

O fenômeno do *Flash SMS* (*Class 0 SMS*) e a sua utilização como publicidade abusiva pelas empresas de telefonia do Brasil

Manuela de Oliveira Souza Brito

Estagiária jurídica da Maia Pithon Advogados. Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Resumo: O presente estudo visa discutir, de forma breve, o conceito de *Flash SMS* e a popularização do fenômeno a partir do avanço tecnológico dos smartphones. A modalidade de mensagem de texto em formato *pop-up* tornou-se um dos principais instrumentos utilizados pelas empresas de telefonia para fins publicitários e, a partir disso, pretende-se analisar como esta ferramenta pode veicular publicidades abusivas para os consumidores. Nesse sentido, serão examinadas as “notificações *push*” e por que esse tipo de mensagem deve ser considerado ilícito frente ao Código de Defesa do Consumidor (CDC). Além disso, o artigo busca analisar o entendimento judicial predominante sobre essa questão e o Projeto de Lei n. 3.514/2015 como mecanismo de enfrentamento da abusividade empreendida pelas empresas de telefonia.

Palavras-chave: *Flash SMS*. Mensagem *pop-up*. Publicidade abusiva. Relações de consumo. *Smartphone*.

Abstract: This study aims to briefly discuss the concept of “Flash SMS” and the popularization of the phenomenon based on the technological advancement of smartphones. A form of text message in the “pop-up” format becomes one of the main tools used by telephone companies for public purposes and, from that, this article intends to analyze how this tool can be used to transmit abusive advertising to consumers. In this sense, “push notifications” will be examined and why this type of message should be considered illegal in view of the Consumer Protection Code (CDC). In addition, the search work analyzed the prevailing legal understanding on this issue and Bill 3.514/2015 as a coping mechanism for abuse of power undertaken by telephone companies.

Keywords: Flash SMS. Pop-up message. Abusive advertising. Consumer relations. Smartphone.

Sumário: 1 Introdução. 2 O “Flash SMS (Class 0 SMS)”: em que consiste essa técnica. 3 A publicidade ilícita no Brasil: uma análise acerca das suas consequências. 3.1 Conceito de publicidade de acordo com a doutrina. 3.2 A publicidade ilícita: aspectos caracterizadores da abusividade. 3.3 A validade contratual e a publicidade abusiva empreendida pelas operadoras de telefonia do Brasil. 4 O entendimento jurisprudencial sobre o “Flash SMS (Class 0 SMS)” e suas consequências. 4.1 A análise comparada das decisões judiciais. 5 O futuro com a aprovação do Projeto de Lei n. 3.514/2015. 6 Conclusão.

1 Introdução

Em meio à sociedade pós-moderna, o aparelho celular se tornou um objeto de consumo essencial, um verdadeiro item básico para comunicação e disseminação da informação. A popularização do aparelho móvel viabilizou diversas mudanças no panorama social e individual, como ampliação da comunicação, maior facilidade de acesso ao conhecimento, difusão da informação com maior celeridade e estreitamento das relações e vínculos interpessoais. Entretanto, ao analisar esse cenário, é possível afirmar que o avanço tecnológico também trouxe consequências negativas para a sociedade, interferindo em diversos setores da vida humana, inclusive nas relações de consumo.

As sociedades de consumo são caracterizadas pelo “desejo socialmente expandido da aquisição do ‘supérfluo’, do excedente, do luxo”.¹ Dessa maneira, esse tipo de sistema é marcado pela insaciabilidade e constante necessidade de novos produtos, gerando um ciclo inesgotável de consumo que se retroalimenta pelo desejo cada vez mais fugaz e liquefeito² do novo.

1 RETONDAR, Anderson Moebus. A (re) construção do indivíduo: a sociedade de consumo como “contexto social” de produção de subjetividades. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 23, n. 1, p. 137-160, jan./abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v23n1/a06v23n1.pdf>. Acesso em: 1º out. 2019. p. 138.

2 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 80.

Após a Revolução Industrial, o consumo passou a ser constituído como campo autônomo e se caracterizou como importante área de estudo, visto que, de maneira desenfreada, se tornou uma realidade cultural em meio à sociedade capitalista.³ Nessa ótica, Bauman esclarece que estudar o fenômeno da relação de consumo é compreender a própria organicidade da sociedade, entender a nova dinâmica da regularização do tempo e saber que a cultura do consumo envolve, precipuamente, o esquecimento, e não o aprendizado.⁴

Ao analisar as práticas de fomento dessas relações, é possível averiguar que a publicidade é o principal mecanismo de apreensão do consumidor, sendo vital para sustentação econômica, social, cultural e jurídica do mundo contemporâneo.⁵ Infere-se, assim, que a publicidade é inerente à sociedade, de modo que cabe ao Direito, enquanto ciência formulada para tutelar os bens jurídicos fundamentais, regular e fiscalizar a divulgação da oferta de produtos e serviços.

Este estudo visa a entender como a relação de consumo e a publicidade se encontram vinculadas na pós-modernidade, uma vez que, diariamente, os indivíduos são “bombardeados” de conteúdo publicitário por meio de mensagens. Desse modo, o presente artigo irá se restringir ao estudo do fenômeno do “Flash SMS”, isto é, das mensagens *pop-up* como nova forma de propaganda para captura do atual perfil do consumidor, o consumidor digital, e seus desdobramentos no mundo jurídico.

3 BAUMAN, 1999, p. 79.

4 BAUMAN, 1999, p. 79: “A cultura da sociedade de consumo envolve sobretudo o esquecimento, não o aprendizado. Com efeito, quando a espera é retirada do querer e o querer da espera, a capacidade de consumo dos consumidores pode ser esticada muito além dos limites estabelecidos por quaisquer necessidades naturais ou adquiridas; também a durabilidade física dos objetos do desejo não é mais exigida”.

5 BAGATINI, Idemir Luiz. Os efeitos da oferta e da publicidade nas relações de consumo. *Revista Direito em Debate*, Ijuí/RS, v. 14, n. 24, jul./dez. 2005, p. 65: “A publicidade, para o mundo contemporâneo, passou a ser vital sob os pontos de vista econômico, social, cultural e mesmo jurídico. O Direito despertou, recentemente, para o fenômeno da publicidade e com urgência procurou regulá-la, para que não abusasse de sua força, submetendo o consumidor aos seus caprichos [...] A sociedade de consumo é produto da publicidade, pois esta se encontra em todos os lugares”.

2 O “Flash SMS (Class 0 SMS)”: em que consiste essa técnica

“Flash SMS”, “Class 0 SMS” ou até mesmo “mensagem pop-up” são denominações de uma nova modalidade de mensagem de texto que surgiu a partir do avanço da tecnologia dos *smartphones*.⁶ Na contemporaneidade, o *Flash SMS* está sendo utilizado de forma recorrente por empresas de telefonia para divulgação e venda dos seus serviços e, conseqüentemente, alcance de consumidores.⁷ Diferentemente das mensagens usuais, esse novo dispositivo apresenta características singulares, como rapidez no envio do conteúdo, fácil acesso do consumidor e, principalmente, inexistência de registros ou histórico após visualização da mensagem de texto.

O *Short Message Service* – o SMS tradicional – é a forma de publicidade em dispositivos móveis mais comum.⁸ No entanto, a nova ferramenta – o *Flash SMS* – se popularizou de forma tão expressiva que, atualmente, existem empresas especializadas no envio de mensagens de texto dessa modalidade, qualificadas para impulsionarem a comunicação e atraírem novos consumidores

6 “Um smartphone (palavra inglesa que significa ‘telefone inteligente’, ainda sem correspondente em português) é um celular (telemóvel em Portugal) que combina recursos de computadores pessoais, com funcionalidades avançadas que podem ser estendidas por meio de programas aplicativos executados pelo seu sistema operacional (*SO – sistema operativo, ou OS – operating system*), chamados simplesmente aplicações”. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Smartphone>. Acesso em: 12 out. 2019.

7 Nesse sentido: BLOG DO IPHONE. *Entenda o que são as propagandas de tela cheia no seu iPhone*. 2016. Disponível em: <https://blogdoiphone.com/2016/06/flash-sms-iphone>. Acesso em: 14 out. 2019.

8 “As ações que envolvem a troca de mensagens via SMS são as mais comuns e normalmente fazem parte de alguma campanha promocional. Muitas vezes devem ser enviadas frases ou *pinco*des para que o consumidor concorra a prêmios.” EHRENBURG, Karla Caldas. O processo comunicacional móvel brasileiro sob o ponto de vista dos profissionais de publicidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 35., Fortaleza. Anais [...]. São Paulo: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação (Intercom), 2012. p. 9.

com o envio de “notificações *push*”, sendo considerada uma forma de *mobile marketing*⁹ muito eficaz.

Os “*pop-ups*” podem ser definidos como janelas independentes que se abrem de forma automática quando o usuário visualiza alguma página na internet.¹⁰ Assim, é possível inferir que as “*mensagens pop-up*” podem ser conceituadas de forma semelhante, uma vez que consistem em mensagens de texto que aparecem na tela do *smartphone* de forma instantânea e se abrem de forma espontânea, sem precisar de comandos por parte do usuário do aparelho móvel. Anota-se que a ferramenta de *mobile marketing* foi pensada para proporcionar o conhecimento e a interação dos clientes perante as ofertas das empresas, sendo utilizada principalmente no setor de bens de consumo de médio e longo prazos, tendo em vista que esse tipo de propaganda é reconhecido por ser de rápido acesso e visualização pelos consumidores digitais.¹¹

Os SMS tornaram-se grandes aliados para concretização do *mobile marketing*. Esse veículo proporciona maior rentabilidade financeira para as empresas, tendo em vista que o envio de mensagens de texto apresenta menor gasto e maior facilidade no recebimento da resposta pelo consumidor, pois consiste em um *marketing* direto, em que a resposta pode ser fornecida através de comandos de tela e em tempo real.¹²

9 A expressão “*mobile marketing*” se refere a toda atividade de *marketing* e publicidade que se utiliza de dispositivos móveis, sendo o celular o equipamento mais utilizado para aplicação dessa estratégia. EL-AMME, Michel Leite. *Mobile marketing – marketing de mobilidade*. 2010. Monografia (Especialização em Marketing) – Instituto A Vez do Mestre, Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2010. p. 15. Disponível em: http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k213420.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

10 “Os *pop-ups* são janelas independentes, menores que o *browser*, que se abrem automaticamente quando o internauta visualiza determinada página. São comercializados por dia ou por faixa horária e tendem a custar mais que o *banner* por proporcionarem maior visibilidade ao anunciante.” CANESSO, Natacha Stefanini. *Publicidade na internet: um estudo dos formatos de anúncios on-line*. 2004. Trabalho apresentado no XXVII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. p. 3.

11 CANESSO, 2004, p. 9.

12 EL-AMME, 2010, p. 27.

Ao observar de forma crítica essa nova realidade – a propaganda através de mensagens instantâneas –, depreende-se que diversas operadoras de telefonia do Brasil utilizam esse mecanismo de forma abusiva para expandir o número de consumidores e, conseqüentemente, angariar clientes vinculados aos seus serviços e produtos. Todavia, observa-se também alto grau de reprovabilidade da propaganda digital em dispositivos móveis pelos consumidores, uma vez que não respeita os preceitos do *marketing* de permissão.¹³

Os anúncios publicitários constantes nos *smartphones*, principalmente em telas ociosas, podem gerar diversos desconfortos para os clientes vinculados às redes de telecomunicações. Isso porque as mensagens *pop-up* podem surgir repentinamente, com notificações concernentes à contratação de serviços e produtos. Desse modo, a imprevisibilidade do surgimento das mensagens pode gerar contratações com vícios de vontade, mediante equívocos e distrações.

Por conta disso, é possível inferir que o *Flash SMS* é uma ferramenta bastante nociva quando utilizado de forma mal-intencionada e com exagero por parte das empresas.

3 A publicidade ilícita no Brasil: uma análise acerca das suas conseqüências

As empresas de telefonia, a partir da adoção de práticas abusivas de *marketing* digital, terminam por veicular uma nova modalidade de publicidade, cujas conseqüências culminam em prejuízos morais e até mesmo financeiros aos usuários de aparelhos celulares móveis, notadamente *smartphones*.

Tal modalidade, conforme será demonstrado adiante, recebe o nome de “publicidade ilícita” e, em que pese a recente expansão do fenômeno, é abarcada pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Compreendida entre os arts. 30 e 38, e também prevista no art. 56 do código em análise, a “publicidade ilícita” viola frontalmente os princípios da identificação e da vinculação contratual da publicidade, da vera-

13 “[...] Godin (2000, p. 39) conceitua o *marketing* de permissão como aquele ‘que oferece ao consumidor a oportunidade de aceitar voluntariamente o *marketing* que lhe querem apresentar.’” EL-AMME, 2010, p. 37.

cidade, da não abusividade, da inversão do ônus da prova, da transparência da fundamentação publicitária e da correção do desvio publicitário.

3.1 Conceito de publicidade de acordo com a doutrina

O conceito de *publicidade* pode ser definido a partir de três características essenciais, sendo elas: a capacidade informativa, a força persuasiva e o caráter comercial.¹⁴ Nessa ótica, a publicidade é uma atividade que permite o amplo conhecimento de bens de consumo e serviços, tornando-os públicos através de uma apresentação com forte teor de convencimento para comercialização.

Ainda à luz dos estudos de Gomes, depreende-se que somente no século XIX a atividade publicitária passou a utilizar os meios de comunicação de massa e se fez próspera.¹⁵ Dessa forma, diante da necessidade do escoamento de produtos e do desequilíbrio a favor da oferta originados na Revolução Industrial, foi necessária a criação de um instrumento que possibilitasse o crescimento das vendas, ou seja, que fomentasse o consumo e a demanda.

Nesse panorama, surge a materialidade da publicidade, ou seja, a mensagem pública com conteúdo pago veiculado nos meios de comunicação, que objetiva a venda de produtos ou serviços, através de marcas comerciais, visando um público-alvo. Por conseguinte, a publicidade se utiliza de diversos recursos linguísticos e estilísticos para convencimento e persuasão dos consumidores.¹⁶

14 GOMES, Neusa Demartini. Publicidade ou propaganda? É isso aí! *Revista Famecos*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, 2001. p. 5.

15 GOMES, 2001, p. 5: “Já a publicidade em seu sentido atual, em troca, tem pouco mais de cem anos. Ela nasceu da industrialização, com o advento da revolução industrial, a produção em série, a urbanização, as grandes lojas de departamentos, os meios de comunicação de massa, os transportes coletivos e, graças a tudo isso, com a elevação do nível de vida: a publicidade fez a prosperidade e a prosperidade fez a publicidade. Ambas, prosperidade e publicidade, são causa e efeito da revolução industrial”.

16 “A publicidade é uma mensagem paga veiculada nos meios de comunicação (mídia) com objetivo de se vender um produto ou serviço, sob a forma de uma marca comercial, para um público-alvo (consumidor) utilizando-se recursos lingüísticos e estilísticos de ordenação, persuasão e sedução através de apelos racionais e emocionais.”

De acordo com Carvalho,¹⁷

[t]oda estrutura publicitária sustenta uma argumentação icônico-linguística que leva o consumidor a convencer-se consciente ou inconsciente. Tem a forma de diálogo, mas possui uma relação assimétrica.

Dessa maneira, o emissor utiliza as peculiaridades linguísticas para impor valores, ideias e mitos com o intuito de “seduzir” o receptor, ou seja, o consumidor.

Com isso, entende-se que a publicidade se apropria de uma linguagem de fácil entendimento, seja a partir de símbolos, recursos fonéticos ou lexicais, para conquistar os mais diversos consumidores, formulando uma comunicação atrativa e dinâmica.¹⁸ Nesse sentido, o discurso da sedução e da persuasão através dessas ferramentas é imprescindível para a conquista do público-alvo e eficácia nas vendas dos mais diversos produtos.

Por outro lado, em relação ao entendimento em sentido legal, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), apesar de não abordar de forma positiva o conceito de publicidade, retrata as definições dos conceitos “publicidade enganosa” e “publicidade abusiva”, abordando parâmetros de encaminhamento do conteúdo publicitário, em consonância com os ditames legais e visando a proteção e a segurança do consumidor.¹⁹

A partir disso, a Lei de Defesa do Consumidor se preocupa em controlar a publicidade comercial no exercício de uma atividade

TAVARES JUNIOR, Frederico Augusto. Publicidade e consumo: a perspectiva discursiva. *Revista Comum*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 26, p. 117-144, 2006. p. 120.

17 CARVALHO, 1996, p. 13 *apud* TAVARES, 2006, p. 120.

18 CARVALHO, Nelly. O batistério publicitário. *Alfa: Revista de Linguística*, São Paulo, v. 42, edição especial, 1998. p. 67.

19 GONÇALVES, João Bosco Pastor. Princípios gerais da publicidade no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 2002. *Jus Navigandi*, Teresina, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3181/principios-gerais-da-publicidade-no-codigo-de-protecao-e-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 16 out. 2019.

profissional.²⁰ Dessa forma, infere-se que o Direito se preocupa em estabelecer parâmetros da publicidade saudável para os consumidores.

3.2 A publicidade ilícita: aspectos caracterizadores da abusividade

O Código de Defesa do Consumidor introduziu os chamados “princípios jurídicos específicos” para regulamentação da publicidade, que visam concretizar o dever de lealdade, transparência e confiança nas relações entre o consumidor e o fornecedor. Dessa maneira, para a publicidade ser considerada lícita, ela deve estar embasada nos princípios gerais da boa-fé objetiva e da harmonização da relação entre as partes, sendo imprescindível a criação de um ambiente seguro para efetivação do conteúdo publicitário.

De acordo com João Gonçalves,²¹ observa-se a existência de sete princípios norteadores do conteúdo publicitário no Código de Defesa do Consumidor, sendo eles: o princípio da identificação da publicidade;²² da vinculação contratual da publicidade;²³ da

20 “Não obstante as diferenças conceituais acima apontadas, na prática, os termos propaganda e publicidade são utilizados indistintamente, para designar a publicidade comercial, verificando-se certa confusão até mesmo em nossa legislação, como, por exemplo, a disposição do § 4º do artigo 220 da CF, que utilizou a expressão ‘propaganda comercial’ ao tratar da publicidade comercial, bem como dos artigos 56, XII, e 60 do próprio Código de Defesa do Consumidor que regulamentou a imposição da ‘contrapropaganda’, quando se refere à publicidade enganosa ou abusiva.” DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Crerios para avaliaão da ilicitude na publicidade*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 18.

21 GONÇALVES, 2002.

22 Art. 36 do CDC: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

23 Art. 30 do CDC: “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

Art. 35 do CDC: “Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II – aceitar outro produto ou prestação de

veracidade;²⁴ da não abusividade da publicidade;²⁵ da inversão do ônus da prova;²⁶ da transparência da fundamentação publicitária;²⁷ e da correção do desvio publicitário.²⁸

Nesta senda, entende-se como publicidade ilícita o conteúdo de *marketing* que não respeita as normas supracitadas abarcadas pelo Código de Defesa do Consumidor, ou seja, conteúdo publicitário que “[...] viola os deveres jurídicos estabelecidos nesta norma na realização, produção e divulgação de mensagens publicitárias”. Assim, ilícita é a publicidade que desrespeita os princípios supracitados.²⁹

Ao analisar o art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, observa-se que o Direito não admite a publicidade enganosa nem a publicidade abusiva. Em relação ao segundo tipo de publicidade, é possível inferir que esse modelo de *marketing* utiliza técnicas que são capazes de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde e segurança e, diferentemente da publicidade enga-

serviço equivalente; III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos”.

24 Art. 37 do CDC: “É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

25 Art. 37, § 2º, do CDC: “É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

26 Art. 38 do CDC: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

27 Art. 37, parágrafo único, do CDC: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva”.

28 Art. 56 do CDC: “As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: [...] XII - imposição de contrapropaganda”.

29 MIRAGEM, BRUNO. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 278.

nosa, a publicidade abusiva não é falaciosa, mas sim distorcida, sendo um conteúdo que viola os princípios morais e éticos do corpo social.

Nesse sentido, a má prestação de serviços publicitários pode afetar diversos direitos da personalidade do indivíduo, como a violação do direito ao período de descanso³⁰ e o direito à privacidade e saúde do usuário, sendo capaz de gerar estado de desequilíbrio psicológico dos consumidores.

Publicidade ilícita pode ser definida como o *marketing* que não respeita os princípios apresentados e, conseqüentemente, manifesta um conteúdo viciado em sua formação.³¹ Destarte, a existência de indução abusiva para o consumidor, a “sedução” desmedida da publicidade indutiva, a distorção na informação do objeto veiculado e a presença de práticas comerciais contrárias à boa-fé são os principais requisitos para delimitação desse tipo de publicidade.

Esse tipo de publicidade pode gerar diversos danos morais e materiais aos consumidores e, como resultado, ensejar responsabilidades para os fornecedores que cometeram o fato lesivo. Por conta disso, enquadrando-se neste caso, o consumidor pode optar por “exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente [...]” ou rescindir o contrato.³² Assim sendo, o consumidor possui direito à restituição da quantia e às perdas e danos.

30 Art. 6º, I, do CDC: “São direitos básicos do consumidor: a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”.

31 FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; SACCO NETO, Fernando. *Manual de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2010. p. 110.

32 “Estabelece o artigo 35, CDC, que se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá optar por uma das seguintes formas de ressarcimento: a) exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; b) aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; c) rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.” ROQUE, Nathaly Campitelli. A prestação de serviços e o Código de Defesa do Consumidor: os cuidados que devem ser tomados pelo fornecedor. Olimpia-SP, *Scientia FAER*, ano 2, v. 2, 2010. p. 104.

3.3 A validade contratual e a publicidade abusiva empreendida pelas operadoras de telefonia do Brasil

O fenômeno do *Flash SMS*, já explicitado anteriormente, é um grande exemplo da publicidade abusiva empreendida pelas empresas de telefonia do Brasil. A partir do momento em que o usuário recebe uma publicidade com oferta sobre determinado produto e (ou) serviço e manifesta declaração negocial divergente da vontade real, depreende-se que, nesse momento, o conteúdo de *marketing* digital provocou a realização de um contrato viciado entre as partes. Desse modo, observa-se que a abusividade dessa atividade pode gerar consequências negativas para o consumidor, uma vez que ele pode acabar aderindo a contratos de forma indeliberada junto às empresas.

O contrato, para ser válido e eficaz, apresenta uma série de elementos fundamentais que devem estar presentes para assegurar maior segurança jurídica entre as partes.³³ Nessa ótica, a oferta deve ser inequívoca, de fácil entendimento e em língua portuguesa para melhor compreensão do consumidor e para evitar transtornos no momento da validação do contrato,³⁴ sendo o consentimento recíproco o requisito de ordem especial.³⁵

33 “Algumas regras práticas podem ser observadas no tocante à interpretação dos contratos: a) a melhor maneira de apurar a intenção dos contratantes é verificar o modo pelo qual o vinham executando, de comum acordo; b) deve-se interpretar o contrato, na dúvida, da maneira menos onerosa para o devedor (*in dubiis quod minimum est sequimur*); c) as cláusulas contratuais não devem ser interpretadas isoladamente, mas em conjunto com as demais; d) qualquer obscuridade é imputada a quem redigiu a estipulação, pois, podendo ser claro, não o foi (*ambiguitas contra stipulatorem est*); e) na cláusula suscetível de dois significados, interpretar-se-á em atenção ao que pode ser exequível (princípio da conservação ou aproveitamento do contrato).” GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3. p. 68.

34 GONÇALVES, 2017, p. 80-81: “Em conformidade com o art. 30 do diploma consumerista, toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos ou serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor, integrando o contrato. A oferta deve ser clara, precisa, veiculada em língua portuguesa e de fácil entendimento”.

35 GONÇALVES, 2017, p. 28-29: “Os requisitos ou condições de validade dos contratos são de duas espécies: a) de ordem geral, comuns a todos os atos e negócios jurídicos,

O consentimento deve ser livre e espontâneo,³⁶ isto é, o contratante deve estar ciente, a todo momento, do negócio jurídico a ser realizado. Cumpre anotar que a fase de proposta do contrato realizado pelas empresas de telefonia, ou seja, o momento da manifestação da intenção de provocar uma vontade de negociar, em muitos casos se confunde com a própria publicidade veiculada através de notificações *push*, o que, com frequência, torna o teor do contrato abusivo para o consumidor.

De acordo com o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor fica vinculado ao serviço que publiciza e, por esse motivo, a publicidade veiculada integra o contrato, sendo o fornecedor obrigado a prestar os serviços oferecidos.³⁷ Dessa maneira, reitera-se a importância de que a oferta seja clara e precisa para melhor compreensão do consumidor e, conseqüentemente, para evitar transtornos no momento da validação do contrato.

Ao analisar esse panorama, examina-se que o envio constante de *Flash SMS* pelas empresas de telefonia pode ocasionar a manifestação de vontade viciada do consumidor, ou seja, uma declaração divergente da vontade de real de negociação. Por conseguinte, essa situação é capaz de gerar conseqüências que ultrapassam o mero aborrecimento do usuário, ensejando danos materiais e morais por conta da publicidade ilegítima, como será observado a partir das análises jurisprudenciais abordadas no presente estudo.

4 O entendimento jurisprudencial sobre o “Flash SMS (Class 0 SMS)”

Devido ao impacto desse novo tipo de mensagem de texto, está se tornando cada vez mais comum os consumidores, afetados pela

como a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104); b) de ordem especial, específico dos contratos: o consentimento recíproco ou acordo de vontades”.

36 GONÇALVES, 2017, p. 30.

37 GONÇALVES, 2017, p. 80-81.

veiculação da publicidade abusiva, recorrerem ao Poder Judiciário como tentativa de assegurar e efetivar seus direitos, previstos no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil (CC/2002).

Como já abordado anteriormente, a veiculação dos *flashes SMS* pelas empresas de telefonia pode acarretar condutas abusivas e extremamente desvantajosas para os usuários. À luz disso, para melhor ilustrar, cabe analisar algumas decisões, com o intuito de examinar o discurso judicial e entender o posicionamento dos tribunais sobre o envio recorrente desse tipo de mensagem para os consumidores, sendo imprescindível compreender a repercussão dessa nova realidade no campo fático e jurídico.

Para o filtro de busca das decisões judiciais, foram utilizadas as expressões “mensagem *pop-up*” e “*Flash SMS*” na plataforma de pesquisa de jurisprudência do Portal JusBrasil.³⁸⁻³⁹ A partir disso, foram encontradas dez decisões,⁴⁰ sendo elas: uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, uma do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, uma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, duas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, uma do Tribunal de Justiça do Espírito Santo e quatro do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O primeiro caso⁴¹ concerne ao entendimento da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no Processo n. 700490-59.2017.8.07.0019, em que

38 PORTAL JUSBRASIL. Jurisprudência. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=flash+sms>. Acesso em: 10 maio 2020.

39 PORTAL JUSBRASIL. Jurisprudência. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=mensagem+pop+up>. Acesso em: 10 maio 2020.

40 Não é o objetivo deste artigo discurrir minuciosamente sobre todas as decisões judiciais. Serão abordados apenas alguns entendimentos, a fim de se criar um padrão para avaliar como esse tipo de demanda é julgado nos tribunais brasileiros.

41 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Recurso Inominado n. 0700490-59.2017.8.07.0019*. Recorrente: Americel S.A. e Claro S.A. Recorrido: Brenno de Lucena Costa. Relator: Eduardo Henrique Rosas. Data de Julgamento: 11 de abril de 2018. Data de Publicação: 16.4.2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/567625251/7004905920178070019-df-0700490-5920178070019/inteiro-teor-567625476?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

o autor moveu ação contra a operadora Claro S.A. e a empresa Americel S.A. para impedir o envio excessivo de mensagens *pop-up* (*flashes SMS*) e do SMS tradicional em seu aparelho móvel.

Nos autos do processo, o autor afirmou ter solicitado inúmeras vezes o cancelamento do envio de mensagens com conteúdo publicitário para seu celular, propondo, inclusive, reclamações administrativas junto à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). Contudo, as mensagens continuaram sendo enviadas de modo desenfreado, o que causou enorme incômodo e perturbação, ensejando danos morais.

Após a empresa ré Claro S.A. recorrer e ter seu recurso conhecido e improvido contra a sentença que julgou a demanda parcialmente procedente, foi obrigada a cessar o envio de mensagens com teor publicitário, bem como a pagar o importe de R\$ 2.000,00 em indenização por danos morais.

O segundo caso⁴² refere-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na 20^a Câmara Cível de Porto Alegre, Processo n. 0311767-25.2018.8.21.7000. Neste caso, a parte

42 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 0311767-25.2018.8.21.7000*. Apelante/Apelado: Julio Alexandre dos Santos. Apelante/Apelado: Claro S.A. Relator: Dilso Domingos Pereira. Data de Julgamento: 14.11.2018. Data de Publicação: 21 nov. 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649644964/apelacao-civel-ac-70079465555-rs/inteiro-teor-649644999?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 maio 2020.

O caso em questão assemelha-se ao julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na 2^a Vara do Juizado Especial de São João Nepomuceno, processo n. 0000925-85.2018.8.13.0629. Neste caso, o juízo de primeiro grau acolheu o pleito autoral e condenou a empresa ré Vivo S.A. a ressarcir os valores pagos indevidamente e ao pagamento de indenização a título de danos morais no importe de R\$ 4.5000,00 (quatro mil e quinhentos reais). Para justificar o valor da indenização, o juiz afirmou que “[...] a demandante vivenciou uma situação desgastante, inclusive, havendo uma grande perda de tempo na busca da solução de um conflito a que não deu causa, tendo em vista que não requereu o fornecimento dos serviços aqui discutidos, devendo, dessa forma, ser compensada”.

Ademais, o caso também se assemelha ao julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na 4^a Vara Cível da Comarca da Capital, na 26^a Câmara Cível do Consumidor, Processo n. 0015058.86.2015.8.19.0204. O autor pediu revisão da sentença, e a condenação passou de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para R\$ 5.000 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais com manutenção dos

ré foi condenada ao pagamento, a título de indenização por danos morais, no importe de R\$ 5.000,00.

O autor moveu ação judicial contra a operadora Claro S.A. em decorrência do envio de mensagens publicitárias não autorizadas e contratação de serviços não solicitados. Em decisão de segunda instância, o entendimento de reprovação em relação a assinatura de serviços mediante o simples envio de mensagens de texto foi reforçado: “[...] Em outras palavras, não se pode penalizar o consumidor pelo sistema falho adotado pela prestadora de serviços, a qual deverá adotar meios mais seguros de perfectibilizar os contratos”. Desse modo, a empresa ré Claro S.A. teve seu recurso conhecido e improvido contra a sentença que julgou a demanda procedente.

O terceiro caso⁴³ diz respeito a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Vara dos Juizados Especiais de Entre Rios, no Processo n. 0011157-70.2015.8.13.0239. O autor moveu ação contra a operadora Telefônica Brasil S.A. visando impedir a cobrança do “Serviço de Terceiros Telefônica Data”, a restituição dos valores cobrados indevidamente e a indenização a título de danos morais.

O demandante alegou que os serviços mencionados foram ofertados através de SMS e mensagens *pop-up*:

[...] muitas pessoas clicam no OK da mensagem e, sem querer, ativam esses serviços. A partir daí, é só dor de cabeça, pois após uma reclamação, o serviço é retirado, mas, logo em seguida, é “ofertado” no sistema novamente e volta a ser cobrado. É uma situação que causa grande irritação.

O juízo de primeiro grau entendeu que essa oferta de serviço induz o consumidor a erro e, por isso, é digna de “alto grau de

demais termos da sentença, ou seja, condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e cessação dos serviços.

43 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 0311767-25.2018.8.21.7000*. Apelante/Apelado: Julio Alexandre dos Santos. Apelante/Apelado: Claro S.A. Relator: Dilso Domingos Pereira. Data de Julgamento: 14.11.2018. Data de Publicação: 21 nov. 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649644964/apelacao-civel-ac-70079465555-rs/inteiro-teor-649644999?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 maio 2020.

reprovação”. Em face do exposto, a empresa ré foi condenada, parcialmente, a pagar o valor de R\$ 18,93 a título de restituição pelos valores cobrados indevidamente e ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 2.000,00.

O quarto caso⁴⁴ concerne a decisão deliberada pela Vara Única de Presidente Bernardes do Tribunal de Justiça de São Paulo, na 12^a Câmara de Direito Privado, no Processo n. 1001492-35.2017.8.26.0480. O autor também moveu ação contra a operadora Telefônica Brasil S.A. com objetivo de ser reconhecida a inexigibilidade dos “Serviços TData” em sua fatura. Nesse sentido, pleiteou pelo reconhecimento da inexistência de contratação, repetição dos valores cobrados indevidamente e indenização a título de danos morais.

O juízo de primeiro grau entendeu que as cobranças realizadas pela ré foram lícitas, pois o autor não comprovou suas afirmações nos autos. Ademais, condenou a parte demandante ao pagamento de multa por litigância de má-fé. Em recurso, esta parte teve sua apelação conhecida e provida em parte e a sentença foi reformada apenas para afastar a multa por litigância de má-fé.

O quinto caso⁴⁵ também diz respeito a decisão proferida pela 2^a Vara Cível de Ibitinga do Tribunal de Justiça de São Paulo,

44 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação n. 1001492-35.2017.8.26.0480*. Apelante: Everaldo Durante. Apelado: Telefônica Brasil S.A. Relator: Jacob Valente. Data de Julgamento: 12.12.2018. Data de Publicação: 14 dez. 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659436664/apelacao-apl-10014923520178260480-sp-1001492-3520178260480?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

O caso em questão assemelha-se a outro julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, deliberado pela 2^a Vara Crime de Jales, na 12^a Câmara de Direito Privado, no processo n. 1001373-07.2018.8.26.0297. Neste caso, a ré Telefônica Brasil S.A. teve seu recurso conhecido e provido, sendo reconhecido que, em que pese os chamados SVAs costumem ser ofertados por meio de mensagens *pop-up*, o consumidor deve se atentar para não contratar o serviço questionado: “[...] E como muitas pessoas são apressadas ou desatentas, acabam clicando em OK [...] e, assim, sem querer ou sem perceber contratam o serviço”.

45 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1000952-69.2019.8.26.0236*. Apelante: Telefônica Brasil S.A. Apelado: Silvio Luiz Titato. Relator: Henrique Rodrigo Clavasio. Data de Julgamento: 14.10.2019. Data de Publicação: 14 out. 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com>.

na 18ª Câmara de Direito Privado, no processo n. 1000952-69.2019.8.26.0236. O autor moveu ação contra a operadora Telefônica Brasil S.A. para pleitear indenização por danos morais e cessação dos serviços contratados de forma errônea.

Em primeira instância, o juízo condenou a empresa ré para determinar o encerramento do envio de novas mensagens publicitárias através do serviço “*push*” e pagamento do importe de R\$ 3.000,00. Contudo, a operadora Telefônica Brasil S.A. recorreu da decisão e conseguiu modificar os termos impostos em sentença.

O juízo de segunda instância entendeu que inexistia

[...] efetivo impedimento legal para o envio das referidas notificações, contudo, pode ser prontamente obstado através da eficaz via administrativa pelo consumidor interessado, exatamente como se deu o caso ora em discussão.

Desse modo, a turma recursal concluiu que o autor não apresentou provas de que contactou a ré e o “simples” descumprimento contratual não se mostrava suficiente para antever a hipótese de indenização a título de danos morais.

br/jurisprudencia/768681446/apelacao-civel-ac-10009526920198260236-sp-1000952-6920198260236?ref=serp. Acesso em: 10 maio 2020.

O caso em questão assemelha-se ao julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, deliberado pela 1ª Vara do Juizado Especial Cível do Foro Regional I de Santana, no processo n. 0028150-61.2018.8.26.0001. Contudo, neste caso, o juízo de primeira instância condenou a ré Tim Celular S.A. apenas “[...] a cessar definitivamente o envio de mensagens de cunho publicitário, seja nas modalidades SMS ou ‘*pop-up*’ (*flash SMS, push, broadcast*)”. Ressalta-se que a indenização por danos morais não foi deferida, pois, “[n]o caso dos autos, não restou configurada a ocorrência de dano moral, mas de mero dissabor. Ainda que a conduta da ré tenha causado algum aborrecimento à autora, certamente não foi capaz de lhe macular a imagem ou causar qualquer tipo de abalo psicológico ou sofrimento que demanda indenização. Aliás, a descrição dos fatos feita na inicial não menciona nenhuma especial circunstância decorrente da conduta da ré”.

Ademais, o caso também assemelha-se ao julgado do Tribunal do Espírito Santo, pela Vara Única de Fundão na 1ª Turma Recursal, no Processo n. 0001311-88.2016.8.08.0059. Cumpre atentar que, para este caso, a sentença recorrida tinha acolhido a pretensão autoral no que tange ao pedido de danos morais, condenando a ré ao pagamento de R\$ 5.000,00 em indenização. Contudo, tal sentença foi revertida e a ação julgada improcedente.

4.1 A análise comparada das decisões judiciais

A partir das decisões acima, observa-se que, em grande parte dos casos analisados, é reconhecida a relação contratual abusiva das operadoras de telefonia e deferida a indenização por danos morais à parte autora.

A quantificação do dano moral deferido à parte demandante varia entre R\$ 2.000,00 e R\$ 5.000,00 e, normalmente, vem acompanhada de indenização por danos materiais e cessamento do serviço de *mobile marketing*. Outrossim, na maioria dos casos examinados, os autores tiveram suas ações procedentes ou procedentes em parte.

Em relação ao recebimento de indenização por danos morais, foi possível observar que, dos dez casos citados, cinco deles apresentaram decisões favoráveis ao consumidor, sendo eles: os dois casos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o caso julgado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o caso do Tribunal de Justiça Rio de Janeiro e o do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Dessa forma, cumpre anotar que apenas o Tribunal de Justiça de São Paulo não deferiu a indenização por danos morais em nenhum dos casos citados neste artigo.

No tocante às sentenças favoráveis ao consumidor, constata-se que em cinco casos as decisões não foram recorridas e (ou) recorridas e mantidas em sua integralidade, sendo eles: o caso julgado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, os dois do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e apenas um caso do Tribunal de Justiça de São Paulo.⁴⁶

Em relação às decisões reexaminadas, nota-se que três delas foram desfavoráveis ao consumidor, sendo uma concernente ao julgado do Tribunal de Justiça do Espírito Santo e duas ao Tribunal

46 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Processo cível n. 0028150-61.2018.8.26.0001*. Parte Autora: Regiane Ramos Baptista. Parte Ré: Tim Brasil S.A. Relator: Pedro Rebelo Bortolini. São Paulo. Data do Julgamento: 13.3.2018. Data de Publicação: 13 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/222221249/djsp-judicial-1a-instancia-capital-17-12-2018-pg-2073?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

de Justiça de São Paulo.⁴⁷⁻⁴⁸ Todavia, duas sentenças foram alteradas em benefício do consumidor, sendo elas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça de São Paulo.⁴⁹

No que diz respeito à condenação a título de indenização por danos materiais, quatro decisões condenaram as réas ao pagamento da restituição simples ou em dobro para a parte autora, sendo elas atinentes aos dois casos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do Rio de Janeiro e de São Paulo.⁵⁰

Diante do exposto, nota-se que sete dos dez casos analisados foram favoráveis, totalmente ou em parte, ao consumidor na esfera judicial. Nesse sentido, conclui-se que muitos tribunais estão reconhecendo a relação abusiva empreendida pelas empresas de telefonia e penalizando-as, como forma de assegurar os direitos dos consumidores e na tentativa de diminuição do envio de conteúdo publicitário abusivo.

5 O enfrentamento a partir da aprovação do Projeto de Lei n. 3.514/2015

O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) e a Lei Geral Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018) são extremamente importantes para assegurar a privacidade e a proteção de milhares de usuários, cidadãos e empresas, muitas vezes consumidores. Dessa maneira, surge a necessidade, cada vez maior, de uma legislação que regulamente o comércio eletrônico brasileiro e compreenda as modificações sociais e jurídicas decorrentes do avanço tecnológico.

47 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, *Apelação n. 1001373-07.2018.8.26.0297*. Apelante: Telefônica Brasil S.A. Apelado: Benedito Jovem da Silva. Relator: Jacob Valente. Data de Julgamento: 12.12.2018. Data de Publicação: 14 dez. 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659436663/apelacao-apl-10013730720188260297-sp-1001373-0720188260297?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

48 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, *Apelação Cível n 1000952-69.2019.8.26.0236*, 2019.

49 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, *Apelação n. 1001373-07.2018.8.26.0297*, 2018.

50 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, *Apelação n. 1001373-07.2018.8.26.0297*, 2018.

A modernização do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que visa acrescentar um capítulo sobre o *e-commerce*, iniciou-se em 2010 e culminou na edição do Projeto de Lei n. 281/2012. Contudo, em 2015, essa proposta foi convertida no Projeto de Lei n. 3.514/2015 e apensada ao Projeto de Lei n. 4.906/2001.⁵¹

O PL n. 3.514/2015⁵² permite disciplinar os contratos de consumo e dar maior segurança para os consumidores no ambiente virtual, garantindo os princípios da dignidade, saúde, segurança, proteção de interesses econômicos, a melhoria da qualidade de vida, transparência e harmonia das relações de consumo também nas plataformas digitais, contidos no art. 4º do CDC.⁵³ Nesse sentido, a atualização do código visa fortalecer a confiança, proteger os dados dos usuários e assegurar a autonomia da vontade do consumidor, conforme art. 45-A do projeto de lei supracitado.⁵⁴

51 “O movimento de atualização cirúrgica do Código de Defesa do Consumidor, iniciado por meio da equipe de juristas instalada no Senado Federal a partir de 07.12.2010, sob a presidência do Ministro Herman Benjamin, certamente dará àquele diploma legal, 21 anos após a sua promulgação, um novo sopro de vida, num trabalho que resultou na edição do Projeto de Lei nº 281/2012, aprovado em novembro de 2015 pelo Plenário do Senado Federal e posteriormente convertido no Projeto de Lei nº 3.514, da Câmara dos Deputados, atualmente apensado ao Projeto de Lei nº 4.906/2001.” MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 215.

52 AMAPÁ. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei PL 3.514/2015*. Altera a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) e o art. 9º do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Texto Original. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=205248>. Acesso em: 15 maio 2020.

53 Art. 4º do CDC: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida e a proteção do meio ambiente, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo [...]”.

54 Art. 45-A do PL 3.514/2015: “Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e a distância, visando a fortalecer sua confiança e assegurar sua tutela efetiva, mediante a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais”.

No tocante ao debate sobre o envio de *Flash SMS* por empresas de telefonia do Brasil, cumpre anotar que o Projeto de Lei supracitado abarca essa discussão, tendo em vista que versa sobre as relações negociais virtuais, ou seja, sobre a formação de contratos eletrônicos e o que pode ou não ser considerado abusivo pelos fornecedores, incluindo a forma dos anúncios publicitários.

Na seção VII, “Do Comércio Eletrônico”, o art. 45-B⁵⁵ traz uma série de condições de como a comunicação, no momento da oferta e conclusão do contrato, deve ser realizada. A partir disso, merece especial atenção o inciso VII, pois nesse tópico é preceituado que as informações devem ser claras e ostensivas, merecendo atenção especial a forma como o conteúdo é passado ao consumidor e se a comunicabilidade é eficiente para ambas as partes.

O art. 45-D⁵⁶ também é de extrema relevância para regular o combate à abusividade praticada pelas empresas de telefonia na adoção do *Flash SMS*, uma vez que descreve as obrigações do fornecedor ao utilizar meios eletrônicos ou similares. O inciso IV do mesmo artigo destaca que o consumidor deve ter assegurado meios técnicos adequados e eficazes que lhe permitam corrigir erros no momento da contratação de produtos ou serviços, antes de finalizá-la, sem qualquer prejuízo futuro em relação ao direito de arrependimento.

A norma do artigo acima se amolda perfeitamente aos argumentos trazidos pela jurisprudência para deferir a indenização a título de danos morais e materiais para os consumidores, visto que – como exposto pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul –

55 Art. 45-B do PL 3.514/2015: “Sem prejuízo do disposto neste Código, os sítios e demais meios eletrônicos, bem como as comunicações remetidas ao consumidor, utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, entre outras, as seguintes informações: [...]VII - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta”.

56 Art. 45-D do PL 3.514/2015: “É obrigação do fornecedor que utilizar meio eletrônico ou similar: [...] IV - assegurar ao consumidor meios técnicos adequados, eficazes e facilmente acessíveis que permitam a identificação e a correção de eventuais erros na contratação, antes de finalizá-la, sem prejuízo do posterior exercício do direito de arrependimento”.

o consumidor não pode ser penalizado pelo sistema falho da prestadora de serviço. Assim, cabe ao fornecedor utilizar plataformas seguras que consigam garantir a vontade real do cliente, não somente a vontade expressa no momento da contratação.

Por sua vez, o art. 45-E,⁵⁷ inciso II, regulamenta a confirmação do contrato eletrônico, muitas vezes não respeitada pelas empresas de telefonia. De acordo com esse artigo, o fornecedor tem a obrigação de enviar ao consumidor “confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta”, justamente para ratificar a existência do contrato e resguardar os direitos do consumidor, por meio da comprovação da relação entre as partes.

Ao analisar os dispositivos legais anteriores, depreende-se que, com a aprovação do PL n. 3.514/2015, muitas empresas precisarão ajustar seus procedimentos internos para conseguirem utilizar plataformas adequadas que assegurem a vontade real de negociação do consumidor – como exposto pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais –, pois muitas operadoras induzem os usuários a erro quando o contrato é firmado, uma vez que, no momento do recebimento do *Flash SMS*, muitos clientes clicam em “ok” por mera distração e, em seguida, a oferta “desaparece” do celular, o que dificulta o cancelamento do serviço posteriormente.

O inciso IV do mesmo artigo também pode ser considerado uma novidade extremamente benéfica ao consumidor, pois as prestadoras de serviço deverão enviar um *link* de acesso ou um formulário no momento da contratação, com a finalidade de facilitar o exercício do direito de arrependimento, caso exista.

Diante da análise do exposto, observa-se que o projeto de lei apresenta grandes novidades e mudanças no cenário do comércio eletrônico, mudanças essas fundamentais para proporcionar maior

⁵⁷ Art. 45-E do PL 3.514/2015: “Na contratação por meio eletrônico ou similar, o fornecedor deve enviar ao consumidor: [...] II - confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta; [...] IV - formulário, ou *link* para formulário, facilitado e específico para preenchimento pelo consumidor em caso de exercício do direito de arrependimento”.

segurança jurídica nas relações negociais. Avançando no tema, importante esmiuçar também o teor do art. 45-F⁵⁸ e seus desdobramentos, pois este dispositivo retrata, de forma específica, o envio de conteúdo publicitário para os potenciais consumidores digitais.

Os incisos II e III do artigo supracitado revelam que é vedado o envio de mensagem eletrônica não solicitada ao cliente que “esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta” e “tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la”. Nesta senda, afirma-se a liberdade do consumidor em pedir o cancelamento do envio de conteúdo publicitário realizado pelas operadoras de telefonia e ter seu pleito atendido, situação muitas vezes não respeitada pelas grandes prestadoras de serviços.

O § 1º do art. 45-F⁵⁹ também reforça a necessidade do consentimento no envio de mensagens eletrônicas quando o vínculo contratual é formado, de forma clara e ostensiva, e a indispensabilidade da oportunidade de solicitar o cancelamento de envio por parte dos consumidores.

O § 2º, inciso I, do mesmo artigo⁶⁰ revela o papel informativo do fornecedor ao enviar mensagens eletrônicas aos consumidores, devendo constar nessas mensagens “o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz” que permita ao cliente recusar o envio de mensagens não solicitadas.

Por último, o capítulo VII, “Das Sanções”, retrata as penalidades em caso de descumprimento dos dispositivos acima por parte

58 Art. 45-F do PL 3.514/2015: “É vedado ao fornecedor de produto ou serviço enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que: I - não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio e expresso em recebê-la; [...] III - tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la”.

59 PL 3.514/2015, art. 45-F, § 1º: “Se houver prévia relação de consumo entre o remetente e o destinatário, admite-se o envio de mensagem não solicitada, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la”.

60 PL 3.514/2015, art. 45-F, § 2º: “O fornecedor deve informar ao destinatário, em cada mensagem enviada: I - o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz que lhe permita, a qualquer momento, recusar, sem ônus, o envio de novas mensagens eletrônicas não solicitadas”.

dos fornecedores. Conforme preceitua o art. 56, inciso XIII,⁶¹ o prestador deverá suportar a suspensão temporária ou proibição da oferta de produtos e serviços em hipótese de infração das normas.

Sendo assim, a atualização do Código de Defesa do Consumidor se mostra extremamente urgente para garantir maior segurança nas contratações realizadas no ambiente virtual e a proteção dos consumidores. Necessário é, portanto, o aperfeiçoamento da lei para acompanhar as mudanças sociais surgidas com o avanço tecnológico e preservar, de forma mais intensa, a privacidade, os dados e a vontade real de milhares de usuários consumidores.

6 Conclusão

A partir do presente estudo, constata-se que o recurso do *Flash SMS*, quando mal utilizado, deve ser considerado um veículo de publicidade abusiva das empresas de telefonia do Brasil, tendo em vista que o envio de notificações *push up*, por meio de mensagens de texto, é capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial, violando diversos princípios norteadores das relações de consumo. Dessa forma, para o negócio jurídico entre o usuário e a empresa de telefonia ser válido, é necessário que a proposta de oferta seja apresentada sem quaisquer vícios, devendo abarcar os requisitos de precisão e entendimento do consumidor, muitas vezes desrespeitado por este modelo de *mobile marketing*.

A partir da análise doutrinária, jurisprudencial e legal, infere-se que o consumidor está amparado por princípios que visam a sua tutela, tendo em vista que os clientes das empresas de telefonia são considerados a parte vulnerável da relação e, por esse motivo, cabe ao Direito garantir a equiparação entre as partes, ou seja, entre o consumidor e fornecedor.

61 Art. 56 do PL 3.514/2015: “As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: [...] XIII - suspensão temporária ou proibição de oferta e de comércio eletrônico”.

Todavia, conforme observância das decisões judiciais, os fornecedores de produtos e serviços telefônicos continuam utilizando artifícios para driblar as garantias consumeristas, apesar de todo esforço normativo existente, justamente por não haver uma legislação específica que discipline, de forma elucidativa, as relações negociais no ambiente virtual.

Neste cenário, o Projeto de Lei n. 3.514/2015 veio para somar forças e regular os contratos eletrônicos de consumo, proporcionando maior segurança para os consumidores e equiparidade nas relações negociais na esfera digital. Dessa maneira, as obrigações dos fornecedores ao utilizar meios eletrônicos ou similares ficam mais bem definidas e com teor enunciativo, tendo em vista o caráter obrigatório da norma.

Por fim, relevante salientar que se faz necessário interpretar de modo amplo as normas e preceitos jurídicos, visto que relações inéditas estão sendo formuladas a partir do avanço tecnológico. Nesta senda, imprescindível que os tribunais continuem se posicionando de forma favorável ao consumidor em casos semelhantes aos citados neste artigo e que o PL n. 3.514/2015 seja aprovado, pois urge a atualização do Código de Defesa do Consumidor para adequar a interpretação jurídica ao cliente digital e às novas possibilidades de consumo.

Referências

AMAPÁ. Assembleia Legislativa. *Projeto de Lei PL 3.514/2015*. Altera a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) e o art. 9º do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Texto Original. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=205248>. Acesso em: 15 maio 2020.

BAGATINI, Idemir Luiz. Os efeitos da oferta e da publicidade nas relações de consumo. *Revista Direito em Debate*, Ijuí/RS, v. 14, n. 24, p. 63-85, jul./dez. 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BLOG DO IPHONE. *Entenda o que são as propagandas de tela cheia no seu iPhone*. 2016. Disponível em: <https://blogdoiphone.com/2016/06/flash-sms-iphone>. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Recurso Inominado n. 0700490-59.2017.8.07.0019*. Recorrente: Americel S.A. e Claro S.A. Recorrido: Brenno de Lucena Costa. Relator: Eduardo Henrique Rosas. Data de Julgamento: 11.4.2018. Data de Publicação: 16 abr. 2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/567625251/7004905920178070019-df-0700490-5920178070019/inteiro-teor-567625476?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Processo n. 0011157-70.2015.8.13.0239*. Parte Autora: Paulo André de Sales. Parte Ré: Telefônica Brasil S.A. Relator: Arthur Eugênio de Souza. Data do Julgamento: 20.5.2016. Data de Publicação: 24 maio 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/110454054/processo-n-00111577020158130239-do-tjmg>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 0311767-25.2018.8.21.7000*. Apelante/Apelado: Julio Alexandre dos Santos. Apelante/Apelado: Claro S.A. Relator: Dilso Domingos Pereira. Data de Julgamento: 14.11.2018. Data de Publicação: 21 nov. 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649644964/apelacao-civel-ac-70079465555-rs/inteiro-teor-649644999?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação n. 1001373-07.2018.8.26.0297*. Apelante: Telefônica Brasil S.A. Apelado: Benedito Jovem da Silva. Relator: Jacob Valente. Data de Julgamento: 12.12.2018. Data de Publicação: 14 dez. 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659436663/apelacao-apl-10013730720188260297-sp-1001373-0720188260297?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação n. 1001492-35.2017.8.26.0480*. Apelante: Everaldo Durante. Apelado: Telefônica Brasil S.A. Relator: Jacob Valente. Data de Julgamento: 12.12.2018. Data de Publicação: 14 dez. 2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659436664/apelacao-apl-10014923520178260480-sp-1001492-3520178260480?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1000952-69.2019.8.26.0236*. Apelante: Telefônica Brasil S.A. Apelado: Silvio Luiz Titato. Relator: Henrique Rodrigo Clavasio. Data de Julgamento: 14.10.2019. Data de Publicação: 14 out. 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768681446/apelacao-civel-ac-10009526920198260236-sp-1000952-6920198260236?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Processo cível n. 0028150-61.2018.8.26.0001*. Parte Autora: Regiane Ramos Baptista. Parte Ré: Tim Brasil S.A. Relator: Pedro Rebelo Bortolini. São Paulo. Data do Julgamento: 13.3.2018. Data de Publicação: 13 dez. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/222221249/djsp-judicial-1a-instancia-capital-17-12-2018-pg-2073?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2020.

CANESSO, Natacha Stefanini. *Publicidade na internet: um estudo dos formatos de anúncios on-line*. 2004. Trabalho apresentado no XXVII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação.

CARVALHO, Nelly. O batistério publicitário. *Alfa: Revista de Linguística*, São Paulo, v. 42, edição especial, 1998.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Crêterios para avaliação da ilicitude na publicidade*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

EHRENBERG, Karla Caldas. O processo comunicacional móvel brasileiro sob o ponto de vista dos profissionais de publicidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 35, Fortaleza. *Anais [...]*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação (Intercom), 2012.

EL-AMME, Michel Leite. *Mobile marketing – marketing de mobilidade*. 2010. Monografia (Especialização em Marketing) – Instituto A Vez do Mestre, Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k213420.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; SACCO NETO, Fernando. *Manual de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2010.

GOMES, Neusa Demartini. Publicidade ou propaganda? É isso aí! *Revista Famecos*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 111-121, 2001.

GOÑÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.

GOÑÇALVES, João Bosco Pastor. Princípios gerais da publicidade no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 2002. *Jus Navigandi*, Teresina, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3181/principios-gerais-da-publicidade-no-codigo-de-protecao-e-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 16 out. 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. São Paulo: Atlas, 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ROQUE, Nathaly Campitelli. A prestação de serviços e o Código de Defesa do Consumidor: os cuidados que devem ser tomados pelo fornecedor. *Olimpia-SP, Scientia FAER*, v. 2, n. 2, p. 104, 2010.

RETONDAR, Anderson Moebus. A (re) construção do indivíduo: a sociedade de consumo como “contexto social” de produção de subjetividades. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 23, n. 1, p. 137-160, jan./abr. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v23n1/a06v23n1.pdf>. Acesso em: 1º out. 2019.

TAVARES JUNIOR, Frederico Augusto. Publicidade e consumo: a perspectiva discursiva. *Revista Comum*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 26, p. 117-144, 2006.