



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A AUTONOMIA PRIVADA NA ERA DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA: DO LIVRE
ARBÍTRIO DO CONSUMIDOR À PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL

Pedro Machado Bezerra

Rio de Janeiro
2023

Pedro Machado Bezerra

A AUTONOMIA PRIVADA NA ERA DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA: DO LIVRE
ARBRÍTRIO DO CONSUMIDOR À PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2023

A AUTONOMIA PRIVADA NA ERA DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA: DO LIVRE ARBRÍTRIO DO CONSUMIDOR À PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL

Pedro Machado Bezerra

Mestre em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado.

Resumo – A autonomia privada, como todo instituto jurídico, é dotada de historicidade, tendo seu significado, estrutura e função sofrido, ao longo dos anos, forte influência da realidade social que permeia o ordenamento jurídico em que está inserida. Neste sentido, em consequência das mudanças sociais e jurídicas proporcionadas pela promulgação da Constituição de 1988, a autonomia, antes da vontade, passou a ser permeada por valores solidaristas e personalistas. A partir disso, foi abandonado seu viés puramente voluntarista, passando a ser informada pelos princípios da boa-fé e função social, que a ela impõem limites intrínsecos. Todavia, tal quadro, objeto de amplo estudo pela civilística, parece ter novamente se modificado: diante do advento das novas tecnologias de publicidade comportamental e perfilização do consumidor, amplamente utilizados pelas chamadas *big techs*, e do surgimento de uma “nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais”, é possível se falar em autonomia da mesma forma que a ela se referia no início do século XXI? Estar-se-ia diante de uma autonomia mitigada — não mais apenas por limites jurídicos, mas sociais — em seus aspectos clássicos, tais como a liberdade de contratar e a liberdade contratual? Explora-se no presente artigo os impactos dessas mudanças, especialmente na esfera consumerista, de modo a promover a reflexão de como renovar a sua importância na proteção da pessoa humana.

Palavras-chave – Direitos do consumidor. Liberdade de escolha do consumidor. Liberdade contratual. Perfilização. Autodeterminação. Dignidade da pessoa humana.

Sumário - Introdução. 1. A evolução da autonomia privada sob a Constituição de 1988. 2. A publicidade comportamental e os impactos do capitalismo de vigilância na autonomia do consumidor. 3. A autonomia como instituto funcionalizado à proteção do consumidor. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva discutir a ocorrência de alterações estruturais e funcionais no instituto da autonomia privada no âmbito das relações consumeristas celebradas na Internet em face do uso desregulado de tecnologias de publicidade comportamental por provedores de aplicações de Internet e outros fornecedores de bens e serviços. Procura-se examinar, em suma, em que medida tais tecnologias e o surgimento de um capitalismo de vigilância vêm provocando mudanças no papel da vontade na formação e interpretação de contratos de consumo no ambiente digital, além de explorar algumas de suas consequências.

Para tanto, abordam-se estudos correlatos ao tema — tanto do campo do Direito, quanto advindos de outras ciências sociais —, de modo a perquirir, primeiramente, o conteúdo da autonomia privada em relações consumeristas na cultura jurídica contemporânea, para, depois, verificar a sua compatibilidade com a função protetiva que normalmente lhe é atribuída frente ao novo quadro social que se apresenta. Neste sentido, tendo por base a ideia de que institutos jurídicos sofrem influência direta do contexto histórico e social em que estão inseridos, é possível, a partir desta análise estrutural e funcional, repensar a própria função da autonomia privada do consumidor na contemporaneidade.

Tais reflexões podem ser decompostas em três principais questões, que norteiam o presente estudo. A primeira delas implica em pensar se, diante do advento das novas tecnologias de publicidade comportamental e do surgimento de um capitalismo de vigilância, é possível se falar em autonomia privada da mesma forma que a ela se referia no início do século XXI nas relações de consumo. Já a segunda diz respeito à ponderação acerca da relevância e da função exercidas contemporaneamente pela vontade nas relações consumeristas. Por fim, preocupa-se com os efeitos das reflexões anteriores, refletindo-se como uma nova visão acerca da autonomia privada pode impactar a interpretação de outros institutos do direito consumerista que visam à proteção do livre-arbítrio do consumidor, tais como a teoria das invalidades e o direito de arrependimento.

Para tentar responder a tais questões, o presente artigo possui uma divisão igualmente tripartite, que se inicia, no primeiro capítulo do trabalho, apresentando a evolução do conceito da autonomia privada na cultura jurídica brasileira desde a sua perspectiva liberal e individualista até a sua perspectiva solidarista e personalista, atualmente vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Tal capítulo estabelece o paradigma conceitual do instituto estudado, a ser utilizado nos capítulos seguintes.

No capítulo a seguir, analisa-se como o surgimento de uma nova ordem econômica baseada na perfilização de consumidores para fins publicitários — denominada *capitalismo de vigilância* — pode alterar a estrutura e a função da vontade nas relações consumeristas. Contrapõe-se, desta forma, o paradigma estabelecido no capítulo anterior com a nova realidade social que se apresenta.

Por fim, no terceiro capítulo do presente trabalho, explora-se a necessidade readequação do conceito jurídico da autonomia privada nas relações de consumo e de se repensar o papel da vontade na formação e interpretação dos negócios jurídicos consumeristas, ampliando-se a importância dos princípios da boa-fé objetiva, da função social e do equilíbrio das prestações, de modo a flexibilizar a obrigatoriedade dos pactos e tutelar interesses socialmente relevantes nas atividades contratuais. Parte-se, assim, em busca de uma maior proteção ao consumidor,

contrabalanceando a sua crescente vulnerabilidade, decorrente dos impactos do capitalismo de vigilância.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las através de argumentos de razão pública. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto pretende-se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a tese ora defendida.

1. A EVOLUÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA SOB A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Uma das mais marcantes evoluções do direito brasileiro contemporâneo no âmbito das relações privadas se deu através da releitura civil-constitucional do instituto da autonomia privada e do papel da vontade nas relações contratuais. Mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, permaneceu em vigor, até janeiro de 2003,¹ o Código Civil de 1916, que, enquanto produto do individualismo e voluntarismo típicos do liberalismo oitocentista,² consagrava dentre seus princípios basilares a autonomia da vontade.

No âmbito do Direito dos Contratos, a vontade não apenas possuía o papel de fazer surgir o vínculo contratual, mas constituía seu próprio fundamento de validade e legitimidade: sintetizava, enquanto princípio fundante, toda a teoria dos contratos, sendo tida como a própria razão para a obrigatoriedade dos pactos.³ Tal era a importância da autonomia da vontade para o direito das relações privadas regido pelo Código Civil de 1916, que ela era tida pela doutrina

¹ Embora o Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002) tenha sido sancionado em 10 de janeiro de 2002, sua entrada em vigor ocorreu somente em 10 de janeiro de 2003, tendo em vista o prazo de *vacatio legis* de um ano, disposto em seu artigo 2.044.

² “O Código Civil, como se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento dos privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil”. TEPELINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

³ “(...) a vontade assumiu importância formidável na construção do significado e fundamento do contrato. A escolha das partes por contratar desponta, neste contexto, não apenas como uma origem do contrato, mas também como seu fundamento de legitimidade, como razão pela qual suas regras são obrigatórias. Compreendido como acordo de vontades, o contrato emerge no esplendor do voluntarismo jurídico, onde o postulado fundante de toda a teoria contratual era a autonomia da vontade: ‘toda obrigação para ser sancionada pelo direito, deve ser livremente consentida; mas, ao revés, toda obrigação, a partir do momento em que foi livremente assumida, deve ser sancionada pelo direito.’ TEPELINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos. In: TEPELINO, Gustavo (org.), *Fundamentos do Direito Civil*, v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 13 - 14.

civilista tradicional como “direito supra-estatal”, independente e logicamente anterior ao próprio ordenamento jurídico.⁴

Nessa lógica, a vontade do contratante não encontrava muitos limites. Tomando por base o modelo antropológico do *homo economicus*,⁵ ignorava-se por completo o conteúdo das relações contratuais e suas dinâmicas de poder e eventual abusividade na imposição — a fórceps, por vezes — de obrigações desproporcionais. Conceitos como a vulnerabilidade de um dos contratantes e a sua proteção simplesmente não integravam a cultura jurídica liberal, albergada pelo Código Civil de 1916. Ao revés, conforme a notória proposição de John Stuart Mill, a ideia central era a de que, no âmbito das relações privadas, somente o dano a terceiros poderia justificar restrições à autonomia do contratante.⁶ No mais, disposições contratuais que viessem a produzir efeitos perversos eram tidas meramente como maus negócios, não havendo espaço para a discussão do conteúdo ou das circunstâncias do contrato, desde que a declaração de vontade fosse válida.⁷

⁴ “A atividade individual, contudo, está sob a vigilância do Estado, ainda que, como emanção da liberdade, a autonomia da vontade se constitua em direito supra-estatal, e não seja, assim, faculdade delegada. (...) No Estado liberal, com nítida separação entre o Estado e a sociedade, assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada. Pela teoria do direito, a vontade passou, então, a ser considerada elemento natural para a explicação das figuras jurídicas, extensiva até àquelas que não a pressupunham.” SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 24 - 25.

⁵ “O modelo originário da antropologia liberal era, claramente, o do homem de negócios; o seu modelo de ação, por sua vez, era o do mundo do comércio, habitado por profissionais formados num certo modelo de cálculo de vida. Por extensão, o modelo também funcionava adequadamente num mundo de proprietários, de pessoas habituadas a calcular racionalmente os riscos e proveitos dos seus atos e empreendimentos. Por outras palavras, baseado em *gentlemen's agreements*, o modelo liberal correspondia ao trato social e político da classe média proprietária (*gentry*). Todavia, a extensão deste modelo de conduta racional a outros domínios da vida e a outros estratos sociais (não elitários) pressupunha um trabalho de racionalização das condutas humanas, de que a educação, a filantropia, a decência, os bons costumes e as boas maneiras (para já não falar da missão civilizadora da colonização) se ocuparam.” HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 386.

⁶ “Embora a sociedade não se funde num contrato, embora não se atenda a nenhum bom propósito inventando um contrato de onde se deduzam obrigações sociais, todo aquele que recebe a proteção da sociedade deve retribuição pelo benefício, e o fato de viver em sociedade torna indispensável que cada qual se obrigue a observar determinada linha de conduta em relação aos demais. Essa conduta consiste, em primeiro lugar, em não lesar os interesses do outro, ou, melhor, certos interesses que, seja por expressa disposição legal ou por entendimento tácito, devem ser considerados como direitos; em segundo lugar, em arcar cada qual com a sua parte (a ser estabelecida segundo algum princípio equitativo) nos esforços e sacrifícios para defender a sociedade ou seus membros de lesões e molestamentos. (...) Quando qualquer parte da conduta de uma pessoa afeta prejudicialmente os interesses de outrem, a sociedade tem jurisdição sobre ela e abre-se o debate se a interferência será positiva ou não para o bem-estar geral. Mas não cabe tratar de tal questão se a conduta da pessoa não afeta os interesses de ninguém além de si mesma (...). Em todos esses casos, deve haver plena liberdade legal e social de praticar a ação e enfrentar suas consequências.” MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Porto Alegre: L&PM, 2006, p. 115 - 116.

⁷ Ilustrativamente, perceba-se que o capítulo que trata dos defeitos do negócio no Código de 1916 tratava tão somente dos vícios de vontade (erro, dolo e coação) e de institutos que visavam à proteção de terceiros, como a simulação e a fraude contra credores. Comparativamente, o Código Civil de 2002 inclui em suas disposições os institutos da lesão (art. 157) e do estado de perigo (art. 156), que levam em consideração a vulnerabilidade do contratante quando da formação do contrato.

Todavia, diante das severas crises sociais e econômicas vividas pela humanidade no breve século XX,⁸ o modelo liberal no qual se baseava a ideia do direito civil como mero instituidor das “regras do jogo” veio a ruir.⁹ Pouco a pouco, percebeu-se que a vulnerabilidade de um dos contratantes levava, muitas vezes, a manifestações de vontade que não eram verdadeiramente livres e que a omissão, pretensamente neutra, do Estado perante relações contratuais desequilibradas levava à perpetuação e ao agravamento de desigualdades sociais patentes. Ganhou relevância a constatação de que “entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o mestre e o senhor, é a liberdade que oprime e a lei que liberta.”¹⁰

Em meio a esse quadro, a intervenção estatal nas relações privadas de cunho patrimonial torna-se crescente, passando, cada vez mais, a serem levados em consideração elementos como as circunstâncias em que são celebrados os contratos (e sua eventual alteração no decorrer da relação obrigacional),¹¹ bem como aspectos sociais, econômicos e informacionais dos contratantes. A autonomia, antes denominada da vontade, passa a ser caracterizada como privada¹² e a liberdade que precipuamente a informa não é mais tão somente aquela denominada negativa, consubstanciada pela mera omissão estatal, mas sim a liberdade positiva, fática.¹³ Do

⁸ HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX, 1914 - 1991*. Rio de Janeiro, Companhia das Letras, 1995, *passim*.

⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 5.

¹⁰ LACORDAIRE, Jean-Baptiste-Henri Dominique. *Conferénces de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1848, p. 246.

¹¹ Em sua obra mais célebre, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva sustenta a separação das fases de nascimento, desenvolvimento e adimplemento das obrigações, desenvolvendo a ideia de que as relações obrigacionais são sistemas de processos dinâmicos que se perpetram no tempo, podendo sofrer influências de fatores externos. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do., *op cit.*, *passim*.

¹² “Todos esses movimentos deram ensejo a que surgisse uma nova visão da autonomia da vontade, tão própria que repudiaria o termo vontade e colocará em evidência a partícula privada. Dir-se-á, agora, apenas, autonomia privada. É a visão italiana, que guarda sonância com “seu significado etimológico de dar normas para si mesmo”. Com maiores ou menores discrepâncias entre suas orientações, podem ser alistados nas hostes da autonomia privada os nomes de Salvatore Romano, Luigi Ferri, Cariota-Ferrara, Santi Romano e Hans Kelsen. Sua linha dogmática tem recebido a denominação de objetivista ou prescritiva, essa última que se evita o uso para não confundir com status peculiar de Emílio Betti. Os pontos de aproximação entre esses autores estariam nos seguintes aspectos: a) a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; b) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, de caráter subalterno, mas com caráter normativo; c) a autonomia privada revelando um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos que o exerceriam nos limites e em razão dessa última e de seus valores; d) a autonomia privada tida como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos.” RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 163 jul./set. 2004, p. 121.

¹³ “A distinção entre liberdade negativa e positiva, conquanto fundamental, é envolta em algumas controvérsias. O conceito de liberdade negativa não é objeto de maiores disputas. Trata-se da liberdade como ausência de constrangimentos externos à ação do agente. (...) A liberdade negativa é concebida como um direito a uma abstenção. (...) Já não é tão seguro o conceito de liberdade positiva. (...) Pode-se pensar na liberdade positiva como a capacidade real do sujeito de se autodeterminar, que se caracteriza quando estão presentes as condições que viabilizam o efetivo exercício da liberdade. Trata-se do que Robert Alexy denominou “liberdade fática”. (...) Entendo que a liberdade positiva deve ser vista como a capacidade real do agente de autodeterminar a sua conduta. Trata-se da liberdade material, que não se esgota na ausência de constrangimentos externos à ação humana, pressupondo antes a presença das condições que possibilitam o efetivo exercício da autonomia individual.” SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 151 - 153.

mesmo modo, na contemporaneidade, o contratante não é mais tido como o modelo abstrato do homem racional e de negócios, mas sim um ser humano em concreto, cujas condições devem ser analisadas em concreto, com todas as suas vicissitudes.

Ademais, se antes a autonomia era vista como um “direito supra-estatal”, agora ela passa a ser vista como um poder outorgado pelo Estado aos particulares, com fundamento de validade no próprio ordenamento jurídico.¹⁴ Outrora valor máximo do direito privado, dotada de proteção quase absoluta perante outros princípios no direito contratual, a autonomia privada passa a não ser sequer mais vista como um valor em si mesma, sendo protegida tão somente quando os interesses que a informam são merecedores de tutela.¹⁵

Essa nova perspectiva ganha força com a promulgação da Constituição da República, em 1988, que, em linha com a nova cultura filosófica de cunho humanístico, adota um viés marcadamente personalista, solidarista e igualitário.¹⁶ Desta forma, o texto constitucional acabou por impor uma autonomia cujo próprio conteúdo é informado por outros princípios contratuais, tais como o da função social, o da boa-fé e o do equilíbrio contratual.¹⁷

Sob a Constituição de 1988, portanto, pode-se dizer que a autonomia privada é um instituto jurídico complexo, informado, ainda, pela vontade do contratante, mas não limitado a ela, como outrora. Ao revés, para que seja adequadamente protegida pelo ordenamento jurídico, deve ser analisada concretamente, temperada pelos princípios da boa-fé, função social do contrato e equilíbrio contratual.

¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335.

¹⁵ “Hão de se delinear os aspectos nos quais se manifesta a autonomia privada. Tradicionalmente, afirma-se que ela se traduz, antes de tudo, na liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato, de escolher, por vezes, a forma do ato. É necessário verificar se esta ou estas liberdades, em razão da fisionomia que a autonomia privada assume com base nos princípios gerais do ordenamento, encontram correspondência efetiva na teoria dos atos. São esses princípios que servem de base para avaliar se a autonomia privada é digna de proteção por parte do ordenamento: ela não é, portanto, um valor em si. Revela-se indispensável o reexame da noção à luz do juízo de valor (*giudizio di meritevolezza*) de cada ato realizado, de modo tal que se possa deduzir se estes, individualmente considerados, podem ser regulados, pelo menos em parte, pela autonomia privada.” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

¹⁶ Deve-se ressaltar que a Constituição de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana à posição central do ordenamento jurídico, enquanto fundamento da República, conforme o seu artigo 1º, III. Da mesma forma, os princípios da solidariedade e da igualdade — tanto formal quanto substancial — foram elevados a objetivos fundamentais da República, conforme o art. 3º, I e III, da Constituição da República.

¹⁷ “Segundo o Texto Constitucional, a liberdade de agir, objeto das garantias fundamentais insculpidas no artigo 5º, associa-se intimamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade social (art. 3º, I) e da igualdade substancial (art. 3º, III), objetivos fundamentais da República. Significa dizer que a livre-iniciativa, além dos limites fixados por lei, para reprimir atuação ilícita, deve perseguir a justiça social, com a diminuição das desigualdades sociais e regionais e com a promoção da dignidade humana. A autonomia privada não se constitui, portanto, em princípio absoluto, e adquire conteúdo positivo, impondo deveres à autorregulamentação dos interesses individuais, de tal modo a vincular, já em sua definição conceitual, liberdade à responsabilidade.” TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson., op. cit., p. 15. No mesmo sentido, v. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 24 – 29.

Em relações não paritárias — como a consumerista —, deve ser, ainda, lida à luz das vulnerabilidades intrínsecas ao consumidor, de modo a ser maximizada em prol do vulnerável e minimizada em face do elo mais forte, prestando-se, sempre, à promoção dos valores do ordenamento jurídico. Essa concepção, ainda no afã da ideologia consagrada pelo novo constitucionalismo democrático, foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 1990, que trouxe entre o seu rol de direitos básicos do consumidor uma série de dispositivos visando a tutelar a sua autonomia, tais como: (1) a proteção à liberdade de escolha e a igualdade nas contratações (art. 6º, II¹⁸); (2) a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (art. 6º, IV¹⁹); e (3) a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais (art. 6º, V²⁰).

2. A PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL E OS IMPACTOS DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA NA AUTONOMIA DO CONSUMIDOR

Paralelamente à evolução da autonomia privada a partir da constitucionalização do direito civil e do desenvolvimento da disciplina do direito consumerista, a própria realidade social sofreu intensas transformações nas últimas três décadas. Após o advento da Internet,²¹ as relações privadas passaram a ocorrer não somente no mundo físico, transpondo-se para um novo *locus* digital. Hoje, no Brasil, aproximadamente 79,1% das pessoas estão conectadas à Internet. Destas, 95,7% a utilizam para se relacionar com outras pessoas — físicas ou jurídicas —, através de redes sociais, aplicativos de mensagens ou e-mails.²² Tornaram-se, ainda, parte ordinária do dia a dia de parcela significativa da população o consumo de bens e serviços prestados a partir do comércio digital, bem como a comunicação, busca e recomendação através de meios eletrônicos de fornecedores que sequer necessariamente participam ativamente do mundo digital.²³

¹⁸ BRASIL. *Lei n. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 10 de março de 2023.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ A primeira conexão digital realizada através de uma rede integrada se ocorreu há aproximadamente 50 anos. AMPUDIA, Ronaldo. *Arpanet, o embrião da internet, completa 50 anos*. Folha de S. Paulo, São Paulo, 09 nov. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/tec/2019/11/arpanet-o-embriao-da-internet-completa-50-anos.shtml>>. Acesso: 22 fev. 2023.

²² Dados da última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), divulgados em 29 de abril de 2020. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua: acesso à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018*; Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101705>>. Acesso: 22 fev. 2023.

²³ “Revisitar é constatar a importância contínua dos serviços off-line (no mundo físico, como transporte, saúde, segurança, educação, telefonia e comunicação, energia e serviços essenciais, turismo, beleza, lazer, espetáculos, TV a cabo, crédito, financiamento etc.) e o avanço impressionante dos serviços digitais ou on-line (serviços prestados na Internet mesmo, como informação, revistas, jornais, delivered on-line, cloud services, e-mails, social media, com seus influenciadores, blogs, Zoom, Skype, WhatsApp etc.), e agora dos sistemas combinados ‘produto

Essa verdadeira revolução tecnológica não se limita, todavia, à mera digitalização da comunicação humana, embora este talvez seja o seu aspecto mais perceptível. Ao revés, seus impactos são amplos e atingem a todos — mesmo aqueles não que não possuem acesso à Internet —, afetando de forma ampla os mais variados aspectos da existência de forma ambígua, como observa Stefano Rodotà:

Michel de Montaigne se recordava que ‘a vida é um movimento desigual, irregular e multiforme’ (Essais, Livre III, Chap. III) *De trois commerces*). Esse movimento é hoje sempre muito influenciado pela incessante inovação científica e tecnológica. Os ritmos da vida experimentam acelerações e mutações profundas. A tecnologia libera a vida da antiga escravidão, aquela do espaço e do tempo, e essa já é uma realidade para milhões de pessoas. Internet não é apenas um enorme espaço público que a humanidade veio a conhecer. É um local onde a vida muda de qualidade e cor, em que são possíveis o anonimato e a multiplicação de identidades, o conhecimento e a ubiquidade, a liberdade plena e o controle total. (...) A grande transformação tecnológica altera o quadro dos direitos civis e políticos, redesenha o papel dos poderes públicos, muda as relações pessoais e sociais e incide sobre a própria antropologia das pessoas.²⁴

Conforme se depreende do trecho acima, se, de um lado há uma libertação da humanidade das amarras do tempo e do espaço, de outro a digitalização da vida em sociedade trouxe também novas estruturas de controle e dominação que ameaçam a própria existência humana como a conhecemos, se não em um aspecto físico, sob perspectiva metafísica. Apesar dos notáveis benefícios decorrentes dessas novas tecnologias — refletidos, no âmbito do consumo, em produtos e serviços fornecidos eletronicamente e, mais recentemente, do uso da inteligência artificial na sua prestação —, cientistas sociais vêm chamando cada vez mais

com serviços’ (‘product-service-system’, PSS), dos serviços inteligentes, da inteligência artificial. A grande novidade da economia circular, em matéria de contratos é realmente a chamada ‘servicização’ dos produtos, em que o contrato não visa mais ‘adquirir’ produtos, mas ‘usar’ produtos (da compra e venda se passa a contratos de aluguel, à custódia, ao contrato de licenças por tempo, a permissões de uso, ao transporte eventual, à hospedagem e ao contratos de short-term-rental, sharing transferable rights, time-sharing etc.), contratos típicos desta nova sharing economy ou a ‘economia das plataformas’. Destaque-se também que alguns bens, conteúdo ou produtos imateriais, em tempos digitais, passam a ser “acessados” por streaming, no chamado comércio eletrônico de ‘conteúdos digitais’ (e-books, músicas ‘downloadable’, filmes, games e aplicativos-apps etc.), e o ‘streaming’ não deixa de ser um serviço remunerado mês a mês ou por uso eventual no tempo.” MARQUES, Claudia Lima. 30 anos de Código de Defesa do Consumidor: revisando a teoria geral dos serviços com base no CDC em tempos digitais. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de (orgs.). *Direito do Consumidor - 30 anos de CDC*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 17.

²⁴ No original: “Michel de Montaigne ci ricordava che ‘la vie est un mouvement inégal, irrégulier et multiforme’ (Essais, Livre III, Chap. III, *De trois commerces*). Questo movimento è oggi sempre più influenzato dall’incessante innovazione scientifica e tecnologica. I ritmi della vita conoscono accelerazioni e mutamenti profondi. La tecnologia libera la vita da antiche schiavitù, quelle dello spazio e del tempo, e questa è già realtà per milioni di persone. Internet non è soltanto il più grande spazio pubblico che l’umanità abbia conosciuto. È un luogo dove la vita cambia qualità e colore, dove sono possibili l’anonimato e la moltiplicazione delle identità, la conoscenza e l’ubiquità, la libertà piena e il controllo totale (...). La grande trasformazione tecnologica cambia il quadro dei diritti civili e politici, ridisegna il ruolo dei poteri pubblici, muta i rapporti personali e sociali, e incide sull’antropologia stessa delle persone” RODOTÀ, Stefano. *Una Costituzione per Internet*. Notizie di Politeia, XXII, 82, 2006, p. 177.

atenção para a infraestrutura²⁵ que permeia o seu uso. Na breve síntese do próprio Rodotà, “convivem lado a lado tecnologias da liberdade e tecnologias do controle”.²⁶

Sob esse aspecto, verificou-se, em especial após o surgimento das ferramentas de busca e das redes sociais, um encaminhamento das tecnologias digitais voltadas para o consumo massivo em direção ao seu uso predatório por parte das principais companhias de tecnologia do mundo — as chamadas “*big techs*”. Em suma, seu objetivo precípua deixou de ser o fornecimento de bens e serviços digitais a serem comercializados para o mercado de consumidores, passando-se a um *modus operandi* em que se busca essencialmente prender a atenção dos usuários e deles extrair o máximo de dados acerca do seu comportamento e personalidade.²⁷

A partir da sua obtenção, tais dados são utilizados para mover instrumentos preditivos e até moldar comportamentos em massa dos usuários, usualmente voltados para o consumo. Em suma, o consumidor deixa de ser o “cliente” para se tornar a matéria prima da principal atividade econômica explorada por essas companhias: a publicidade comportamental.²⁸

Tal movimento foi tão intenso que, para Shoshana Zuboff, ele foi capaz de transmutar o próprio capitalismo, que teria passado a uma nova fase, a qual ela denomina *capitalismo de vigilância*. Para a autora, o capitalismo de vigilância pode ser definido como “uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana [na forma de dados comportamentais dos usuários] como matéria-prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas de extração,

²⁵ O termo infraestrutura contrapõe-se à ideia de superestrutura e é típico do pensamento social do materialismo histórico marxista, que se utiliza da metáfora de um edifício para explicar as estruturas de controle social. Para Karl Marx, a sociedade seria como um edifício, em que a base — ou infraestrutura — seria composta pelas relações econômicas e de produção e a parte “visível” seria composta pelos demais aspectos das relações humanas (política, ideologia, ciências, religiões, artes etc.). Sob essa perspectiva, as relações econômicas e de produção — que não são facilmente visíveis ou abertamente manifestadas — condicionariam os demais aspectos das relações em sociedade. Toda a organização social nasceria das relações econômicas e de produção. Dentre outras obras do autor, a ideia é desenvolvida em: MARX, Karl. *A ideologia alemã*. São Paulo: Hucitec, 1992, p. 72.

²⁶ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 165.

²⁷ “A corrida para obter dados já começou, liderada por gigantes como Google, Facebook e Tencent. Até agora, muitos deles parecem ter adotado o modelo de negócios dos ‘mercadores de atenção’. Eles capturam a nossa atenção fornecendo-nos gratuitamente informação, serviços e entretenimento, e depois revendem a nossa atenção aos anunciantes. Mas provavelmente visam a muito mais que qualquer mercador de atenção anterior. Seu verdadeiro negócio não é vender anúncios. E sim, ao captar nossa atenção, eles conseguem acumular imensa quantidade de dados sobre nós, o que vale mais do que qualquer receita de publicidade. Nós não somos seus clientes - somos seu produto.” HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século XXI*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 107.

²⁸ (...) “Uma distinção fundamental entre usuário e cliente das redes sociais online a se ter em conta: seus clientes, aqueles que efetivamente contratam a rede social em troca de um serviço mediante retribuição, não são seus usuários, porém terceiros que, de alguma forma, apresentam interesse na base de dados e na rede de usuários. Estes clientes poderiam ser, no exemplo mais óbvio, anunciantes que buscariam visibilidade focada dentro de grupos ou comunidades especificamente ligadas ao seu ramo de atuação. Poderiam ser também desenvolvedores de software que incluíssem na rede social uma versão de seus sistemas para promovê-lo e angariar mais usuários, além de diversas outras possibilidades.” (DONEDA, Danilo. Reflexões sobre a proteção de dados pessoais em redes sociais. *Revista de la red académica internacional de protección de datos personales*. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, a. 1, n. 12, jul./dez. 2012, p. 6).

previsão e vendas.” Para ela, “os capitalistas de vigilância descobriram que os dados comportamentais mais preditivos provêm da intervenção no jogo de modo a incentivar, persuadir, sintonizar e arrebanhar comportamento em busca de resultados lucrativos. Pressões de natureza competitiva provocaram a mudança, na qual processos de máquina automatizados não só conhecem o nosso comportamento, como também moldam o nosso comportamento em escala.”²⁹

Registre-se, todavia, que os impactos do capitalismo de vigilância não se restringem aos negócios realizados através da Internet, embora sejam por ela permeados. Com a sua expansão, a própria vida não conectada, analógica, passou a ser influenciada ativamente pelo mundo digital, através da publicidade comportamental operada *on-line*.³⁰

Diante dessa nova realidade, juristas apressaram-se para afirmar o surgimento de um novo direito fundamental à proteção de dados, a fim de protegê-los da extração desmesurada por parte das *big techs*. Na experiência estrangeira, Rodotà veio a afirmar que a proteção de dados constitui o direito fundamental mais expressivo da condição humana contemporânea.³¹ No mesmo sentido, no Brasil, Danilo Doneda defendia, já nos idos de 2006, a necessidade de se garantir a proteção de dados pessoais como um direito autônomo e fundamental.³² Não à toa, após anos de discussão e na esteira da legislação europeia, veio a ser promulgada em terras brasileiras a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais³³ e, posteriormente, com a edição da Emenda Constitucional nº 115/2022,³⁴ consagrado constitucionalmente o direito fundamental à proteção de dados, no art. 5º, LXXIX, da Constituição da República.³⁵

²⁹ ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021, p. 19.

³⁰ “O capitalismo de vigilância não está mais confinado ao drama competitivo de grandes empresas da internet, em que mercados futuros comportamentais eram a princípio visados na publicidade on-line. Seus mecanismos e imperativos econômicos tornaram-se o modelo-padrão para a maioria dos negócios que têm a internet como base. Por fim, a pressão competitiva levou a expansão para o mundo não conectado, onde os mesmos mecanismos fundacionais que expropriam a navegação on-line, as curtidas e os cliques guiam a sua corrida no parque, a conversa durante o café da manhã ou a procura por uma vaga de estacionamento.” Ibid., p. 21.

³¹ RODOTÀ, Stefano, op. cit., p. 21.

³² DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³³ BRASIL. *Lei n. 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2023.

³⁴ 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. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2023.

³⁵ Dispõe o artigo 5º, LXXIX, da Constituição: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2023.

Pouco se atentou, todavia, para a outra ponta do “mercado de comportamentos futuros”:³⁶ a da autonomia do consumidor, bombardeado por anúncios e manipulado em seus desejos de formas cada vez mais sutis através de meios publicitários absolutamente eficazes.³⁷ Em meio à nova realidade, o *ser* da autonomia distancia-se cada vez mais do seu *dever ser*. A liberdade de escolha do consumidor se torna cada vez mais uma utopia, diante de uma realidade em que ele é inconscientemente provocado a todo tempo a escolher o anunciante em vez do seu concorrente,³⁸ não em razão de um balanço racional de custo e benefício,³⁹ mas sim em razão da eficácia dos novos meios de propaganda.⁴⁰

Neste sentido, muito embora o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor⁴¹ vede a publicidade velada, estipulando que ela “deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”, a experiência do usuário de redes sociais denota realidade social absolutamente diversa. Nesses espaços, especialmente, o consumidor é bombardeado por anúncios velados, disfarçados de *posts* ordinários que, quando muito, são marcados ao final de sua descrição com a singela marcação “#publi”.

³⁶ A expressão é utilizada por Shoshana Zuboff para designar o mercado de predições e manipulações comportamentais em massa em que são matéria-prima os dados pessoais e clientes os fornecedores de produtos e serviços que se utilizam da publicidade comportamental como estratégia de vendas. ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*, op. cit., passim.

³⁷ “Neste sentido, com a análise voltada ao contexto da publicidade na internet, espaço no qual estão dispostos livremente dados pessoais e dados pessoais sensíveis acompanhados por detalhes e discussões íntimas dos indivíduos – manifestações de cunho político, por exemplo, é considerável admitir que o poder de persuasão da publicidade é possuidor de enorme potencial e fundamento, visto que vai se basear não mais em pesquisas e fundamentos gerais de mercado, voltado às massas, mas sim na individualização de sua publicação a cada destinatário.” ANJOS, Jéssica Mapeli dos; CATALAN, Marcos Jorge. Publicidade comportamental na internet e o direito à autodeterminação informativa. *Revista Fórum de Direito Civil* – RFDC, Belo Horizonte, ano 11, n. 31, set./dez. 2022, p. 16.

³⁸ “A vulnerabilidade informacional, associada ao déficit de informações (assimetria informacional) do consumidor na relação com o fornecedor, modifica-se na realidade do mercado de consumo digital. Resulta das novas tecnologias da informação o surgimento de novas formas de ofertas de produtos e serviços e sua contratação pelo consumidor, bem como de novos produtos ou serviços, cuja utilidade/funcionalidade é ampliada pela combinação/acoplamento entre eles.” MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de (orgs.). *Direito do Consumidor - 30 anos de CDC*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 239.

³⁹ “A internet revela-se ambiente propício a uma nova estratégia de comunicação, tendo em conta que as escolhas do consumidor não serão totalmente racionais (bounded rationality), mas influenciadas por cores, formatos, design, discurso e outros elementos da apresentação de produtos, serviços ou do próprio contrato, formando incentivos sensoriais ou emocionais direcionados à tomada de decisão. Assim, por exemplo, o estímulo emocional que pode ser utilizado para promover uma necessidade do consumidor, seja ela real ou criada artificialmente pelo fornecedor. A internet, pela aplicação de softwares de apresentação gráfica e, sobretudo, a personalização de ofertas e publicidade ao consumidor mediante tratamento de dados pessoais, potencializa os incentivos sensoriais ou emocionais para tomada de decisão do consumidor no mercado de consumo digital.” Ibid.

⁴⁰ “A publicidade, além de toda a sorte de sentimentos e interesses que é capaz de fazer nascer no consumidor, também é apta a legitimar o desejo do produto ou serviço do qual se está tendo conhecimento e dessa forma racionalizar aquela tomada de decisão que não surgiu espontaneamente¹³, mas através de estímulos diversos, os quais, a depender de sua intensidade, não permitem à pessoa identificar num primeiro contato ou reflexão de onde é que surgiu tamanha excitação. Nessa linha, há que se falar também a respeito do “consumo do mito” e do “mito do consumo” que a publicidade representa e dá fundamento.” ANJOS, Jéssica Mapeli dos; CATALAN, Marcos Jorge, op. cit., p. 18.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 18.

Torna-se, com isso, mais importante que nunca a rediscussão do papel da vontade nos contratos consumeristas, em especial — mas não somente — naqueles realizados on-line. Ainda mais do que antes, o conteúdo do negócio assume papel primordial na proteção do consumidor em face da mera declaração de vontade, e a liberdade de contratar — consubstanciada na liberdade de escolha — transfigura-se em valor fundamental a ser protegido nos contratos consumeristas.

3. A AUTONOMIA COMO INSTITUTO FUNCIONALIZADO À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Diante do quadro apresentado, como garantir que prevaleçam em favor do consumidor as garantias a ele outorgadas pelo ordenamento jurídico? Como instrumentalizar, em favor do consumidor, as garantias de liberdade de escolha e liberdade contratual garantidos pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Constituição da República? As vicissitudes da nova realidade social, descritas no capítulo acima, parecem impor que se repense o próprio conteúdo da autonomia do consumidor, uma vez que a simples afirmação da liberdade de escolha — de conteúdo essencialmente negativo — não parece suficiente para lidar com os novos ataques à própria vontade do consumidor. Afinal, como recorda Norberto Bobbio, para a tutela dos direitos fundamentais não basta a sua mera enunciação, é preciso pensar em formas de efetivamente concretizar a sua proteção.⁴²

Faz-se necessário reafirmar, assim, dentro do espectro da autonomia privada no âmbito das relações consumeristas, a relevância do estudo das novas vulnerabilidades que permeiam a liberdade de escolha do consumidor, de modo a garantir que “a identificação de diferentes critérios que expressem esta subordinação estrutural do consumidor ao fornecedor na relação de consumo também acompanhará as transformações do mercado de consumo”.⁴³ Nessa esteira, não se deve mais limitar o espectro do reconhecimento de eventuais vícios no consentimento do consumidor ou do seu processo de escolha apenas em face da publicidade que se mostra enganosa ou abusiva, decorrente “da falta ou à pouca qualidade da informação prestada”, mas

⁴² “O importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los não basta proclamá-los (...). O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção destes direitos” BOBBIO, Norberto. *Presente e futuro dos direitos do homem*. In: *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: LTC, 2020, p. 36 - 37. Esclareça-se que se parte da noção de que os “direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que quando se fala dos direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los das arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado (...), devendo-se, pois, protegê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas”. TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*. In: *Temas de direito civil*, 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 33.

⁴³ MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 238.

também “da ausência de habilidade ou familiaridade com o ambiente digital, o que repercute tanto na interpretação das manifestações nele emitidas ou recebidas, quanto na própria capacidade de resposta adequada a seus interesses nas relações jurídicas que resultem daí.”⁴⁴

Tampouco se deve limitar o escopo da vulnerabilidade do consumidor a critérios estritamente objetivos, ensejando a sua análise um exame detalhado de todas as circunstâncias que permeiam o contrato de consumo. Nas palavras de Nancy Andrichi, “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 extrema necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores.”⁴⁵

A autonomia do consumidor, nesse novo ambiente, é permeada, portanto, por uma nova espécie de vulnerabilidade, denominada *vulnerabilidade digital*. Seu reconhecimento no âmbito do direito consumerista permeia a autonomia do consumidor, tanto no momento formação do contrato com o fornecedor, quanto após a sua formação, no desenvolvimento do negócio.⁴⁶ A partir do seu reconhecimento, torna-se necessária a leitura da autonomia e do consentimento sempre como instrumento de proteção do consumidor, não podendo eles, jamais, serem alegados em desfavor do consumidor em um ambiente em que apenas um clique inocente pode significar a adesão em um ou mais contratos.

Acerca do momento da formação do negócio, deve-se ponderar acerca dos efeitos da vulnerabilidade digital sobre os vícios de vontade. Neste sentido, mais especificamente, seria possível cogitar da hipótese de verificação de erro, dolo ou lesão em contratos consumeristas, tornando-se anulável o negócio jurídico, quando este decorrer de publicidade comportamental velada no âmbito de redes sociais, por exemplo. A rigor, o elemento fundamental que une as três figuras — vícios na formação da vontade do consumidor, em detrimento do seu interesse — pode se ver configurado a partir da percepção de que as novas tecnologias utilizadas para a

⁴⁴ Ibid., p. 239.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 476.428/SC*. Relatora: Min. Fátima Nancy Andrichi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1673417&num_registro=200201456245&data=20050509&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 23 fev. 2023.

⁴⁶ “(...) a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” dessas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia a ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa.” MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270.

veiculação de anúncios de publicidade *online* possuem o condão de ludibriar o consumidor, levando-o a fazer escolhas irracionais que atentam contra o seu próprio bem-estar ou patrimônio.

Já no momento após a formação do contrato, seria possível cogitar de ao menos duas consequências inerentes ao reconhecimento dos efeitos da vulnerabilidade digital sobre as relações consumeristas. A primeira delas diz respeito à ampliação do escopo do direito de arrependimento, previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁷ Neste sentido, Bruno Miragem assevera que “quando se refere a compras feitas fora do estabelecimento do fornecedor, não mirava as relações de comércio eletrônico; identificado, porém, que as características do comércio eletrônico impunham ao consumidor condições semelhantes às compras a distância, a extensão do direito de arrependimento nos casos previstos nesta regra é o principal exemplo contemporâneo sobre seu exercício.”⁴⁸

Já a segunda consequência diz respeito ao fato de que a vulnerabilidade digital pode, ainda, produzir efeitos sobre a interpretação das cláusulas contratuais e eventual reconhecimento da sua abusividade. Isso porque, a manutenção da esfera protetiva da autonomia privada em meio à nova realidade impõe que ela seja interpretada, no mais das vezes, como um instrumento de proteção do consumidor — e não do fornecedor. Negócios jurídicos celebrados em meios digitais ou, ainda, fora deles, mas por influência de meios de publicidade comportamental que venham a produzir prejuízos ao consumidor, sujeitam-se a um controle *a posteriori* por parte do Poder Judiciário, de modo a perquirir até que ponto a sua formação se deu por uma verdadeira comunhão das vontades dos contratantes. Neste sentido, podem ser expurgadas cláusulas e interpretações contratuais que tenham por resultado prejuízos ao consumidor ou a sua sujeição a condições adversas quando verificar-se que a sua celebração se deu em detrimento de uma escolha efetivamente livre, por influência da publicidade comportamental.

CONCLUSÃO

Como se verificou no decorrer do presente trabalho, faz-se necessário premente cuidado ao tratar sobre o tema da autonomia privada do consumidor — especialmente sob o prisma da liberdade de contratar — em ambientes digitais ou sob influência das tecnologias de publicidade comportamental hodiernamente. Após a superação da concepção de autonomia oitocentista, cujos dogmas liberais impediam o exame do conteúdo dos pactos, ocorrida no âmbito do ordenamento brasileiro após a promulgação da Constituição de 1988, do Código de Defesa do

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 18.

⁴⁸ MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 240.

Consumidor e do Código Civil de 2002, a realidade social parece impor aos juristas que se dê um novo passo em prol da proteção da pessoa.

Tal passo perpassa pela necessidade de, mais uma vez, remeter o conteúdo da autonomia aos desafios impostos pela nova realidade social. Se antes os desafios advieram de crises sociais e econômicas, agora são as novas tecnologias e as alterações na dinâmica das relações econômico-sociais que impõem aos juristas a reflexão acerca da tutela da efetiva liberdade da pessoa humana, em especial no âmbito das relações consumeristas. Não parece bastar para tal tutela a mera enunciação do direito fundamental à proteção dos dados pessoais, especialmente se, no mais das vezes, o consumidor sequer consegue imaginar a extensão do uso dos seus dados para fins publicitários. Faz-se necessário também que “se atue na outra ponta” do negócio, na principal finalidade para a qual são extraídos e tratados os dados pessoais de usuários em massa.

A proteção do consumidor em meio ao advento do capitalismo de vigilância, deste modo, perpassa pela criação de um sistema uno, preocupado tanto com o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, quanto com as consequências do seu tratamento em massa para fins comerciais. Tal sistema, no âmbito da disciplina consumerista, deve observar todo um sistema pré-existente de proteção ao consumidor, cuja pedra angular é o reconhecimento da sua vulnerabilidade perante o fornecedor, para fins de interpretação dos seus institutos.

Neste sentido, em meio a tais percepções, expostas nos primeiros dois capítulos do presente trabalho, propõe-se no terceiro algumas consequências práticas do reconhecimento do estado de constante vulnerabilidade em que se encontra o consumidor em meio à nova fase do capitalismo. Se o instituto da autonomia privada é, na disciplina consumerista, informado pelas vulnerabilidades do consumidor e, na prática, o estado de vulnerabilidade foi agravado, o seu reconhecimento impõe uma resposta do ordenamento jurídico, que pode ser extraída da própria interpretação do sistema de proteção do consumidor no direito brasileiro.

Como se viu, tais respostas impactam os contratos de consumo — sejam eles de adesão, como de regra, ou não — tanto na sua fase de formação, permitindo que sejam eles invalidados caso se constate a ocorrência de vícios na vontade do consumidor, quanto na sua fase de desenvolvimento, permitindo a flexibilização do direito de arrependimento do consumidor e até a invalidação ou interpretação a favor do consumidor de cláusulas abusivas ou prejudiciais. A partir de tal instrumentalização, pode-se renovar a eficácia protetiva da autonomia privada frente ao novo quadro social que se impõe.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Jéssica Mapeli dos; CATALAN, Marcos Jorge. Publicidade comportamental na internet e o direito à autodeterminação informativa. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 11, n. 31, set./dez. 2022.

BOBBIO, Norberto. Presente e futuro dos direitos do homem. In: *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: LTC, 2020.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 476.428/SC*. Relatora: Min. Fátima Nancy Andrighi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequecial=1673417&num_registro=200201456245&data=20050509&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 23 fev. 2023.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Reflexões sobre a proteção de dados pessoais em redes sociais. *Revista de la red académica internacional de protección de datos personales*. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, a. 1, n. 12, jul./dez. 2012.

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

HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica européia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012.

HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX, 1914 - 1991*. Rio de Janeiro, Companhia das Letras, 1995.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua: acesso à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018*; Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101705>>. Acesso: 22 fev. 2023.

LACORDAIRE, Jean-Baptiste-Henri Dominique. *Conferénces de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1848.

MARQUES, Claudia Lima. 30 anos de Código de Defesa do Consumidor: revisando a teoria geral dos serviços com base no CDC em tempos digitais. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de (orgs.). *Direito do Consumidor - 30 anos de CDC*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARX, Karl. *A ideologia alemã*. São Paulo: Hucitec, 1992, p. 72.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Porto Alegre: L&PM, 2006.

MIRAGEM, Bruno. *Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo*. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima;

MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de (orgs.). *Direito do Consumidor - 30 anos de CDC*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. trad. Maria Cristina De Cicco. 3 ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Una Costituzione per Internet*. Notizie di Politeia, XXII, 82, 2006.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 163 jul./set. 2004.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*, 2ª edição, rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*. In: *Temas de direito civil*, 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O papel da vontade na interpretação dos contratos. *Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença*, S. I., v. 16, n. 1, p. 173 - 189, 2018. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/492>. Acesso em: 2 mai. 2023.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (org.), *Fundamentos do Direito Civil*, v. 3. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.