativização dos direitos à privacidade e à proteção de dados no âmbito das relações de consumo no meio digital, especificamente no que concerne ao envio abusivo de *e-mail marketing* e ao ônus imposto ao consumidor de despendar seu tempo produtivo para fazer cessar as violações a seus direitos fundamentais. A partir de pesquisa bibliográfica, traça-se um panorama acerca da evolução das relações de consumo e do processamento de informações obtidas a partir do contato digital. Identifica-se, também, aspectos da teoria do desvio produtivo do consumidor condizentes com a necessidade da incidência da responsabilidade civil do fornecedor frente às violações ao direito à proteção de dados do consumidor no meio digital. Ao final, elencam-se alguns pontos essenciais da LGPD que deveriam ser considerados quando suscitadas violações relacionadas e de que forma estão sendo relativizados principalmente no âmbito do Poder Judiciário. Por fim, conclui-se que o envio abusivo de e-mails marketing para o consumidor, mesmo após sua recusa expressa, configura grave violação a seu direito à privacidade e proteção de dados, passível de indenização condizente tanto em seu caráter de reparação como de prevenção e punição.

Palavras-chave: E-mail marketing. Proteção de dados. Relação de consumo. Dano moral.

Abstract: This article is about the relativization of the rights to privacy and data protection in the context of consumer relations in digital environment, regarding the unbridled sending of marketing emails and the consumer's burden of spending their productive time to stop violations of their fundamental rights. Based on bibliographic research, an overview concerning the evolution of consumer relations and the processing of information obtained from digital contact is drawn. It also identifies aspects of the theory of consumer's productive deviation related to the civil liability of the supplier due to the violation of the right to data protection of the consumer in the digital environment. Then, some essential points of the Brazilian LGPD and how they should be addressed in case of related violations and how they are being relativized within the Judiciary are analyzed. Lastly, it comes to the conclusion that the incessant sending

¹ Advogada, OAB/RS 127.493, bacharela em Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha (FSG) Campus de Caxias do Sul/RS; Data Protection Officer (DPO) certificada pela Opice Blum Academy; membro da Comissão Especial de Proteção de Dados e Privacidade da OAB/RS; e-mail: juliabpremaor@yahoo.com.br.

² Advogado, OAB/RS 105.613, bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, especializado em Direito Digital, Direito para Startups e Proteção de Dados; membro da Comissão Especial de Proteção de Dados e Privacidade da OAB/RS; e-mail: raphael@fcr.com.br.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

of marketing emails to the consumer, even after their express refusal, constitutes a serious violation of their rights to privacy and data protection, subject to the corresponding compensation in terms of reparation, as well as prevention and punishment.

Keywords: Email marketing. Data protection. Consumer relation. Moral damage.

INTRODUÇÃO

A defesa do consumidor é constitucionalmente consagrada como dever fundamental do Estado e foi consolidada pelos direitos elencados na Lei nº 8.078 de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – CDC (BRASIL, 1990). Essa proteção também é um dos fundamentos elencados no art. 2º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (BRASIL, 2018), a fim de regulamentar os tratamentos realizados com os dados pessoais e sua proteção, direito recentemente reconhecido como fundamental com o advento da Emenda Constitucional nº 115 de 2022 (BRASIL, 2022). O CDC e a LGPD, vale destacar, ainda são objeto de muitas discussões, uma vez que não só interferem diretamente nas relações de consumo, mas também são um marco para o início de uma mudança cultural, razão pela qual estão intimamente ligados.

A capacidade de processamento em massa de informações e as novas formas de consumo na internet aumentaram exponencialmente o valor que as empresas atribuem aos dados de seus consumidores, sempre visando à maximização dos lucros³. Com isso, passou-se a coletar volumes extraordinários de dados pessoais de maneira indiscriminada, trazendo incômodos e prejuízos aos titulares dos dados. Com o advento de leis mais robustas de proteção de dados, novas demandas de consumidores estão surgindo, a fim de coibir abusos e reivindicar seus direitos, especialmente os assegurados no CDC, na LGPD e no Marco Civil da Internet – MCI (BRASIL, 2014).

Importante salientar que o desconhecimento técnico do consumidor no meio digital o coloca em posição de maior vulnerabilidade, na qual acaba perdendo o controle dos tratamentos realizados com seus próprios dados. Em razão disso, grandes fornecedores de representação nacional e internacional têm ignorado os direitos constitucionais garantidos, diante de sua alta capacidade informativa e da disponibilidade de recursos econômicos virtualmente infinitos para judicializar essas questões.

³ Em maio de 2017, a revista *The Economist* destacou em sua capa que o recurso mais valioso do mundo não é mais o petróleo, mas os dados (*The World's most valuable resource is no longer oil, but data*), recorrendo à conhecida frase do matemático Clive Humby (ARTHUR, 2013).

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Diante desse cenário, a possibilidade de violação de direitos do consumidor fica mais evidente e incidente. Além disso, está sendo transferida ao consumidor a responsabilidade de despender seu tempo produtivo para ver sanar tais violações, o que muitas vezes se demonstra improdutivo ou inócuo tanto judicial com extrajudicialmente. É o caso do envio desvirtuado de e-mails marketing para consumidores, muitas vezes sem prévio cadastramento ou relação contratual frente ao fornecedor que os importuna. O objetivo deste trabalho, portanto, é explorar o direito à proteção de dados aplicado às relações de consumo e suas possíveis violações no meio digital, especialmente no que concerne ao envio desenfreado, indesejado e não autorizado de publicidade digital (*e-mail marketing*).

1 ECONOMIA DOS DADOS E O DIREITO DO CONSUMIDOR

a) A economia dos dados

A terceira revolução industrial é marcada pela “informatização e a globalização da economia” (DESSAUNE, 2017, p. 49). Conhecida também como Revolução Digital, sua maior característica está calcada na propagação e acessibilidade a dispositivos eletrônicos conectados à internet com aumento da capacidade de processamento das informações e, conseqüentemente, pela transformação digital das empresas.

Não por acaso a evolução está sendo direcionada a um panorama de desenvolvimento de novos cenários em que termos como metaverso, inteligência artificial e *machine learning* passam a ser cada vez mais discutidos, todos com alto poder comercial e com seu cerne voltado ao tratamento de dados. Em meio a esse contexto, identifica-se uma tendência das novas relações de consumo na qual o consumidor cede parte da sua privacidade e seus dados pessoais em troca de uma contraprestação mais personalizada e ágil, o que pode mascarar uma possível violação a seus direitos fundamentais.

A conexão digital possibilitou a quebra das fronteiras físicas que não mais são limitadoras da abrangência do mercado de consumo, o que, por outro lado, também impulsionou o aumento da concorrência. Isso intensificou o movimento das grandes corporações que se organizaram “em redes transnacionais, alocando etapas do seu ciclo produtivo e buscando novos mercados de consumidores em diversas partes do planeta” (DESSAUNE, 2017, p. 49).

Para se diferenciar no mercado, os fornecedores passaram a utilizar práticas de captação massiva de dados na internet em razão do seu baixo custo e amplo alcance com alto grau de

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

precisão e minúcia a partir de seu processamento para aumentar a potencialização da conversão em lucro (DONEDA, 2011). Por isso, essas informações adquiriram valor expressivo no decorrer dos anos, por ter alto impacto comercial transformando os bancos de dados em um grande mercado de negócios (SOUZA, 2018).

Nessa busca incessante por dados dos consumidores, os fornecedores estão se prevalecendo de ferramentas tecnológicas como *cookies*, e-mail marketing e anúncios digitais de forma não estruturada e inconsequente. Assim, essas particularidades das relações de consumo na internet passaram a colocar o consumidor em posição de maior vulnerabilidade, pois não só aumentam as chances de induzir o consumidor a negócios fraudulentos ou propagandas enganosas (KÖHLER; PREMAOR, 2021), mas também impactam diretamente nos seus direitos à personalidade, neles incluídos a proteção de dados, a privacidade e a autodeterminação informativa.

b) As novas relações de consumo e a aplicação do Direito

No ano de 2020, a disseminação do Coronavírus desencadeou uma onda de contratação pelos meios digitais que, desde então, tem acelerado a transformação do mercado. Com estímulo ao isolamento social, a pandemia forçou uma revolução de padrões de consumo e, então, só confirmou um cenário que já vinha se desenhando (KÖHLER; PREMAOR, 2021). Hoje, a ausência de contato físico e pessoal passou a ser vista, em muitos casos, como uma vantagem competitiva, não mais como um empecilho. O que se observa a partir disso é que pode haver uma tendência das novas gerações a migrar cada vez mais para o ambiente digital, em virtude do menor esforço requerido, da maior imersão oferecida pelo advento de novas tecnologias e da praticidade que esse meio oferece.

Se por um lado essa transformação vem trazendo mais comodidade e rapidez para o consumidor alcançar o produto ou serviço almejado, por outro também o deixou mais exposto digitalmente. A internet, portanto, além de ser uma facilitadora nas relações de consumo, também passou a ser uma ótima catalisadora de dados (KÖHLER; PREMAOR, 2021). Assim, na era da digitalização das relações, “o consumidor não é mais visto como somente um destinatário de informações, mas também como a própria fonte delas, determinando, inclusive, a forma como ele poderá ser abordado e tratado futuramente” (SOUZA, 2018, p. 9).

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

É evidente, portanto, que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) deve ser estendida ao meio digital, na medida em que as relações ali são, de certa forma, uma extensão da realidade. O certo é que, tanto no físico como no digital, o consumidor estará sempre em posição de vulnerabilidade frente ao fornecedor e, no meio digital, ainda mais, em razão da massiva quantidade de anúncios, e-mails marketing e outras ferramentas tecnológicas que poluem a sua navegação na internet não só induzindo a comprar determinado produto ou serviço, mas também onerando o consumidor a reverter o acesso aos dados fornecidos, bem como a solucionar controvérsias consumeristas em razão dessas violações.

Além disso, por mais que não haja a efetivação da compra, a navegação do usuário está sendo sempre vigiada e a coleta dos dados pode ocorrer de diversas formas, inclusive em momento anterior à contratação, como no preenchimento de cadastros e formulários, por exemplo. Por isso, o meio digital é muito mais do que uma extensão das relações de consumo, uma vez que a exposição dos dados de seus usuários é muito maior do que presencialmente e que há uma evidente vulnerabilidade técnica. Destarte, essas relações atraem não só o CDC, mas também a LGPD e o MCI, sempre norteados pelos dispositivos constitucionais, destacadamente os direitos e deveres fundamentais.

Uma vez identificada a violação a seus direitos, o consumidor é obrigado a despende tempo e recursos financeiros para ver seu direito resguardado tanto judicial quanto extrajudicialmente. No caso do recebimento em massa de e-mails de publicidade, é notório que, em sua maioria, os meios fornecidos para descadastramento são inúteis e que a central de atendimento acaba sendo inefetiva, seja em razão da falta de controle que as empresas têm sobre seu próprio banco de dados e das ferramentas tecnológicas atreladas, seja por má-fé, ignorando a demanda do consumidor propositalmente.

Por mais que seja clara a violação aos direitos fundamentais do consumidor, as repercussões jurídicas que existem não estão sendo suficientes para desestimular essas práticas invasivas de publicidade, principalmente porque se encontram extremamente relativizadas quando as demandas chegam ao Judiciário. Hoje, a elevada aderência dos fornecedores à publicidade por e-mail “faz com que as caixas postais eletrônicas fiquem abarrotadas, dificultando a identificação de mensagens relevantes” (SCHREIBER, 2014, p. 168), bem como violando constantemente a privacidade do consumidor que deseja ver-se livre dessa perturbação, mas não consegue. Assim, as novas relações de consumo certamente trazem

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

consigo novos desafios jurídicos a serem enfrentados e devidamente valorados, principalmente pelos operadores do Direito.

2 A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR

a) A teoria do desvio produtivo do consumidor

A teoria do desvio produtivo defende que o tempo desperdiçado pelo consumidor na busca pela resolução de um problema advindo da relação de consumo é passível de indenização (CREPALDI, 2018). Na referida teoria, considera-se o tempo do consumidor como um recurso produtivo a ser resguardado ante a conduta abusiva do fornecedor em não empregar meios suficientes para solucionar problemas advindos da relação de consumo em tempo razoável. Nesses casos, identifica-se que o fornecedor comumente se esquia de sua “responsabilidade pelos problemas de consumo que ele próprio ocasionou e cria obstáculos para resolvê-los de forma rápida e efetiva, deixando para o consumidor o custo temporal, operacional e material de saná-los, devendo ser passível de indenização” (DESSAUNE, 2017, p. 67).

Nas situações em que o consumidor é cadastrado em lista de e-mails marketing, por exemplo, mesmo com a recusa reiterada do consumidor frente ao fornecedor, os envios, muitas vezes, permanecem. Frequentemente, o fornecedor não disponibiliza meios efetivos de descadastramento, frustrando os legítimos interesses, expectativas e confiança do consumidor, que se vê obrigado a empenhar de seu tempo produtivo, sem livre escolha, para a resolução de problemas de consumo aos quais não deu causa, como bem afirma Dessaune (2017, p. 87):

Impelido por seu estado de carência e por sua condição de vulnerabilidade, diante da atitude desleal, não cooperativa e danosa do fornecedor de querer transferir veladamente seus deveres operacionais e custos materiais, o consumidor, percebendo que sairá perdendo nesse cenário de forças adversas, submete-se à vontade interna do fornecedor e, conforme o caso, assume o prejuízo ou tenta, ele mesmo, resolver o problema de consumo lesivo – o que por lei não deveria existir, que não foi causado pelo consumidor e que não é de sua responsabilidade.

Como resultado dessa decisão a que foi induzido, o consumidor despende então uma parcela do seu tempo, adia ou suprime algumas de suas atividades planejadas ou desejadas e desvia as suas competências dessas atividades para uma das duas novas alternativas de ação que, apesar de indesejadas, mostram-se prioritárias [...]

[...] deixa de realizar outras atividades em decorrência de sua livre escolha de vontade – dá lugar a uma situação de impotência, de contrariedade e de prejuízos para o consumidor.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Para além do desvio produtivo, o consumidor passa a ser mero espectador dos tratamentos realizados com seus dados, já que o fornecedor não dispõe de meios efetivos para que ele exerça seus direitos como titular. A manutenção dos dados do consumidor nas listas de envio de e-mails publicitários, mesmo após tentativa de descadastramento, só realça que o fornecedor está sendo remunerado (com o uso indevido dos dados pessoais) por um serviço que não está prestando. Assim, além de violar a legislação consumerista e de proteção de dados, essa conduta também consiste em violação à vedação do enriquecimento sem causa, prevista no Código Civil (BRASIL, 2002).

Assim, traça-se um panorama na qual grande parte dos consumidores, mesmo se sentindo lesados ou insatisfeitos, não reclamam seus direitos por falta de tempo, desinformação, custo ou por se conformar de que nada adiantaria (DESSAUNE, 2017). Esse quadro é agravado e, na prática, estimulado

[...] pela morosidade e pelas módicas condenações que os fornecedores já esperam da Justiça brasileira, que na maioria dos casos reconhece, embora quase sempre tardiamente, o direito daqueles consumidores que, em verdadeira peregrinação, perseveraram na luta para reaver minimamente os bens da vida de que foram privados. Diante dessa realidade, muitos fornecedores, mesmo conscientes de situações potencial ou efetivamente danosas para o consumidor (DESSAUNE, 2017, p. 67).

Assim ressalta-se que a teoria do desvio produtivo do consumidor se aplica também àqueles casos em que há violação da privacidade e do direito à proteção de dados pessoais no âmbito da relação de consumo, ainda que em sua fase pré-contratual no meio digital, sendo passível de indenização por dano moral.

b) O dano moral e a responsabilidade civil do fornecedor

A definição de dano moral foge daquela decorrente de repercussões patrimoniais e está calcada na “lesão a direito subjetivo do indivíduo ou então na sua privação ao exercício dos direitos da personalidade, é a violação do estado físico, psíquico e moral da vítima” (SANTANA, 2014, p. 134). Por isso, ao contrário da indenização por dano material, Santana (2014, p. 134) esclarece que “a sanção prevista para o dano moral não visa ao retorno da situação da vítima ao momento anterior ao ato ilícito, mas tem finalidade de compensar a vítima, punir o infrator e desestimular novas práticas semelhantes”.

Como bem preceitua o CDC, o fornecedor responde objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores, independentemente da comprovação de culpa. Para além da

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

responsabilização por vício ou defeito, os danos advindos de práticas abusivas também são passíveis de indenização (DESSAUNE, 2017), visando também à efetiva prevenção e reparação a título de danos morais.

Nas relações de consumo há clara desigualdade de forças entre as partes, motivo pelo qual o consumidor é considerado vulnerável pelo legislador e possui tratamento diferenciado frente à sociedade e, principalmente, frente ao julgador. De igual modo, seus direitos estão resguardados mesmo antes da efetivação da contratação ou de forma equiparada quando estiverem expostos aos efeitos decorrentes das condutas abusivas praticadas pelo fornecedor ao mercado como um todo. Pode-se dizer, portanto, que o direito à reparação independe de prévia relação de consumo.

No caso dos envios indiscriminados de e-mails de publicidade, mesmo com a recusa do consumidor, é possível concluir que o fornecedor age de forma abusiva, privando os direitos do consumidor sobre seus próprios dados e enriquecendo ilicitamente a partir desse uso com finalidade desvirtuada. Dessaune (2017, p. 249) explica que

O lucro extra e injustificado é o benefício econômico sem justa causa que o fornecedor obtém num evento de desvio produtivo do consumidor. Esse enriquecimento presumido do fornecedor à custa do consumidor, que é um ato antijurídico, resulta, em última análise, da exploração abusiva do tempo vital da pessoa vulnerável pelo sujeito em posição de vantagem na relação de consumo.

Assim, considerando as funções da reparação por dano moral como sendo compensatória, punitiva e inibitória, não deve o valor da indenização ser tão irrisório a ponto de estimular a prática reiterada das abusividades frente aos consumidores (CAVALIERI FILHO, 2011). Dessa forma, por mais que haja imposições legais que ensejem à indenização por práticas abusivas nas relações de consumo, verifica-se que há uma grande relativização da responsabilidade civil do fornecedor frente às violações aos direitos fundamentais do consumidor. Em razão desse cenário de impunidade, as empresas acabam traçando uma estratégia jurídica e economicamente vantajosa projetada nos riscos financeiros que estariam propensos a pagar em eventual condenação a ponto de justificar a perpetuação das violações aos direitos fundamentais.

3 A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS

a) O direito à privacidade e proteção de dados

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Como é notório, a Constituição da República Federativa do Brasil – CF (BRASIL, 1988) tutela os direitos à privacidade, à intimidade e à vida privada do indivíduo (art. 5º, X). Todavia, diante dos acalorados debates acerca da proteção de dados pessoais e dos tratamentos abusivos com dados dos titulares, o direito à proteção de dados foi reconhecido expressamente, mesmo que tardiamente no Brasil, como direito fundamental, notadamente a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 115 em fevereiro de 2022 (BRASIL, 2022). Importante destacar que, mesmo antes, os direitos à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa já haviam sido reconhecidos, ainda em 2020, pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387 (BRASIL, 2020).

Importante sublinhar que, mesmo antes de sua consagração como direito fundamental, a proteção de dados pessoais já estava assegurada pela LGPD, que visa a devolver ao titular o controle sobre seus próprios dados, com a ratificação do princípio da autodeterminação informativa (KÖHLER; PREMAOR, 2021). Ainda, a LGPD tem como um de seus fundamentos a defesa do consumidor e está intimamente ligada às relações de consumo, devendo ser aplicada concomitantemente na resolução de controvérsias delas provenientes.

A LGPD não só obriga os agentes de tratamento a agir com transparência, mas também a disponibilizar canais efetivos de acesso às informações pelo titular para que possam exercer os seus direitos em relação aos seus próprios dados, em consonância, inclusive, com o próprio CDC. Ao dispor acerca do término do tratamento de dados, a LGPD assegura que não haverá a continuidade do tratamento quando for atingida a finalidade para a qual os dados foram coletados e resguarda a possibilidade de o titular solicitar essa eliminação mediante comunicação ao controlador.

Assim, no âmbito das relações de consumo, a falta de transparência e a prática de tratamentos indevidos de dados pessoais e para finalidades diversas afrontam as tanto as disposições infraconstitucionais quanto a Constituição em si. Por isso, em se tratando violação a direito fundamental, suas repercussões podem afetar diretamente o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e é, portanto, passível de grave e elevada reprovação.

O que se observa nas relações de consumo, é que, com o aumento da capacidade de armazenamento, são coletadas mais informações do que o necessário de forma desproporcional, fazendo com que o risco do desencadeamento de consequências não previstas em razão da sua finalidade seja maior (KÖHLER; PREMAOR, 2021). Isso, em muito, se relaciona com a prática

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

de envio de e-mails de publicidade, especialmente quando se dá após a expressa recusa do consumidor. Nesses casos, o consumidor perde completamente o controle de seus próprios dados em virtude de relação prévia com um fornecedor que não disponibiliza canal efetivo para descadastramento. Assim, uma vez identificada a prática abusiva, o consumidor merece ser indenizado, tanto a título de reparação, como em caráter punitivo e preventivo frente ao fornecedor.

b) Dano moral ao consumidor sob a ótica do direito à proteção de dados

Como já visto, o desvio do tempo produtivo do consumidor pela alteração de sua rotina e perda de uma parcela existencial proveniente de uma controvérsia da relação de consumo “evidencia a lesão antijurídica ao tempo existencial e à vida digna da pessoa consumidora” (DESSAUNE, 2017, p. 250), configurando dano extrapatrimonial a ser arbitrado de forma proporcional, considerando seu caráter reparatório, punitivo e preventivo.

Em sendo o dano justamente à personalidade, sua quantificação tem caráter extrapatrimonial. A essência do dano moral nas relações de consumo é a mesma do direito civil e “está fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos da personalidade” (FONSECA, 2016, p. 22). Como bem evidencia Dessaune (2017, p. 246),

O desvio produtivo do consumidor, enquanto fenômeno socioeconômico cujas consequências ultrapassam o mero dissabor, aborrecimento, percalço ou contratempo normal na vida do consumidor, é um dano evento ou evento danoso (acontecimento social tutelado pelo Direito) que acarreta um dano resultado (uma consequência juridicamente tutelada).

A realização do tratamento de dados de forma indevida nos casos das listas de e-mails publicitários e a inércia dos fornecedores frente à recusa dos consumidores demonstram a gravidade e a necessidade de impor aos fornecedores medidas rígidas da aplicação da LGPD, do CDC e do MCI, principalmente no que concerne à quantificação dos danos morais pleiteados judicialmente, já que essas práticas possuem claro viés coletivo e impactam diretamente no tempo produtivo do consumidor.

A quantificação do dano moral certamente é algo que precisa evoluir muito já que parte de muitas suposições subjetivas que, muitas vezes, não refletem a realidade e, muito menos, a relevância que o legislador deu ao direito à proteção de dados (FONSECA, 2016). Como já mencionado, uma das funções da aplicação da indenização por dano moral é justamente desestimular novas agressões (GONÇALVES, 2014), o que se relaciona, em muito, com a tutela

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

dos direitos da coletividade de consumidores no âmbito de envio indiscriminado de e-mails marketing.

Levando tudo isso em consideração, fica claro que as indenizações por dano moral no âmbito das relações consumeristas relacionadas à violação do direito à proteção de dados e privacidade devem ser arbitradas proporcionalmente à abrangência dos serviços ou produtos do fornecedor e à repercussão das condutas danosas em âmbito coletivo. Não é raro observar as grandes corporações calcularem os riscos baseados em indenizações judiciais irrisórias a fim de justificar a manutenção das condutas dolosas (FONSECA, 2016). Como bem ressalta Fonseca (2016, p. 45): “ao se arbitrar indenização irrisória recorrendo-se à escusa do enriquecimento sem causa, o julgador opta por beneficiar o fornecedor causador do dano em detrimento do consumidor e da própria sociedade”.

Não pode, portanto, o Judiciário ser um incentivador da violação ao direito fundamental à proteção de dados propiciando um ambiente de impunidade no qual o retorno que o fornecedor tem das práticas abusivas de publicidade é mais vantajoso do que estar em conformidade com a lei. Não pode, também, o Judiciário se esquivar de sua responsabilidade deixando de arbitrar indenizações por danos morais em virtude da violação ao direito fundamental à proteção de dados do consumidor em valor adequado e apto a desestimular as práticas ilícitas. O que se vê hoje é um Poder Judiciário que, receoso de promover uma suposta “indústria do dano moral”, acaba estimulando, mesmo que involuntariamente, a prática de condutas abusivas e danosas.

CONCLUSÃO

Com a constante mudança nas formas pelas quais os indivíduos se relacionam, cabe ao Direito acompanhar as repercussões jurídicas delas provenientes. Nas relações de consumo, vislumbra-se um cenário de muitas particularidades, principalmente em razão da aderência expressiva dos consumidores ao ambiente digital.

Como evidenciado, a economia dos dados colocou o consumidor em posição de maior exposição no meio digital, no qual foi facilitado aos fornecedores o acesso a dados pessoais em razão das inúmeras ferramentas tecnológicas disponíveis. Nesse sentido, a utilização das disposições CDC para a resolução das demandas atuais passou a ser insuficiente diante de novas condutas e violações decorrentes da evolução tecnológica. Assim, a promulgação da LGPD foi essencial para regulamentar o direito à proteção de dados e fundamentar decisões envolvendo

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

casos de violação dos direitos dos consumidores no meio digital em conjunto com o CDC, o MCI e a CF.

No atual cenário, é possível observar claramente a massiva aderência dos fornecedores a ações de e-mail marketing como forma de publicidade. Ocorre que, a partir do desvirtuamento do uso dos dados coletados do consumidor, pode haver a violação reiterada aos seus direitos fundamentais. Da mesma forma que diversas ações têm sido tomadas para coibir as práticas abusivas de telemarketing (PUPO, 2022), é necessário que o Judiciário e os órgãos fiscalizadores, a exemplo da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e da Secretaria Nacional do Consumidor, ajam de forma rigorosa para assegurar a observância dos dispositivos legais e constitucionais acerca do tema. Autoridades de outros países, como o Information Commissioner's Office – ICO, do Reino Unido, já vêm aplicando sanções para coibir ações invasivas de marketing⁴.

Vale sublinhar que, ao se sentir lesado, o consumidor acaba gastando seu tempo produtivo de forma desproporcional a fim de ver seus direitos garantidos e enfrentando resistência ilícita e injustificada de fornecedores. Nos casos em que decide buscar a tutela do Judiciário, acaba por receber indenizações em valor irrisório que não atingem seu caráter preventivo, o que só perpetua a cultura de descumprimento da legislação e causa o enriquecimento sem causa do fornecedor.

Conclui-se, portanto, que o dano moral, nesses casos, não só deveria cumprir com sua função reparatória, mas também punitiva e preventiva, suficiente para inibir a prática reiterada das mesmas violações a uma coletividade de consumidores. Assim, vislumbra-se a necessidade de haver um equilíbrio entre a liberdade econômica e os direitos fundamentais dos consumidores no âmbito da proteção de dados pessoais. Para isso, é imprescindível uma postura firme do Judiciário, que, ao aplicar indenizações irrisórias, estimula o descumprimento da lei e não cumpre seu dever fundamental de defesa do consumidor.

REFERÊNCIAS

ARTHUR, Charles. *Tech giants may be huge, but nothing matches big data*. The Guardian. Londres, 23 ago. 2013. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2013/aug/23/tech-giants-data>>. Acesso em: 1 nov. 2022.

⁴ Exemplo foi a aplicação de multa de 30 mil libras esterlinas à empresa Halfords em razão do envio de cerca de 500 mil e-mails não solicitados (REINO UNIDO, 2022).

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

BRASIL. *Constituição, 1988*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 nov. 2022.

_____. *Emenda Constitucional nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm>. Acesso em: 1 nov. 2022.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm> Acesso em 25 out. 2022.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil (CC). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 1 nov. 2022.

_____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Marco Civil da Internet (MCI). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 1 nov. 2022.

_____. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm> Acesso em 25 out. 2022

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>>. Acesso em: 19 dez. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

CREPALDI, Thiago. *STJ reconhece aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-01/stj-reconhece-aplicacao-teoria-desvio-produtivo-consumidor>> Acesso em 29 out. 2022.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2. ed. Rev. e Ampl.. Vitória/ES. 2017. Editora Revista dos tribunais. Edição Especial do Autor.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como direito fundamental. *Revista Espaço Jurídico*, vol. 12, nº 2. Joaçaba: 2011, p. 91-108, jul./dez. Disponível em <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>> Acesso em 26 out. 2022.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

FONSECA, Raphael Di Tommaso Lugarinho da. A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL DECORRENTE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: INDENIZAÇÕES IRRISÓRIAS E ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO FORNECEDOR. Caxias do Sul/RS, Universidade de Caxias do Sul. Centro de Ciências Jurídicas. Curso de Direito, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KÖHLER, Graziela de Oliveira; PREMAOR, Júlia Bossardi. *Direito à Privacidade e Proteção de Dados: uma análise da utilização de cookies no e-commerce*. Ebook Diálogos sobre o Direito e Justiça. Editora Unoesc, Coletânea de artigos 2021/2. Disponível em <https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Dialogos_sobre_direito_e_justica_2021_2.pdf> Acesso em 26 out. 2022.

PUPO, Amanda. Anatel faz série de determinações para coibir telemarketing abusivo. *GZH Economia*. Porto Alegre, 3 jun. 2022. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/noticia/2022/06/anatel-faz-serie-de-determinacoes-para-coibir-telemarketing-abusivo-cl3yydvfd000201ghvns29qu4.html>>. Acesso em: 2 nov. 2022.

REINO UNIDO, *Information Commissioner's Office*. Halfords fined for sending nearly 500,000 unwanted marketing emails. Londres, 6 set. 2022. Disponível em: <<https://ico.org.uk/about-the-ico/media-centre/news-and-blogs/2022/09/halfords-fined-for-sending-nearly-500-000-unwanted-marketing-emails/>>. Acesso em: 2 nov. 2022.

SANTANA, Héctor Valverde; BENJAMIN, Antonio Herman (org.); MARQUES, Claudia Lima (org.). *Dano Moral no Direito do Consumidor*. 2. ed. rev. atual. ampl. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2009.

SOUZA, Thiago Pinheiro Vieira de. *Proteção De Dados Pessoais Como Direito Fundamental E A [In]Civilidade Do Uso De Cookies*. 2018. Direito. Universidade Federal de Uberlândia, Minas Gerais, 2018. Disponível em <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/23198/3/Prote%c3%a7%c3%a3oDadosPessoais.pdf>> Acesso em: 26 out. 2022.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 5. ed. atual. e amp. São Paulo; Juarez de Oliveira, 2007.

THE WORLD'S most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*. Londres, 6 mai. 2017. Disponível em <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 1 nov. 2022.