

A ilicitude do *spam* na divulgação de crédito consignado aos idosos

The illegality of spam in the disclosure of waive credit to elderly

La ilegalidad del *spam* en la divulgación de crédito consignado a los ancianos

  Antonio Carlos Efig¹

  Lucas Gabriel Troyan Rodrigues²

Resumo: O objetivo do artigo consiste em analisar os fundamentos que sustentam a ilegalidade da utilização do *spam* como instrumento publicitário direcionado ao público idoso, assim como a proposição de medidas jurídicas cabíveis para combater esta prática recorrente. A pesquisa desenvolve-se pelo método dedutivo, por meio da revisão bibliográfica, análise do ordenamento jurídico e entendimento jurisprudencial. A partir de uma abordagem qualitativa e descritiva na análise da hipervulnerabilidade do consumidor idoso e publicidades de crédito, acrescida da abordagem exploratória na propositura do regime jurídico aplicável à prática de *spam* no ordenamento brasileiro, constatou-se que, apesar do posicionamento doutrinário favorável, a hipervulnerabilidade do

1 Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1989), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Atualmente é professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (onde leciona na graduação, especialização, mestrado e doutorado), Professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Membro da Comissão Especial de Direito do Consumidor do Conselho Federal da OAB, sócio da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – São Paulo, conselheiro titular do Conselho Gestor do Fundo Estadual de Defesa do Consumidor e presidente comissão de Direito do consumidor – Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Paraná. Diretor do BRASILCON. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Coletivos, Direito Civil e Novos Direitos, atuando principalmente nos seguintes temas: direito do consumidor, código de defesa do consumidor, proteção de vulneráveis, prevenção e tratamento do superendividamento, consumo consciente e sustentável, pós consumo, contratos, contratos eletrônicos, direito eletrônico, direito digital, direito e novas tecnologias). E-mail: ace@eradv.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7060-2654>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0310045675906800>.

2 Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Por sua aptidão à pesquisa e elevado desempenho acadêmico, foi selecionado para o pioneiro programa denominado PIBIC Master – *Dual Degree*, o que possibilitou cursar o Mestrado de forma concomitante com os últimos dois anos da graduação, com bolsa integral de mérito. Além disso, durante a graduação concluiu três projetos de Monitoria e três projetos de Iniciação Científica, dentre estes dois contemplados com bolsa do CNPq. Parecerista de Periódicos Científicos, como a Revista do Ministério Público de Contas do Paraná – MPCPR. Membro Efetivo nas Comissões de Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil da OAB/PR. Membro Relator na Comissão de Direito Processual Civil da OAB/PR. Professor Universitário. E-mail: lucas.troyan@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8177-7791>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4431817103711276>.

consumidor idoso não é reconhecida de forma pacífica na jurisprudência. Ainda, a publicidade de crédito por meio da prática de *spam* somente logra tamanha dimensão pelo acesso indiscriminado as bases de dados do Poder Público pelas instituições financeiras, por convênios. Com isso, viabiliza a massiva publicidade que almeja impingir o consumidor idoso à contratação de serviços bancários, bem como inúmeras fraudes realizadas por terceiros a partir do acesso aos dados pessoais. Com base nos resultados, a pesquisa contempla uma etapa exploratória, na qual propõem-se medidas jurídicas potencialmente capazes de inibir a prática do *spam*. Especialmente, a revisão do entendimento jurisprudencial para reconhecer a ilicitude desta prática, a fim de conceber maior proteção aos consumidores e inibir a utilização indevida de seus dados. Ainda, a reelaboração das normativas internas de proteção e compartilhamento dos dados pessoais armazenados pelo Poder Público por violar a finalidade para qual os dados foram coletados.

Palavras-chave: Direitos do Consumidor Idoso. Oferta de Crédito. Spam e Publicidade Indesejada. Dados Pessoais. Práticas Abusivas.

Abstract: The objective of this article consists of analyzing the fundamentals that support the illegality of the use of spam as an advertising tool aimed at the elderly public, as well as the proposal of appropriate legal measures to combat this recurring practice. The research is developed by the deductive method, through literature review, analysis legal system and jurisprudential understanding. From a qualitative and descriptive approach in the analysis of the hypervulnerability of elderly consumers and credit advertisements, added to the exploratory approach in proposing the legal regime applicable to the practice of spam in the Brazilian law. It was found that despite the favorable doctrinal positioning, the hypervulnerability of the elderly consumer is not recognized peacefully in the jurisprudence. Still, credit advertising through the practice of spam only reaches such a dimension by the indiscriminate access to the Public Power databases by the financial institutions, by agreements. With this, it makes possible the massive publicity that aims to force the elderly consumer to hire banking services, as well as countless frauds carried out by third parties from the access to personal data. Based on the results, the research contemplates an

exploratory stage, in which legal measures potentially capable of inhibiting the practice of spam are proposed. Especially, the review of the jurisprudential understanding to recognize the illegality of this practice, in order to conceive greater protection to consumers and inhibit the misuse of their data. Also, the re-elaboration of the internal rules of protection and sharing of personal data stored by the Public Power for violating the purpose for which the data were collected.

Keywords: Elderly Consumer Rights. Credit Offering. Spam and Unwanted Advertising. Personal data. Abusive Practices.

Resumen: El objetivo de este artículo consiste en analizar los fundamentos que sustentan la ilegalidad del uso del spam como herramienta publicitaria dirigida al público de la tercera edad, así como la propuesta de medidas legales adecuadas para combatir esta práctica recurrente. La investigación se desarrolla por el método deductivo, a través de la revisión de la literatura, análisis del sistema legal y la comprensión jurisprudencial. Desde un enfoque cualitativo y descriptivo en el análisis de la hipervulnerabilidad de los consumidores mayores y los anuncios de crédito, sumado al enfoque exploratorio en la propuesta del régimen legal aplicable a la práctica del spam en la legislación brasileña. Se encontró que, a pesar del posicionamiento doctrinal favorable, la hipervulnerabilidad del consumidor anciano no es reconocida pacíficamente en la jurisprudencia. Aún así, la publicidad crediticia a través de la práctica del spam solo alcanza tal dimensión por el acceso indiscriminado a las bases de datos del Poder Público por parte de las instituciones financieras, por convenios. Con ello, se posibilita la publicidad masiva que tiene como objetivo obligar al consumidor mayor a contratar servicios bancarios, así como innumerables fraudes llevados a cabo por terceros desde el acceso a datos personales. Con base en los resultados, la investigación contempla una etapa exploratoria, en la que se proponen medidas legales potencialmente capaces de inhibir la práctica del spam. Especialmente, la revisión del entendimiento jurisprudencial para reconocer la ilegalidad de esta práctica, con el fin de concebir una mayor protección a los consumidores e inhibir el mal uso de sus datos personales. Asimismo,

la reelaboración de las normas internas de protección y puesta en común de datos personales almacenados por el Poder Público por violar la finalidad para la que fueron recabados.

Palabras clave: Derechos del Consumidor Mayor. Oferta de crédito. Spam y Publicidad no deseada. Datos personales. Prácticas abusivas.

Data de submissão do artigo: Abril de 2021.

Data de aceite do artigo: Maio de 2023.

Introdução

O constante envelhecimento populacional na sociedade brasileira gera interesse por parte de fornecedores em disponibilizar serviços e produtos personalizados, sob condições especiais, como forma de recompensar as circunstâncias provocadas pela senilidade, tal como denota-se na oferta de crédito destinada particularmente para este público.

Ocorre que a incessante e massiva publicidade de crédito aos idosos visa impingir a contratação de forma irresponsável, sem averiguar as condições fáticas de pagamento com observância de condições mínimas para sua subsistência. Além de que se vislumbram inúmeras abusividades e fraudes nas relações contratuais envolvendo idosos, em virtude de sua vulnerabilidade agravada, e, por consequência, acarretando situações de superendividamento.

A publicidade de crédito é direcionada e personalizada aos consumidores idosos com base no acesso indiscriminado aos dados pessoais, desprovido de qualquer consentimento ou potencial interesse destes consumidores em receberem tais comunicações, caracterizando a prática denominada de *spam*, já que a mensagem é indesejada e não solicitada, ou permitida.

Com isso, pretende-se responder a seguinte problemática: há necessidade e instrumentos jurídicos hábeis para combater a utilização do *spam*, empregado como instrumento publicitário e prática mercadológica, na divulgação de crédito consignado direcionado aos idosos, a fim de garantir a tutela correspondente com a condição de hipervulnerabilidade deste público?

Diante disso, a presente investigação tem como objetivo geral analisar os fundamentos que sustentam a ilegalidade da utilização do *spam* como instrumento publicitário direcionado ao público idoso, assim como a proposição de medidas jurídicas cabíveis para combater esta prática recorrente.

Para atingir o objetivo proposto, elege-se o método dedutivo, por meio da revisão bibliográfica de doutrinas e artigos nacionais e

estrangeiros, ordenamento jurídico e entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Com a utilização destes métodos, a análise da pesquisa ocorre com base em uma abordagem qualitativa e descritiva na análise da hipervulnerabilidade do consumidor idoso e publicidades de crédito, acrescida da abordagem exploratória na propositura do regime jurídico aplicável à prática de *spam* no ordenamento brasileiro.

Deste modo, a análise, inicialmente, perpassa por uma breve contextualização da hipervulnerabilidade do consumidor idoso e o posicionamento jurisprudencial em relação às questões sensíveis a este público, especialmente ao não reconhecer a necessidade de tratamento diferenciado, bem como considerar a prática de *spam* como mero dissabor. De igual maneira, é analisada a fragilização da manifestação de vontade do consumidor em decorrência das publicidades de crédito e o estímulo para sua contratação de forma irresponsável, de modo a comprometer sua subsistência.

Em seguida, abordam-se as características e definição acerca da ilegalidade da prática de *spam*, principalmente no que se refere à ramificação comercial, utilizado para disseminar publicidades personalizadas ao público idoso em diferentes meios de comunicação. Instrumentalizada a partir do acesso imoderado as bases de dados do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, por meio de convênios e normativas internas do órgão.

Ao final, realiza-se uma análise exploratória e propositiva de mecanismos jurídicos aplicáveis para combater a prática de *spam* comercial para divulgação de crédito ao público idoso, a fim de conceber a proteção correspondente à sua vulnerabilidade agravada. Dentre os quais destacam-se projetos legislativos pertinentes com relevância jurídica e política, a necessidade de reestruturar a proteção e transmissão de dados pessoais detidos pelo Poder Público e os impactos ocasionados pela Lei Geral de Proteção de Dados.

1 A publicidade de crédito consignado como estímulo ao superendividamento e a tutela do consumidor idoso

No cenário brasileiro, verifica-se o acelerado envelhecimento da população, de modo a aumentar o percentual de idosos que compõem a pirâmide demográfica. Conforme apontam os dados da Agência IBGE de Notícias (2018), entre os anos de 2012 e 2017, houve o crescimento de 18% desta parcela populacional, ou seja, pessoas que possuem 60 anos ou mais. Este dado, na atual sociedade, que possui como um de seus aspectos determinantes o consumo, caracteriza maior expansão da oferta de produtos e serviços destinados para este público, bem como a necessidade de tutelar essas relações.

A participação dos idosos no mercado se dá notadamente pelo consumo; assim, suas formas de renda, em especial pensões e aposentadorias, passam a ser cortejadas por fornecedores dispostos a oferecer serviços ou produtos específicos e personalizados para terceira idade (MOTTA, 1998 *apud* MARQUES, 2014, p. 381).

Em decorrência do envelhecimento populacional, os idosos têm logrado proteção de legislações especiais, pois há uma parcela deste público que participa ativamente em diferentes setores do mercado, e outra que carece de auxílio e maior proteção para realizar negócios jurídicos.

Portanto, torna-se necessário analisar as especificidades desta parcela populacional que conta com fragilidades naturais, além da presunção legal de vulnerabilidade pela condição de consumidor (EFING: 2014; 25-28).

1.1 A hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada do consumidor idoso

A presunção de vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo decorre da notória desigualdade entre as partes que integram a relação, seja pela assimetria informacional ou poder econômico, incluindo a vulnerabilidade técnica, jurídica, política,

psíquica e ambiental (EFING: 2014; 28-29). Deste modo, é indispensável a tutela estatal para proteção do ente desfavorecido, assim como para buscar o equilíbrio na relação contratual a fim de confirmar as legítimas expectativas das partes.

Deste modo, o constituinte brasileiro consagra a proteção do cidadão consumidor como um direito fundamental (art. 5º, XXXII, CF) e princípio da ordem econômica (art. 170, V, CF), além da ordenança expressa para elaboração do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) no Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (art. 48), o qual é composto por normas de ordem pública, indisponíveis e de caráter cogente que devem ser aplicadas em todas as relações jurídicas de consumo (EFING: 2016; 84-91).

Em alguns casos, em virtude de condições pessoais do consumidor, permanentes ou transitórias, a tutela deverá ser diferenciada e reforçada em razão do maior grau de vulnerabilidade por suas peculiaridades, caracterizando um cenário de vulnerabilidade agravada, terminologia adotada por Bruno Miragem (2016; 131), ou hipervulnerabilidade, utilizada originalmente pelo Min. Antônio Herman Benjamin (OLIVEIRA: 2014; 58), mas amplamente difundida e aceita na esfera doutrinária e jurisprudencial, conforme aponta Cláudia Lima Marques (2014; 358; 384).

Assevera Herman Benjamin, ao relatar o Recurso Especial nº 586.316, que os hipervulneráveis encontram maiores dificuldades nas relações de consumo massificadas da sociedade atual por conta de suas especificidades. Tornando indispensável a proteção específica desta parcela consumidora, considerando que “ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador” (BRASIL: 2007).

Dentre estes, estão os idosos, maiores de 60 anos de idade, os quais, por conta de sua idade avançada, tornam-se mais vulneráveis aos abusos e discriminações. Por isso, possuem proteção especial no texto constitucional (art. 230 CRFB) para assegurar-

-lhes a dignidade da pessoa humana, o dispositivo constitucional recebe maior efetividade com o advento do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

Neste sentido, Barletta (2008; 90-92) aponta a necessidade de considerar o direito à proteção integral e o princípio do melhor interesse dos idosos. Com o propósito de efetivar a dignidade garantida no texto constitucional, já que a pessoa idosa é mais vulnerável que as outras de faixa etária distinta, sendo imperioso considerar as peculiaridades desta parcela da população para possibilitar a convivência entre gerações de maneira condigna.

A senilidade consiste em um fator que intensifica a vulnerabilidade do consumidor, carecendo de tutela qualificada e individualizada para concretizar a igualdade material no plano ontológico em decorrência das alterações físicas, psicológicas e sociais que tornam esta parcela da população mais suscetível a abusos, os quais podem gerar consequências mais gravosas. Esta temática evidencia-se no âmbito do acesso ao crédito, nas quais a figura do consumidor idoso é alvo de inúmeras práticas abusivas (ROSA, BERNARDES e FÉLIX: 2017; 547-549).

Assim, Schmitt (2011; 5-8) aponta que o consumidor idoso é duplamente vulnerável com base no texto constitucional, o que deve ser considerado na interpretação legal e contratual, bem como no controle de abusividade das cláusulas. Isso caracteriza uma tutela reforçada e diferenciada correspondente à sua condição de hipervulnerabilidade, em especial nos contratos de assistência à saúde e concessão de crédito.

Esta condição destaca-se de forma específica no art. 39, IV do Código de Defesa do Consumidor, dentre outras previsões igualmente aplicáveis, para considerar nula de pleno direito qualquer prática que busque se prevalecer da fraqueza ou ignorância do consumidor em decorrência de sua idade. Não se pode desconsiderar a necessidade que este público possui em face de determinados serviços, assim como a expectativa de solucionar determinadas dificuldades da terceira idade pela suposta personalização de produtos ou serviços.

Bruno Miragem (2016; 134) destaca que a hipervulnerabilidade dos idosos sustenta-se em dois aspectos principais: (I) redução de aptidões físicas ou intelectuais, que enfraquecem sua capacidade de negociação com os fornecedores; e, (II) profunda dependência de determinados produtos ou serviços, essenciais para esta faixa etária, em virtude do potencial dano decorrente de sua interrupção.

Cláudia Lima Marques (2014; 381-382) constata que a vulnerabilidade é potencializada pela necessidade imediata de que os idosos possuem acerca de determinados serviços e produtos, em virtude de doenças e até mesmo risco de vida, haja vista que esta faixa etária é, naturalmente, mais atingida por problemas de saúde.

De mesmo modo, acrescenta-se o terceiro aspecto, inerente à sociedade tecnológica e informacional, na qual os idosos encontram-se em situação de hipervulnerabilidade frente às novas tecnologias. A utilização de equipamentos e serviços eletrônicos é indispensável, especialmente nos serviços bancários, nos quais estão mais suscetíveis a fraudes ou práticas abusivas por desconhecer aspectos técnicos de utilização do serviço (COELHO e AYALA: 2019; 255).

No aspecto informacional, os idosos são considerados “imigrantes digitais”, uma vez que não nasceram no mundo digital, mas que buscam, com dificuldades, se adequar aos inúmeros aspectos das novas tecnologias, de modo que sua utilização mormente ocorre como apoio para as atividades diárias, enquanto para os “nativos digitais”, a tecnologia está completamente integrada nas tarefas diárias (EFING: 2014; 36-37).

Para ilustrar, tem-se o caso analisado por Nerilo (2017; 403-404), onde a consumidora idosa realizou de forma equivocada a contratação de empréstimo consignado via terminal eletrônico do banco, e, logo após, buscou o cancelamento administrativo ao verificar o engano. Sem êxito, ela ficou compelida a buscar a tutela jurisdicional para cessar o desconto em seus proventos com base no vício de consentimento, já que realizou a contratação por engano e dificuldades de manusear o equipamento, resultando no acolhimento de sua demanda pelo Poder Judiciário.

A hipervulnerabilidade dos consumidores idosos faz com que estejam mais suscetíveis às agressivas práticas mercadológicas de venda. Isso reforça e maximiza a incidência dos deveres anexos de conduta, visando a cooperação entre as partes, principalmente no que se refere ao dever de a parte fornecedora informar adequadamente as condições pactuadas para atingir a finalidade almejada pelas partes, conferindo tutela especial ao consumidor idoso (BARLETTA: 2008; 263).

1.2 A atuação dos tribunais e as iniciativas legislativas para tutela dos idosos

No que se refere ao reconhecimento pelos tribunais das condições especiais do consumidor idoso, Claudia Lima Marques (2014; 370; 373; 376; 384) constata que a jurisprudência está sensível para protegê-los de forma adequada, referindo-se aos casos de reconhecimento da relevância social no lazer destinado aos idosos, de modo que tornou obrigatório o cumprimento de leis estaduais que prevejam o acesso gratuito em estádios de futebol, assim como na manutenção de contratos cativos de longa duração e no reconhecimento de danos morais coletivos destinados à esta categoria.

Assim, em relação aos casos de plano de saúde, nos quais a dependência está intrínseca aos serviços prestados, o Superior Tribunal de Justiça tem firmado entendimento pela impossibilidade de exclusão do dependente idoso após a morte do titular, mesmo que a contratação seja coletiva por adesão, pautado nos princípios da confiança e dignidade da pessoa humana. Portanto, reconhecendo a condição de hipervulnerabilidade, pela manifesta dificuldade que este idoso encontraria para contratação de novo plano, além da violação do pacto entre gerações por contribuir ao plano quando mais jovem com menor índice de sinistralidade e impossibilitado de usufruir na faixa etária com maior necessidade (BRASIL: 2020a).

Contudo, especificamente na esfera de créditos bancários, não são incomuns decisões que ignoram as peculiaridades do cidadão idoso, chancelando as práticas abusivas de instituições bancárias em desfavor do consumidor idoso, desconsiderando a necessidade de tutela especial correspondente à sua notória hipervulnerabilidade.

Analisa-se o caso da Ação Civil Pública que questionava a prática do “Cartão Sênior”, direcionado aos idosos e violando algumas diretrizes legais concernentes a este público, especialmente por resultar em um financiamento automático após o inadimplemento parcial da fatura com juros elevados (BRASIL: 2007). Neste caso, a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região tornou-se referencial, citada nos trabalhos de Oliveira (2014; 62) e Schmitt (2011; 473), em virtude do reconhecimento da manifesta abusividade, caracterizada pela utilização do cartão de crédito para burlar o limite máximo de empréstimo consignado e as respectivas taxas de juros remuneratórios. Além da captação dos consumidores no momento do recebimento do benefício previdenciário, por meio da oferta de cartões de crédito com limites superiores à capacidade que os consumidores poderiam contrair sem comprometer suas necessidades vitais.

Todavia, em sede de Recurso Especial nº 1.358.057, o Superior Tribunal de Justiça reformou a decisão exarada e entendeu por legitimar a prática, fundamentando que o reconhecimento da hipervulnerabilidade seria um tratamento discriminatório e indevido para esta parcela da população, vedado pelo Código de Defesa do Consumidor e Estatuto do Idoso, uma vez que a senioridade não é sinônimo de tolice, não restando demonstrada qualquer abusividade no caso concreto (BRASIL: 2018).

Em decorrência deste entendimento, torna-se evidente a necessidade de aprovação do Projeto de Lei nº 3.515/2015, que visa aprimorar o Código de Defesa do Consumidor para atender a indispensável tutela nas situações de superendividamento e prevê a alteração do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) para possibilitar a negativa de concessão de crédito aos idosos fundada

no superendividamento. A aprovação do referido Projeto de Lei irá descaracterizar a possível discriminação prevista no art. 96 do Estatuto, inclusive mencionada nas razões decisórias do Recurso Especial supracitado para afastar a aplicação de tutela específica ao idoso, sob o argumento da igualdade, confirmando na legislação a necessidade de tratamento especial para os idosos em operações de concessão de crédito.

A proposta de aprimoramento do CDC pode ser vista como uma discriminação positiva legal, encontrando guarida nos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva. Assim, os fornecedores devem agir de forma mais protetiva e sensível em face desses sujeitos como forma de cumprir os deveres de lealdade, cooperação, informação e cuidado. Em todos os casos, alertar o idoso sobre todos os riscos oriundos da operação de crédito, e ainda, a própria negativa de concessão nos casos que possam ocasionar o fenômeno do superendividamento (MARQUES: 2014; 377).

Os deveres de lealdade, informação e colaboração impõem que as instituições financeiras considerem as particularidades do consumidor idoso, avaliando as condições reais de pagamento do crédito sem comprometer os recursos necessários para suas despesas ordinárias e vitais, inibindo o consumo irresponsável de crédito e o fenômeno do superendividamento (MIRAGEM: 2016; 136).

Por força da função social dos contratos e cláusula geral de boa-fé objetiva, princípios que decorrem diretamente de diretrizes constitucionais, será possível efetivar e promover direitos fundamentais e o desenvolvimento social. A partir da influência do texto constitucional nas relações privadas, as relações jurídicas contratuais, além de estarem destinadas para circulação de riquezas, abarcam os legítimos interesses da sociedade e os valores constitucionais (EFING: 2016; 163-166).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.783.731, considerou que não há qualquer ilegalidade na negativa de concessão ou renegociação de empréstimo consignado quando a soma da idade do consumidor e o prazo de pagamento ultrapassar 80 anos, com o fundamento de

consistir em um critério lógico abstrato pela necessidade de inibir o superendividamento da pessoa idosa, bem como pelas outras possibilidades de concessão de crédito (BRASIL: 2019).

O critério utilizado pela instituição financeira pode ser considerado como uma forma de concessão responsável de crédito. Entretanto, a generalização da normativa poderá prejudicar alguns casos específicos, uma vez que a análise de crédito deverá ser personalizada conforme as condições do consumidor. Isso possibilita a interpretação de que a instituição busca apenas minimizar seu ínfimo risco de inadimplemento.

Desta forma, com base no projeto legislativo e entendimento jurisprudencial, conclui-se que a análise para concessão do crédito de forma responsável com base na boa-fé e seus deveres anexos pode, e deve, considerar a idade como um dos critérios para avaliar as condições efetivas de pagamento, sem comprometimento imoderado da renda, contudo, sem um critério fixo e absoluto. Deve-se considerar o percentual máximo disponível para consignação, a quantidade de operações financeiras em execução, entre outros, sem que isso configure uma discriminação negativa em face ao público idoso, diante da necessidade de inibir o fenômeno do superendividamento.

Ademais, o fenômeno do superendividamento tem se desencadeado exponencialmente no cenário brasileiro, tanto pela concessão irresponsável de crédito como por fatores mais atrelados à volatilidade da sociedade moderna. Os cidadãos obrigatoriamente submetem-se ao endividamento para adquirir bens de maior custo, ou por decorrência de acidentes da vida acabam impossibilitados de adimplir com a obrigação.

Este fenômeno possui um aspecto econômico, sendo reconhecido e regulamentado em países de viés mais liberal, bem como em países mais sociais, para exemplificar Estados Unidos e França, respectivamente.

Como demonstra Bertocello (2015; 47-64), resguardadas suas respectivas diferenças, todas essas legislações buscam a reinserção

social do cidadão ao mercado de consumo e de trabalho, evitando a exclusão social e garantindo o mínimo existencial ao devedor.

A legislação norte-americana adota o modelo denominado *fresh start* (novo começo), pelo qual o superendividamento decorre de uma falha de mercado, sendo necessário corrigi-la para inserir o indivíduo novamente na economia, sem uma finalidade necessária e pedagógica acerca do consumo de crédito. Enquanto o ordenamento francês adota o modelo de plano de pagamento e reeducação, o qual promove a educação financeira e consumo responsável (MONTAÑEZ e EFING: 2018; 62-64).

Em relação à conceituação deste fenômeno social, verifica-se no Projeto de Lei nº 3.515/15 supracitado, como a “impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial.”

O superendividamento pode ser classificado como: (I) passivo, quando a impossibilidade de cumprimento das obrigações contraídas advém de fatos supervenientes e alheios à vontade do consumidor, perfeitamente ilustradas pelos acidentes da vida como enfermidades, desemprego, divórcio, entre outros; (II) ativo, quando o indivíduo corrobora para impossibilidade de pagamento das dívidas, mormente gastando mais do que efetivamente pode pagar. Este, por sua vez, subdivide-se em: (a) consciente, quando há má-fé ou intenção de contrair dívidas para não pagar; (b) inconsciente, gerado pela falta de gestão familiar e educação financeira, mas sempre de boa-fé, prezando pelo cumprimento da obrigação (BERTONCELLO: 2015; 42-44).

No ordenamento jurídico brasileiro, não há previsões específicas para tratar os casos de superendividamento, embora contemple como direito básico do consumidor a revisão contratual quando a obrigação se tornar excessivamente onerosa por fatos supervenientes, encontrando correspondência com o superendividamento passivo. Todavia, a ausência de regulamentação específica abre margem de discricionariedade ao julgador, ainda que

as normas sejam de natureza cogente e interesse público, acabam por encontrar dificuldades de efetividade em sua aplicação.

Com isso, algumas esferas do Poder Judiciário têm adotado projetos independentes de enfrentamento do superendividamento, que também dependem da adesão dos fornecedores. Estes projetos têm gerado excelentes percentuais de êxito na negociação, a título de exemplo, nas comarcas de Porto Alegre: índices superiores a 70% como demonstram Marques, Lima e Bertoncetto (2010; 138); e no Rio de Janeiro, superior a 60%, conforme dados da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2018; 22), consolidando a importância da atuação estatal nestas relações e benefícios socioeconômicos para sociedade.

O superendividamento tem afetado significativamente os idosos, especialmente pela contratação de crédito consignado, estimulada pela publicidade intensa das instituições financeiras que adotam estratégias de se apresentarem como “amigo” do aposentado ou pensionista, a ponto de ofuscar os interesses econômicos do fornecedor e maximizar os aspectos positivos ao consumidor, omitindo todos os demais riscos (DOLL e CAVALLAZZI: 2019; 316).

O inadimplimento dos idosos, segundo os dados da Serasa Experian, aumentou em 9,3% entre os meses de maio de 2018 a 2019, representando cerca de 1,4 milhão de novos inadimplentes. Pelos dados do Serviço de Proteção ao Crédito, em relação ao mesmo período, o percentual consiste em 9,2%, mas a faixa etária considerada é a partir dos 65 anos, enquanto na anterior é 60 anos (SIQUEIRA: 2019).

A necessidade de proteção do público idoso não é apenas em decorrência do crescimento desta parcela da população, mas também pelo fato de que o idoso, em diversos casos, sustenta ou colabora para a renda familiar com sua aposentadoria, e, por consequência, as abusividades afetam a subsistência do idoso e de seus familiares (EFING: 2014; 30). Esta constatação também encontra correspondência no projeto de Porto Alegre (61%), com base na pesquisa de Marques (2015; 18), e no Rio de Janeiro (67%),

segundo os dados da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2018; 3).

Portanto, o protagonismo dos idosos na composição da renda familiar faz com que a proteção destinada para este público, especialmente para inibir situações de superendividamento, assegure condições de vivência condigna para os idosos hipervulneráveis e seus familiares, potencialmente dependentes de seus proventos.

1.3 O necessário enfrentamento da publicidade de crédito

A publicidade de crédito fragiliza a manifestação de vontade do consumidor idoso, pois pelo emprego de mecanismos para persuadir e convencer, acaba por aflorar a hipervulnerabilidade deste público, acarretando a displicência do consumidor em determinar suas prioridades e necessidades (EFING: 2014; 30). Nas palavras de Montañez e Efin (2018; 47) “o crédito permite o acesso aos modelos de vida estandardizados, à felicidade prometida e vendida pela propaganda, e às falsas necessidades criadas”.

No que se refere à modalidade de empréstimos consignados, impõe-se maior cautela considerando que há o desconto imediato na fonte de renda do consumidor e o objetivo de facilitar o acesso de crédito com menores taxas de juros não pode ofuscar os riscos inerentes ao comprometimento de renda, sem a possibilidade de o consumidor optar por inadimplir. De modo que se justifica a limitação legal em consignar ao máximo de 35% dos rendimentos, a fim de garantir a subsistência do consumidor, sendo 5% destinados exclusivamente para saques ou amortização de contas via cartão de crédito (EFING: 2016; 267-269).

Atualmente, a margem consignável se expandiu para 40%, preservando o percentual de 5% aos cartões de crédito, considerando a alteração legislativa por meio da Medida Provisória nº 1.006/2020, que aumentou o percentual consignável via empréstimos durante o período pandêmico ocasionado pelo Covid-19 (Coronavírus) para viabilizar acesso a maiores quantias de crédito,

contudo, poderá agravar o fenômeno do superendividamento em período posterior a pandemia.

Com isso, verifica-se que a publicidade desta modalidade de crédito dirigida ao público idoso apresenta-se como estímulo ao fenômeno do superendividamento, pois induz a contratação de crédito de forma imprudente, sem observância dos deveres anexos oriundos da boa-fé objetiva, dando ensejo a necessária atuação estatal para garantir-lhes a proteção correspondente à sua condição de hipervulnerabilidade.

2 A ilegalidade do *spam* como instrumento publicitário e prática abusiva

No contexto dos empréstimos consignados destinados aos idosos, vislumbram-se inúmeras irregularidades, desde abusos por parte das financeiras até fraudes realizadas por terceiros, principalmente diante das facilidades e ausência de protocolos de segurança adequados para registro destas contratações junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS.

Este cenário se agrava pela presunção de legalidade, decorrente do princípio da confiança do consumidor em face do Poder Público, haja vista que os contratos são operacionalizados por meio de convênios de instituições financeiras e o INSS. Para o consumidor, a instituição pública não permitiria abusos ou ilegalidades, atribuindo uma aparência de legitimidade às operações. Entretanto, na realidade, se verifica que não há qualquer ingerência ou simples conferência por parte do INSS (NERILO: 2017; 403-405).

Ainda, as fraudes realizadas por terceiros e abusividades das instituições financeiras resultam em situações que tornam os idosos vítimas de violência financeira, uma vez que se apropriam indevidamente de seus proventos e comprometem sua subsistência. O que pode ocasionar danos imensuráveis pela sua condição de hipervulnerabilidade e dependência de determinados produtos ou serviços.

Com isso, focar-se-á nas controvérsias relacionadas à publicidade de crédito direcionada ao público idoso, que se socorre do emprego de diversos instrumentos publicitários e técnicas mercadológicas, especialmente a partir da tecnologia fundada em imensos bancos de dados, protagonistas na sociedade tecnológica e informacional.

2.1 A publicidade direcionada por meio de *spam*

Com o surgimento da publicidade direcionada, as práticas tradicionais de comunicação em massa tornam-se ineficientes, principalmente pela modalidade comportamental online. Utilizam-se os registros de navegação do usuário para estabelecer suas preferências, e, por consequência, oferecer-lhe produtos e serviços potencialmente desejados, logrando maior efetividade na publicidade por empenhar esforços para determinado público, possibilitando inclusive mensurar o interesse dos consumidores pelo material publicitário (BIONI: 2019; 15-19).

Dentre as diversas formas de realizar a publicidade comportamental online, insere-se a prática do *spam*, que consiste basicamente em mensagens eletrônicas indesejadas e não solicitadas ou permitidas, abarcando um conteúdo publicitário (comercial) ou conteúdos de caráter não comercial, bem como materiais falsos para ludibriar o destinatário em efetuar algum ato fraudulento.

A terminologia abrange mensagens eletrônicas não solicitadas, como e-mails, mensagens em redes sociais e outros meios, com conteúdo uniforme e encaminhada para diversos destinatários. É preponderante a análise subjetiva dos critérios de utilidade e conveniência da mensagem para o destinatário final para, posteriormente, caracterizá-la como *spam* (HOEPERS, FAULHABER, STEDING-JESSEN e COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL: 2015; 26-27).

A ramificação comercial consiste em uma forma de marketing direto, que tem como objetivo principal anunciar e promover bens e serviços, sem que haja uma relação prévia com o consumidor, destinatário final, bem como a coleta de seu consentimento para

envio de tal conteúdo publicitário (HAMANN e PAPADOPOULOS: 2014; 44-46).

Portanto, o termo *spam* pode ser definido como uma mensagem eletrônica com características comerciais diretas ou indiretas, enviada para múltiplos destinatários de forma consciente, com conteúdo padronizado, sem que haja potencial interesse do destinatário final. Ou seja, não há relação prévia com o remetente ou autorização para o envio de correspondências eletrônicas (PARENTONI: 2012; 19).

A utilização deste instrumento não possui regulamentação na legislação nacional, por isso há inúmeros abusos por meio de sua utilização, os quais acarretam problemas não detectados em primeira análise pelos consumidores. Dentre estes, a precarização da conexão à internet, custos de suporte técnico, inserção em *blacklists* e precarização dos serviços de comunicação, o que reduz sua liberdade e faz com que muitos conteúdos sejam automaticamente taxados como indesejados (HOEPERS, FAULHABER, STEDING-JESSEN e COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL: 2015; 21).

De igual maneira, tal prática demonstra-se lucrativa para os fornecedores na publicidade de seus produtos e serviços, considerando o envio de mensagens tem pouco custo ao remetente, além de que a maior parcela dos custos operacionais para armazenar os grandes volumes de informação são custeados pelos destinatários que sequer desejam receber as mensagens ou computadores infectados (AGRA e BARBOZA: 2018; 80).

Por outro lado, o índice de respostas ou interações pelos destinatários finais são ínfimos, de forma que se torna necessário o envio de mensagens para um grande volume de endereços eletrônicos, capazes de proporcionar ao remetente o mínimo de interações necessárias e tornar a atividade economicamente atrativa e efetiva (LEMOS, DONEDA, SOUZA e ROSSINI: 2007; 20).

Contudo, cabe mencionar que uma única mensagem enviada para um único destinatário poderá ser classificada como *spam*, pois a análise deve estar centrada no conteúdo e a fixação de um critério

numérico dificultaria a configuração de tal prática, e especialmente, a proteção do consumidor (HAMANN e PAPADOPOULOS: 2014; 46).

Apesar da ausência de legislação específica, a tutela dos cidadãos consumidores é inafastável, por ora destinatários das práticas publicitárias, considerando que a exposição à práticas mercadológicas constitui elemento suficiente para equipará-los com a figura de consumidor e incidência do Código de Defesa do Consumidor (art. 29 do CDC), inclusive no plano coletivo (parágrafo único do art. 2º do CDC).

Principalmente, pelo fato de que as publicidades se caracterizam como elementos pré-contratuais vinculantes, ensejando a obrigatoriedade de boa-fé objetiva e seus deveres anexos, pelos quais se exige o comportamento fidedigno apto a cumprir as legítimas expectativas contratuais (EFING: 2016; 96-101).

Apesar disso, ao analisar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, exarado no Recurso Especial nº 844.736, constata-se que o recebimento de reiteradas correspondências eletrônicas comerciais indesejadas, suficientes para caracterizar a prática do *spam*, ainda que o consumidor tenha expressamente solicitado o cancelamento, não configura prática mercadológica abusiva ou ofensa aos direitos do consumidor e sequer enseja pretensões indenizatórias (BRASIL: 2009).

Este entendimento deverá ser superado, especialmente diante do advento de legislações voltadas para proteção do usuário consumidor no âmbito digital e garantia do direito fundamental à privacidade, bem como seu consentimento para utilização de dados pessoais para fins publicitários.

2.2 O protagonismo dos dados pessoais para operacionalizar a prática de *spam*

O fenômeno do *spam* apenas logra tamanha proporção de alcance para incontáveis destinatários em virtude do acesso e manipulação dos dados pessoais dos usuários. Para formar bancos de dados categorizados conforme os potenciais interesses, faixa etá-

ria, hábitos de consumo e outras características, de maneira que a mensagem seja encaminhada para todos os usuários abarcados por determinado perfil, resultando na rentabilidade da prática.

Desta forma, as instituições financeiras utilizam-se dos dados pessoais do público idoso para disseminar anúncios personalizados conforme seus interesses pessoais, datas comemorativas, épocas festivas e de férias. Possui o intuito de persuadi-los à contratação de empréstimo consignado para satisfação das supostas necessidades oriundas da publicidade, concedendo condições especiais e imperdíveis, ou pela simples promessa de que não haverá consulta aos órgãos de restrição de crédito.

No contexto da sociedade tecnológica informacional, Bioni (2019; 15-24) demonstra como as plataformas digitais colhem, armazenam e categorizam os dados dos usuários para formação de imensos bancos de dados, pelo qual se viabiliza traçar o perfil de determinado grupo de usuários e personalizar os conteúdos de forma cirúrgica. Nas palavras de Barbosa (2013; 149), "é com esses dados que o fornecedor vai negociar, futuramente, com outras empresas, as quais encherão as caixas de mensagens dos consumidores com *spam*."

Ocorre que, no âmbito das financeiras que realizam a publicidade de crédito direcionada ao público idoso, o ponto que merece destaque não está apenas na ilegalidade da captura e mineração dos dados ou na própria comercialização de tais bancos de dados, mas também no fato de que os bancos de dados com as informações pessoais dos aposentados e pensionistas são disponibilizados pelo INSS a partir de convênios firmados com as financeiras, regulados pela Instrução Normativa nº 28/2008, supostamente com base na livre iniciativa empresarial.

A simplificação dos procedimentos de consignação do pagamento surge no momento de crise econômica para impulsionar o consumo e a economia interna, todavia, com desatenção aos imensos riscos que isso representa para a subsistência dos beneficiários. O acesso indiscriminado aos dados pessoais armazenados

pelo INSS agrava a vulnerabilidade do público idoso, pois, além potencializar a possibilidade de fraudes de terceiros, viabiliza inúmeros abusos contratuais de renegociação e consignação de parcela mínima de cartões de crédito por parte das instituições financeiras (NERILO: 2017; 402-404).

O compartilhamento de dados pessoais entre o INSS e as instituições financeiras viabiliza o assédio constante ao público idoso para impingir a contratação de inúmeras possibilidades de crédito, supostamente benéficas. Ofertas de crédito e comunicações que o consumidor nunca solicitou ou demonstrou interesse, a partir de fornecedores com os quais nunca negociou, resultando na completa violação de sua privacidade, além do incessante aborrecimento pelas rotineiras mensagens eletrônicas.

Configura-se a prática do *spam* pela utilização de inúmeras ferramentas tecnológicas com finalidade publicitária de forma indesejada que não encontra respaldo no potencial interesse do consumidor, e, portanto, caracteriza prática abusiva por buscar agravar a natural vulnerabilidade do consumidor, além de prevalecer-se de sua hipervulnerabilidade gerada pela senilidade (art. 39 CDC).

Conforme adverte Benjamin (2007), para análise da publicidade enganosa deverá considerar o conteúdo anunciado, aspecto objetivo, e o tipo de consumidor destinatário, aspecto subjetivo, de modo que configurar-se-á em face público destinatário específico. Ainda que a potencialidade enganosa se refira apenas para uma determinada minoria de consumidores, como, por exemplo, os idosos (BENJAMIN, MARQUES e BESSA: 2007; 203-205).

Assim, o *spam* figura como prática mercadológica abusiva por violar a privacidade e o direito à não informação do consumidor em decorrência do assédio constante na forma de publicidade agressiva. Além da possibilidade de o próprio conteúdo da mensagem configurar publicidade enganosa ou abusiva, dando ensejo ao duplo ilícito, (ou seja, a prática abusiva pelo envio de *spam* acrescida da publicidade abusiva ou enganosa conforme a análise do conteúdo) o que acarreta a lesão aos direitos do consumidor

pelo recebimento de publicidades não autorizadas ou desejadas (CASSI e EFING: 2018; 79-82).

3 Instrumentos jurídicos de combate às práticas abusivas e publicidades de crédito por meio de *spam*

Doravante, buscar-se-á analisar alguns instrumentos jurídicos hábeis para serem manejados para combater a prática do *spam* e todos os efeitos decorrentes da publicidade indesejada e direcionada ao público idoso para impingi-los em contrair empréstimos consignados, e, por vezes, acarretando situações de superendividamento.

Para tanto, este capítulo será entabulado em três momentos distintos e complementares: primeiramente, a análise de iniciativas legislativas, que, além de aplicáveis à temática, possuem incentivos jurídicos e políticos para aprovação, sendo (a) Projeto de Lei nº 3.515/2015, que busca disciplinar o tratamento ao superendividamento, principalmente sobre as publicidades de crédito e a contratação de empréstimos consignados; e, (b) Projeto de Lei nº 3.514/2015, no que se refere ao envio de publicidade digital.

Em seguida, considerações acerca da proteção de dados pessoais dos idosos, especificamente em relação ao (a) entendimento do Superior Tribunal de Justiça pela presunção de dano moral pelo compartilhamento ou comercialização de bancos de dados sem comunicação expressa ao consumidor; (b) Projeto Lei de Conversão nº 11/2019, que buscava vedar a transmissão das bases de dados do sistema previdenciário, bem como sua utilização para fins publicitários; e, (c) a imprescindível reformulação protocolos de segurança do INSS, acerca do acesso às bases de dados e habilitação de consignações nos benefícios.

Para arrematar, aprecia-se a vigente Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), sobretudo os institutos do consentimento e legítimo interesse, os quais incidem diretamente no manuseio de dados pessoais, bem como nas práticas publicitárias.

3.1 Iniciativas legislativas imprescindíveis ao tema

Primeiramente, tem-se o Projeto de Lei nº 3.515/2015, apresentado e aprovado no Senado Federal sob o nº 283/2012, e, no momento, aguardando apreciação em fase final pela Câmara do Deputados. Este projeto se refere ao tratamento do fenômeno do superendividamento, regulamentando a concessão de crédito responsável e viabilizando a reinserção do consumidor superendividado na sociedade de consumo.

Dentre os vários pontos de relevância, destaca-se a regulamentação da oferta de crédito, estabelecendo vedações e obrigações ao fornecedor para efetivar a contratação. Especialmente no que se refere a proibição de constar no material publicitário menções à ausência de consulta aos órgãos de restrição de crédito ou averiguação da possibilidade fática do consumidor adimplir com as prestações.

Ainda, vislumbra-se a vedação indireta da prática de *spam*, considerando que impede qualquer forma de assédio ou pressão ao consumidor para realizar a contratação do empréstimo por qualquer meio, incluindo contatos digitais ou telefônicos, principalmente ao tratar-se de consumidor idoso, diante de sua hipervulnerabilidade.

Por fim, no que se refere à contratação de crédito consignado, estabelece a necessidade de o fornecedor consultar a instituição pagadora, por exemplo o INSS, para verificar a margem consignável sob a remuneração mensal líquida, englobando todos os credores. Ao consumidor, possibilita a desistência imotivada de contratação, no prazo de sete dias, além de vedar a cobrança de dívidas contestadas pelo consumidor, vedando a cobrança indevida de serviços não contratados ou decorrentes de fraudes.

Na sequência, insere-se o Projeto de Lei nº 3.514/2015, apresentado e aprovado no Senado Federal sob o nº 281/2012, e, no momento, aguardando apreciação pela Câmara dos Deputados. De modo geral, o Projeto de Lei busca regular situações de comércio eletrônico, englobando uma regulamentação acerca de

mensagens eletrônicas publicitárias. Assim, quando não cumpridas as diretrizes legais, serão consideradas *spam*, o qual passa a ser expressamente vedado, bem como a transmissão de dados pessoais, a qualquer título, sem expressa autorização e consentimento do titular dos dados.

Primeiramente, acrescenta-se, como direito básico do consumidor, a liberdade de escolha e vedação ao assédio de consumo (art. 6º, XII), caracterizado pela prática de publicidades indesejadas, nomeadamente *spam*, que reiteradamente buscam persuadir o usuário para consumo de determinado serviço ou produto (CASSI e EFING: 2018; 80).

Por conseguinte, estabelece a proibição do envio de mensagens eletrônicas publicitárias para consumidores que: (I) não possua relação de consumo anterior e não tenha manifestado consentimento em receber tal conteúdo; (II) não tenha se inscrito em cadastros de bloqueio de ofertas; (III) tenha manifestado expressamente o desinteresse no recebimento do conteúdo.

Ainda, para os casos lícitos de envio de publicidades, o remetente deverá assegurar em todas as mensagens enviadas sua fácil identificação e natureza publicitária, o meio adequado para recusa de comunicações futuras, de forma simplificada, bem como informar a origem dos dados para envio do conteúdo.

Desta forma, inserido no contexto da sociedade tecnológica e informacional, verifica-se a indispensabilidade de regulamentação das publicidades realizadas no âmbito digital, em especial para distinguir fornecedores de boa-fé que desejam comunicar sua clientela, de fornecedores que obtêm bases de dados de forma ilícita e disseminam conteúdo publicitário de forma indiscriminada.

A relevância de regulamentação encontra fundamento na proteção dos consumidores idosos diante de sua hipervulnerabilidade para que seus dados pessoais não sejam utilizados por instituições financeiras para incômoda prática de *spam*. Assediando-os para contratação de créditos consignados com emprego de estratégias publicitárias que geram situações de superendividamento, portan-

to, a regulamentação dos mecanismos publicitários gera efeitos benéficos para a concessão de crédito consciente.

3.2 A necessidade de proteção dos dados pessoais do público idoso

Conforme apresentou-se no decorrer do estudo, os dados pessoais constituem elemento preponderante para operacionalizar a prática de *spam*, tornando comum a comercialização de bancos de dados, em regra, sem qualquer consentimento ou autorização dos consumidores, titulares dos dados pessoais, acarretando a violação da privacidade e resultando em desconfortos ao consumidor por publicidades indesejadas.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial nº 1.758.799, firmou o entendimento de que se presume dano moral ao consumidor pelo compartilhamento ou comercialização de bancos de dados com suas informações sem comunicação prévia por escrito. Com isso, dispensa a necessidade de comprovar prejuízos efetivos, com fundamento na Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011) e do Código de Defesa do Consumidor (art. 43 §2º) (BRASIL: 2019a).

Entretanto, este entendimento não impacta diretamente a prática do *spam* pelas instituições financeiras. Os bancos de dados, em regra, são oriundos de convênios com o INSS a partir do disposto na Instrução Normativa nº 28/2008, ou seja, o Poder Público viabiliza a prática abusiva em face dos consumidores hipervulneráveis.

Neste contexto, insere-se o Projeto Lei de Conversão nº 11/2019, oriundo das modificações almejadas pelo Congresso Nacional na apreciação da Medida Provisória nº 871/2019, que buscava inibir as fraudes e investigar irregularidades no recebimento de benefícios no âmbito do INSS, por meio de um programa especial de análise.

Com este intuito, o referido Projeto buscava alterar a Lei nº 8.213/1991, a fim de inserir o Artigo 124-E para vedar a transmissão de dados pessoais, englobando informações de contato,

trabalhistas e financeiras, armazenados pelo INSS para terceiros com finalidade de realizar atividades publicitárias ou qualquer atividade com objetivo de convencer a celebração de contratos e captação de clientela.

De igual maneira, pretendia-se acrescer o Artigo 124-F, que vedaria as instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil que possuem Convênios e Acordos com o INSS, e, por consequência, o acesso às bases de dados, utilizando tais dados para exercer atividades publicitárias ou qualquer atividade com finalidade de convencer a celebração de contratos de empréstimos ou cartões de crédito.

Os dispositivos ganham notoriedade diante da necessidade de assegurar a proteção dos dados pessoais dos beneficiários, seja para inibir as recorrentes fraudes praticadas no âmbito do sistema previdenciário como também as publicidades indesejadas de concessão de crédito. Entretanto, esses dispositivos contidos no Projeto de Lei foram objeto de veto presidencial, com fundamento na proteção da livre iniciativa (art. 170 CRFB), e por considerar que tal matéria está disciplinada pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº13.709/2018).

Desta forma, constata-se a incongruência do veto presidencial em relação aos próprios objetivos almejados pela Medida Provisória previamente estabelecidos. Haja vista que os dispositivos seriam hábeis para inibir a prática de fraudes realizadas por terceiros a partir do acesso aos dados pessoais, bem como inibiria situações de superendividamento advindas da incessante publicidade em face do público hipervulnerável.

De mesmo modo, não há incompatibilidade legislativa, já que regularia especificamente a matéria de dados pessoais no âmbito previdenciário, a qual não é objeto da Lei Geral de Proteção de Dados, e, portanto, as legislações apenas se complementariam para efetiva proteção dos cidadãos.

Diante disso, destaca-se a imprescindibilidade em rever os protocolos e normativas internas do INSS em relação ao compar-

tilhamento das bases de dados e habilitação das consignações, pois o comprometimento inesperado aos rendimentos do público idoso afeta diretamente sua subsidência, restando-se comprometida durante o período em que busca comprovar a fraude ou até mesmo ausência de contratação, conforme se vislumbra nos casos analisados por Nerilo (2017).

3.3 Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados

Para concluir, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), que entrou em vigor em setembro de 2020, com sanções administrativas somente aplicáveis a partir de agosto de 2021, poderá ser empregada como instrumento hábil para inibir a prática de *spam* comercial, de forma primordial, a partir dos institutos do consentimento e legítimo interesse do titular dos dados pessoais, sendo aquele ao qual os dados se referem (art. 5, V).

O consentimento ocupa posição de destaque na referida legislação, já que, ao titular dos dados, cabe a opção de quais controladores ou fornecedores poderão utilizar seus dados para uma finalidade específica, por tratar-se de uma relação consumerista, sendo nulas as cláusulas que contenham o consentimento de forma genérica. Desta forma, o consentimento consiste em uma autorização do titular vinculada a finalidade descrita pelo fornecedor (MALDONADO e BLUM: 2019; 118-121).

Assim, para toda e qualquer operação com os dados pessoais dos usuários, dever-se-á expressamente colher o consentimento, indicando a finalidade determinada, que poderá ser revogado pelo titular em qualquer tempo, sem necessidade de motivação. Para além das finalidades expressamente descritas quando o titular manifesta seu consentimento, o fornecedor poderá utilizar os dados armazenados com base no legítimo interesse, o qual deverá ser analisado mediante as condições do caso concreto, seguindo as diretrizes legais.

O legítimo interesse consiste na utilização dos dados para além da finalidade declarada no momento da coleta. Para isso, o inte-

resse deverá ser real e presente, relacionado com as atividades de origem para as quais os dados foram coletados, com garantia da transparência no processo de ponderação entre o interesse e os direitos do titular potencialmente afetados. Na análise deste impacto, deve-se considerar, de forma primordial, a natureza dos dados, a quantidade de pessoas que poderão ter acesso, e as legítimas expectativas do titular no momento do consentimento acerca da finalidade para as quais os dados seriam utilizados (FERNÁNDEZ-SAMANIEGO e FERNÁNDEZ-LONGORIA: 2015; 427-432).

Portanto, para justificá-lo sem que configure um ato genérico e discricionário, terá de considerar quatro fases complementares, sendo: (I) legitimidade do interesse, cuja as finalidades são legítimas com base em uma situação fática específica, fruto de uma relação prévia com o titular dos dados; (II) necessidade, uma vez que a utilização dos dados é feita estritamente para cumprir a finalidade; (III) balanceamento, uma nova finalidade que deverá considerar a legítima expectativa do titular no momento em que ele consentiu com a coleta e armazenamento dos dados; e (IV) salvaguardas, que impõe o dever de transparência e observância dos protocolos de segurança na utilização, além de prever mecanismos de opt-out em que o titular poderá retirar o consentimento, ao considerar que ultrapassou suas legítimas expectativas (BIONI: 2019; 252-256).

O envio de conteúdos publicitários por meio de instrumentos digitais deverá observar os limites impostos pelo consentimento e legítimo interesse, já que se utilizam dos dados pessoais para realizar o contato com o consumidor. Ressalta-se que, conforme apresenta Parentoni (2012; 18), um dos requisitos para configurar a prática do *spam* comercial consiste na ausência de potencial interesse ou utilidade do conteúdo ao destinatário, dos quais decorrem as características de a mensagem ser considerada indesejável e inútil.

Este requisito se assemelha ao legítimo interesse estabelecido pela Lei Geral de Proteção de Dados, haja vista que o conteúdo publicitário poderá ser encaminhado para os consumidores que potencialmente possuem interesse naquele produto ou serviço,

com base na relação jurídica pretérita. Desde que, considere as expectativas reais do consumidor quanto a utilização de seus dados para determinada finalidade, além de assegurar a possibilidade de o consumidor optar por não receber comunicações futuras de natureza semelhante.

A legislação em comento possui potencial para inibir a prática do *spam* realizado pelas instituições financeiras aos idosos de forma recorrente para oferta de crédito, já que deverá obter o seu consentimento, e, em alguns casos, fundamentar tal contato com o legítimo interesse. Entretanto, as instituições financeiras não poderão compartilhar os dados com terceiros e deverão possibilitar de forma simplificada a opção do consumidor em não receber comunicações futuras, observando a condição de hipervulnerabilidade dos idosos diante de ferramentas tecnológicas

Deste modo, a hipótese defendida neste estudo encontra respaldo na pioneira decisão judicial fundada na legislação, advinda da 13ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP. Houve a condenação pelo compartilhamento dos dados do consumidor à terceiros por caracterizar desvio de finalidade para qual os dados foram coletados, resultando no assédio de consumo pelas inúmeras comunicações voltadas em ofertar serviços de fornecedores que o destinatário sequer conhece ou demonstrou interesse, evidenciando como a legislação poderá ser manuseada para combater a publicidade eletrônica indesejada e inútil (BRASIL: 2020b).

Considerações finais

A publicidade de crédito representa estímulo relevante para desencadear o fenômeno do superendividamento por valer-se de estratégias mercadológicas que instigam a contratação de crédito irresponsável ao vincular conquistas materiais com sentimentos positivos, especialmente em datas comemorativas, sem a devida orientação acerca dos riscos e adequada averiguação da capacidade real do consumidor honrar com o pagamento da dívida.

No contexto da sociedade informacional e tecnológica, as publicidades logram maior efetividade a partir da análise do perfil de consumo dos usuários, formado a partir da coleta e manuseio de dados pessoais, com o propósito de operacionalizar a oferta de itens potencialmente desejados e correspondentes com os interesses do consumidor, inclusive assediando-o para adquirir determinado produto ou serviço de forma periódica.

Este cenário torna-se mais temeroso diante do direcionamento de tais práticas publicitárias ao público idoso, considerando sua condição de hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada. Eles têm seus dados pessoais disseminados entre as instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil de forma involuntária, a partir de convênios com o INSS. Isso resulta em incontáveis comunicações de fornecedores que não possuem qualquer relação contratual prévia, consentimento ou potencial interesse do destinatário.

Com isso, constata-se a configuração da prática de *spam*, que consiste em comunicações indesejadas e não solicitadas ou permitidas. Em outras palavras, caracteriza-se pela análise da convivência e utilidade da mensagem ao destinatário, definindo-se como indesejada e inútil.

A ramificação comercial tem como objetivo promover bens e serviços de forma inadequada, enquadrando-se como prática abusiva em decorrência do assédio de consumo pela violação da privacidade do consumidor, e, ainda, poderá se caracterizar como publicidade enganosa ou abusiva, conforme o conteúdo da comunicação.

Embora a terminologia tradicionalmente esteja atrelada com as correspondências eletrônicas, na sociedade atual, tem-se a necessidade de ampliar tal conceito para toda e qualquer forma de comunicação à distância, englobando, além de e-mails, ligações telefônicas, mensagens de texto via celular ou aplicativos, e anúncios em terminais eletrônicos bancários direcionados particularmente aos idosos.

Com isso, denota-se a necessidade de superação do entendimento jurisprudencial firmado no Superior Tribunal de Justiça para que a prática de *spam* não seja caracterizada como mero dissabor e insuficiente para ensejar pretensões indenizatórias, já que, ao utilizar os dados pessoais dos consumidores de forma indevida, impõe-se a tutela jurisdicional para inibir práticas abusivas e violações ao direito fundamental à privacidade.

Neste sentido, verificam-se iniciativas legislativas indispensáveis para regular a prática publicitária digital, principalmente em relação à concessão de crédito, com a finalidade de adequar tal prática à função social dos contratos com observância aos deveres impostos pela boa-fé objetiva. A fim de resultar na concessão de crédito consciente e responsável, e, por consequência, inibindo o fenômeno do superendividamento, bem como garantindo o mínimo existencial diante de sua ocorrência.

De igual maneira, destaca-se obrigatoriedade de o Poder Público reformular as políticas de proteção e transmissão de dados pessoais armazenados pelo INSS, considerando que o acesso indiscriminado aos dados facilita a violência financeira em face aos idosos, além de viabilizar incontáveis fraudes praticadas por terceiros e práticas abusivas de fornecedores que disponibilizam serviços ou produtos personalizados ao público idoso.

Este posicionamento se robustece com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados, a partir da qual os dados são de titularidade da pessoa natural a qual se referem. Por isso, todo e qualquer compartilhamento carece de seu consentimento expresso e específico. Deste modo, a prática atual viola a finalidade para qual os dados foram coletados e armazenados, haja vista que o INSS não desempenha atividade publicitária e sua base de dados não deve ser empregada para esta finalidade, sobretudo diante dos resultados maléficos.

Portanto, com base na legislação consumerista e de proteção de dados, conclui-se que a Instrução Normativa nº 28/2008 do INSS, que permite o acesso às bases de dados da instituição pú-

blica por financeiras privadas, deve ser imediatamente revogada, considerando sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e danos ocasionados aos titulares dos dados pessoais pela utilização indevida.

Ademais, as fraudes cometidas por terceiros a partir do acesso às bases de dados do Poder Público caracterizam violência financeira em face dos idosos, de modo que a responsabilidade por reparar os danos experimentados recaia ao Estado, que viabilizou a operacionalização do ato ilícito e não tomou medidas de precaução e proteção dos dados pessoais para inibir as práticas delituosas.

Por fim, destaca-se, na legislação de proteção de dados, o instituto do consentimento, que trata da autorização pelo titular dos dados de forma expressa e com indicação da estrita finalidade de utilização. De igual maneira, o legítimo interesse que se refere à possibilidade de uso para finalidade diversa com base no potencial interesse do titular com base nas relações anteriores, desde que oportunize a recusa posterior por parte do titular.

Em decorrência, a legislação impacta diretamente no envio de publicidades direcionadas e consolida a ilegalidade do *spam*, pois o remetente deverá justificar a origem dos dados pessoais manuseados e o consentimento ou potencial interesse para envio da comunicação. Ainda, o consentimento para formação e compartilhamento de bancos de dados propiciam o retrato da personalidade e comportamentos do usuário.

Desta forma, sem o intuito de esgotar o tema, constata-se a urgência e indispensabilidade de consolidar a ilicitude da utilização do *spam* pelas empresas fornecedoras de crédito e financiamento dirigidos ao público idoso (consumidores hipervulneráveis). Com o aprimoramento da legislação brasileira e a reformulação de entendimentos jurisprudenciais em consonância com as novas diretrizes da vigente Lei Geral de Proteção de Dados.

Referências

AGÊNCIA IBGE DE NOTÍCIAS. **Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017**. Publicado em: 26 abr. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>. Acesso em: 04 abr. 2020.

AGRA, Andressa Dellay; BARBOZA, Fabrício Felipe Meleto. **Segurança de Sistemas da Informação**. Porto Alegre: SAGAH, 2018.

BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação e Consumo: a proteção da privacidade do consumidor no mercado contemporâneo da oferta. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 88, p. 145-174, jul./ago. 2013.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. Rio de Janeiro. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=11847@1>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento do consumidor: mínimo existencial, casos concretos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial 586.316**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Associação Brasileira das Indústrias de Alimentação - ABIA. Relator: Min. Herman Benjamin, 17 de abril de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.358.057**. Recorrente: Unibanco-União de Bancos Brasileiros S/A. Recorrido: Ministério Público Federal; Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Moura Ribeiro, 22 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.758.799**. Recorrente: Procob S/A. Recorrido: José Galvão da Silva. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 19 de novembro de 2019a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.783.731**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 23 de abril de 2019b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.780.206**. Recorrente: Elza Maria Gonçalves da Costa. Recorrido: Qualicorp Administração e Serviços LTDA. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 17 de fevereiro de 2020a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 844.736**. Recorrente: Gérson Alves de Oliveira Júnior. Recorrido: WB Restaurante LTDA. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Comarca de São Paulo, 13º Vara Cível. **Processo nº 1080233-94.2019.8.26.0100**. Autor: Fabricio Vilela Coelho. Réu: Cyrela Brazil Realty S/A Empreendimentos e Participações. 2020b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/compartilhar-dados-consumidor-terceiros.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. **Ação Civil Pública do Código de Defesa do Consumidor nº 2007.70.00.010077-5.** Autor: Ministério Público Federal e Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Réu: Unicard Banco Multiplo S.A. e Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. 2007.

CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; EFING, Antônio Carlos. Spam na internet sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Civil Contemporâneo.** vol. 15, p. 73-92, abr./jun. 2018.

COELHO, Mariana Carvalho Victor; AYALA, Patryck Araujo. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso e sua tendência ao superendividamento no contexto da sociedade do hiperconsumo. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo, v. 121, p. 247-275, jan./fev. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Perfil do Consumidor Superendividado e a Atuação Da Defensoria Pública Na Renegociação da Dívida.** 2018. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/b7ca8cbd43c24d7f8aa11fce8483026e.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2020.

DOLL, Johannes; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo, v. 107, p. 309-341, set./out. 2019.

EFING, Antonio Carlos (org.). **Direitos dos Idosos:** tutela jurídica do idoso no Brasil. São Paulo: LTr, 2014.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor.** 3 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FERNÁNDEZ-SAMANIEGO, Javier; FERNÁNDEZ-LONGORIA, Paula. El interés legítimo como principio para legitimar el tratamiento de datos. In: LAMBARTE, Artemi Rallo; MAHAMUT, Rosario García. (orgs.) **Hacia un Nuevo Derecho Europeo de Protección de Datos**. 1. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2015.

HAMANN, Bernard; PAPADOPOULOS, Sylvia. Direct marketing and spam via electronic communications: An analysis of the regulatory framework in South Africa. **De Jure Law Journal**, Pretoria, v. 47, n. 1, jan. 2014.

HOEPERS, Cristine; FAULHABER, Henrique; STEDING-JESSEN, Klaus; COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Combate ao spam na Internet no Brasil: histórico e reflexões sobre o combate ao spam e a gerência da porta 25 coordenadas pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2015.

LEMOS, Ronaldo; DONEDA, Danilo Maganhoto; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ROSSINI, Carolina Almeida A. **Estudo Sobre a Regulamentação Jurídica do Spam no Brasil**. 2007.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Brasília: DPDC/SDE, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em Porto Alegre. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 24, n. 100, p. 393-423, jul./ago. 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ª ed., ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MONTAÑEZ, Viviana Vanessa Barbosa; EFING, Antônio Carlos. **O superendividamento dos consumidores e a responsabilidade do Estado no seu enfrentamento**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.

MOTTA, Alda Brito da. A Construção do poder dos idosos na sociedade brasileira do século XXI. **I Congresso Brasileiro de Gerontologia Social**, Porto Alegre, 7 out. 1998. *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coord.). **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

NERILO, Lucíola Fabrete Lopes. As fraudes e abusividades contra o consumidor idoso nos empréstimos consignados e as medidas de proteção que devem ser adotadas para coibi-las. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 109, p. 397-421, jan./fev. 2017.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. **Defesa judicial do consumidor bancário**. Curitiba: Rede do Consumidor, 2014.

PARENTONI, Leonardo Netto. Spam: presente, passado e futuro. **Revista de Direito das Comunicações**. vol. 5, p.13-48, jan./jun. 2012.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. **Revista Jurídica da Presidência**. v. 18, n. 116, p. 533-558, jan. 2017.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do Consumidor Idoso. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. vol. 2, p. 463-493, abr. 2011.

SIQUEIRA, Felipe. **Inadimplência entre idosos é a que mais cresce no país**. Jornal Estadão. Matéria Jornalística – Economia e Negócios. 07 jul. 2019. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,inadimplencia-entre-idosos-e-a-que-mais-cresce-no-pais,70002906845>. Acesso em 03 maio 2020.