

**PARECER<sup>1</sup> SOBRE  
AS ALTERAÇÕES NA POLÍTICA  
DE PRIVACIDADE E TERMOS DE USO  
DO WHATSAPP**

**MARIA CECÍLIA OLIVEIRA GOMES**

São Paulo, 25 de março de 2021

Para: **SUM OF US**

<sup>1</sup> Este parecer contém, ao todo, 59 páginas. Caso seja utilizado publicamente deve ser apresentado em sua integralidade. Este documento não foi formulado para instruir litígios administrativos ou judiciais, mas sim para responder a Consulta formulada pela Sum Of Us.

Maria Cecília Oliveira Gomes é Advogada e Consultora especializada em Privacidade e Proteção de Dados. Doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora de instituições de ensino em privacidade e proteção de dados. Foi Pesquisadora Visitante na Data Protection Unit do Council of Europe (CoE) na França. Foi Pesquisadora Visitante no European Data Protection Supervisor (EDPS) na Bélgica. Pós-graduada em Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

## I. LIMITAÇÕES DE RESPONSABILIDADE E ESCOPO DA CONSULTA

### 1. Não é objeto desta consulta analisar:

- 1.1. As implicações do papel exercido pelo WhatsApp na cadeia de tratamento de dados do grupo econômico do Facebook, Inc., notadamente se este último na condição de controlador ou co-controlador deteria autorização para empregar novo uso para dados obtidos anteriores à aquisição do primeiro e quais deveriam ser os respectivos instrumentos jurídico-formais para tanto;
- 1.2. Todo o plexo de normas proteção de dados pessoais previsto na LGPD, especialmente:
  - 1.2.1. direitos dos titulares de dados com exceção daquele (e.g., direito de oposição: *opt-out*) que tenha uma relação direta com a escolha da base legal para atividade de tratamento de dados do WhatsApp; e
  - 1.2.2. o conjunto de 10 (dez) princípios normas com exceção daqueles (e.g., transparência, boa-fé e finalidade) que tenham uma relação direta com o compartilhamento de dados entre o WhatsApp e o grupo econômico Facebook, Inc.
- 1.3. Bem como a articulação entre as normas de proteção de dados e consumeristas de forma exaustiva, especialmente a integralidade dos princípios que norteiam a Lei Geral de Proteção de Dados, a LGPD (Lei Nº 13.709/2018), o Código de Defesa do Consumidor, o CDC (Lei Nº 8.078/1990) e o Marco Civil da Internet, o MCI (Lei Nº 12.965/2014).

### 2. É objeto desta consulta analisar:

- 2.1. dentre as hipóteses previstas no artigo 7º da LGPD, porquê o tratamento de dados do WhatsApp e, mais especificamente o compartilhamento de dados para finalidade marketing-publicidade e *analytics* com o grupo econômico do Facebook, Inc., é (i)legal. O cotejo entre as 10 (dez) hipóteses centrar-se-á nas bases legais do consentimento (art. 7º, inciso I), legítimo interesse (art. 7º, inciso IX) e execução do contrato (art. 7º, inciso II);
- 2.2. mesmo que o tratamento-compilhamento de dados supramencionado estiver amparado por uma base legal válida, se ainda assim deveria ser franqueado o direito de oposição (art. 18, inciso VIII) para fins de *marketing-publicidade* e *analytics*<sup>2</sup>; e

<sup>2</sup> A despeito da ciência da diferença entre os termos publicidade, marketing e *analytics*, para fins desse estudo, optamos pela combinação dessas finalidades no termo “marketing-publicidade e *analytics*”. O termo atende ao que queremos apontar como parte relevante no contexto das mudanças do modelo de negócio do WhatsApp. Na Política de Privacidade, no tópico “Dados compartilhados por você e por nós”, o WhatsApp indica que compartilham os dados:

- 2.3. em vista do diálogo entre a LGPD e o CDC, especialmente o princípio da boa-fé e o rol exemplificativa de cláusulas e práticas abusivas, se o tratamento de dados do WhatsApp e, mais especificamente o compartilhamento de dados para finalidade *marketing*-publicidade e *analytics* com o grupo econômico do Facebook, Inc., coloca o consumidor em desvantagem exagerada e vantagem manifestamente por parte do agente de tratamento de dados.

### 3. A questão principal é a seguinte:

Tendo em vista o regime estabelecido pela LGPD, em diálogo com o Código de Defesa do Consumidor, o tratamento de dados do WhatsApp e, mais especificamente, o compartilhamento de dados para finalidade *marketing*-publicidade e *analytics* com o grupo econômico do Facebook, Inc. é (i)legal?

## II. INFORMAÇÕES GERAIS

1. A **SUM OF US** apresentou uma série de questionamentos sobre a nova política de privacidade e os termos de uso do aplicativo WhatsApp, solicitando uma opinião legal sobre a sua conformidade em relação à legislação brasileira de proteção de dados. A análise resultará na elaboração de um estudo que analise quais seriam as bases legais para tanto, bem como se deveria ser assegurado o direito de oposição (*opt-out*) aos consumidores, com foco no compartilhamento de dados entre o aplicativo WhatsApp com o grupo econômico Facebook.<sup>3</sup>

## III. SUMÁRIO EXECUTIVO

1. A LGPD traz 10 (dez) bases legais autorizativas para o tratamento de dados pessoais (não sensíveis). Nesse sentido, o consentimento, o legítimo interesse e a execução do contrato, apresentam-se como possíveis hipóteses de legitimação, respectivamente, de início, para as verticais de validação do compartilhamento para *marketing*-publicidade e *analytics* previstos nas alterações da política de privacidade do WhatsApp desde a sua aquisição pelo Facebook. Tão importante quanto a indicação em si de tais bases legais é necessário observar que a LGPD estipula parâmetros de legalidade distintos para cada uma delas.

“prestadores de serviço terceirizados e com outras Empresas do Facebook para nos ajudar a operar, executar, aprimorar, entender, personalizar, dar suporte e anunciar nossos Serviços”.

<sup>3</sup> A despeito da ciência da diversidade e complexidade das atividades de tratamento de dados pessoais realizadas na análise das mudanças das políticas de privacidade do WhatsApp ao longo dos anos, a presente opinião se restringe apenas ao estudo das bases legais utilizadas pelo WhatsApp para fundamentar o compartilhamento e direito de oposição (*opt-out*), a opinião legal não considerará outros elementos acerca da legalidade de tais atividades de tratamento de dados como um todo.

2. Nesse contexto e em vista dos critérios analisados, o WhatsApp não poderia utilizar as bases legais do consentimento, legítimo interesse ou de execução do contrato para finalidades de *marketing*-publicidade e *analytics*. Com isso, os diferentes cenários de aplicação das bases legais demonstram diferentes desconformidades jurídico-regulatórios com o caso em questão:
  - 2.1. **CONSENTIMENTO:** a manifestação da vontade livre de vícios deve observar, respectivamente, os adjetivos: informado; inequívoco; e expresso. No caso do WhatsApp, não houve a caracterização do consentimento válido. O aplicativo prejudicou todas as fases de classificação do consentimento:
    - 2.1.1. **INFORMADO:** pela maneira que as informações acerca das mudanças na finalidade de tratamento foram apresentadas ao usuário, verificou-se que o encadeamento das informações não é suficientemente claro para que o usuário seja devidamente alertado sobre as alterações. As mudanças e controles não são apresentados de forma primária. A interface é enganosa por induzir o titular a concordar com as alterações sem explorar a política de privacidade de forma detalhada e, ao mesmo tempo, estar munido com a possibilidade de se opor a determinados usos com seus dados.
    - 2.1.2. **INEQUÍVOCO:** a falta de transparência prejudica a segunda adjetivação, uma vez que a voluntariedade do usuário se torna questionável. Isso é ressaltado especialmente na interface de 2016, pois a caixa de diálogo que informa sobre as mudanças vem com o aceite pré-marcado.
    - 2.1.3. **EXPRESSO:** a atualização de 2021 esvazia as possibilidades de controle do usuário sobre a operação de dados do WhatsApp. A plataforma não oferece opções de interromper, parcialmente ou por completo, as novas finalidades introduzidas. A falta de mecanismos de controle confirma a ausência do direito de oposição, ou *opt-out*. Assim, o aplicativo consolida a jornada por meio de um arranjo contratual por adesão e sem qualquer tipo de escolha por parte do titular.
  - 2.2. **LEGÍTIMO INTERESSE:** ao analisarmos as quatro fases do teste do legítimo interesse (*Legitimate Interest Assessment* - LIA), esta base legal também não suporta o tratamento de dados em questão:
    - 2.2.1. **LEGITIMIDADE DO INTERESSE E SITUAÇÃO CONCRETA:** verifica-se que o WhatsApp não estabelece a correlação dos tipos de dados coletados para cada uma dessas diversas finalidades. O conjunto de dados não está devidamente articulado com o propósito que justifica seu uso. A falta deste tipo de cruzamento afeta a maneira que o usuário compreende a complexidade de um fluxo de dados que é complexo e multifuncional, em razão da mudança do modelo de negócio da plataforma.
    - 2.2.2. **NECESSIDADE:** o compartilhamento dos dados para fins de *marketing*-publicidade e *analytics*, com base no legítimo interesse, deveria ser categorizado separadamente frente aos dados estritamente necessários para o funcionamento dos serviços de mensageria. Além disso, o WhatsApp, enquanto controlador, não publicou qualquer teste ou critério adotado pela plataforma que possibilite a análise da correlação entre as categorias de dados coletados e finalidades pretendidas.

- 2.2.3. **LEGÍTIMA EXPECTATIVA E RISCOS AOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS:** há um acúmulo e cruzamento de informações de diferentes contextos, que não apenas o do WhatsApp, mas de todo o grupo Facebook. Com isso, emergem diversos usos secundários dos dados, que não apenas para prestação dos serviços de mensageria, o que não é intuitivo para o cidadão comum. A personalização de recursos e conteúdos em empresas do Grupo Facebook, não é algo que faz parte da interação padrão do usuário com a plataforma. Não há correlação direta entre o contexto da entrega do serviço de mensageria e o compartilhamento de informações com o Grupo Facebook, o que fere as legítimas expectativas dos seus usuários.
- 2.2.4. **SALVAGUARDAS:** as medidas adotadas para garantir os direitos dos titulares e mitigar riscos não faz frente ao volume de dados tratados pela plataforma. Principalmente, em razão da falta de adoção de ferramentas pelas quais o titular pudesse personalizar quantitativamente e qualitativamente o fluxo dos seus dados.
- 2.3. **EXECUÇÃO DO CONTRATO:** destaca-se a importância de identificar o nexo do tratamento de dados pessoais e o objeto da relação contratual principal existente com o titular, além do balanceamento das expectativas que derivam dessa relação. O objeto principal do contrato é a entrega dos serviços de mensageria. A coleta de dados para finalidades recentemente introduzidas pela plataforma não condiz com esse objeto primário, e, por isso, não justifica a aplicação da base legal.
- 2.4. **DIREITO DE OPT-OUT:** os direitos dos titulares brasileiros foram diminuídos. Além da falta de respaldo para aplicação das bases legais previstas pela LGPD, o WhatsApp também restringiu o acesso a direitos dos titulares elencados na LGPD. Desde 2016, o chamado direito de oposição ou *opt-out* já vinha sendo sufocado pela limitação temporal acima apontada. Com a atualização de 2021, consolida-se a prática do usuário não ter a opção de escolha em barrar parcialmente ou por completo o compartilhamento de dados.
- 2.4.1. A falta de opções fere direitos do titular. A escolha sendo binária e imperativa, sem compartimentação na coleta e oferecendo uma solução universal (aceite total das mudanças ou perda de acesso ao serviço), o WhatsApp descumpra uma garantia do titular associada a qualquer obrigação e responsabilidade constante no texto da LGPD que é descumprida pelo agente de tratamento.
- 2.4.2. Sem o direito de *opt-out* no WhatsApp, há potencial abuso de poder econômico que já exerce uma posição dominante no mercado brasileiro. Cria-se uma dificuldade abusiva para outros agentes econômicos, que com ele concorreriam no mercado de marketing e de mensageria, e não possuem a mesma capilaridade. Ainda mais quando se leva em consideração que o direito de oposição, previsto na Lei Geral de Proteção de Dados, deve estar sintonizado com a sua vetorização setorial. Isso pode ser observado no campo das telecomunicações, onde a ANATEL

tem empreendido esforços para facilitar e tornar um direito absoluto do cidadão barrar o uso de seus dados para fins de marketing, especialmente telemarketing<sup>4</sup>.

- 2.5. **PRÁTICA ABUSIVA E DESVANTAGEM EXCESSIVA:** há como afirmar um alto desequilíbrio na relação controlador-titular. A posição dominante do WhatsApp no mercado é marcada pela reputação e promessas aos usuários sobre controles sobre seus dados, bem como mecanismos de mitigação de riscos e ferramentas de redução de medidas intrusivas. Essa imagem é incompatível com a nova lógica do modelo de negócios da plataforma, após a aquisição pelo grupo econômico do Facebook. Apesar de não haver qualquer ilegalidade no modelo de negócio do Facebook e na monetização de dados para fins como direcionamento de anúncios, marketing-publicidade e *analytics*, há uma ruptura da expectativa despertada no mercado, diante de órgãos reguladores e usuários. A mudança no modelo de negócios não só agrava a vulnerabilidade do consumidor, como, também, contraria a boa-fé.
- 2.6. O caso é contraditório. O Brasil é um país com uma das legislações mais avançadas do mundo para uso da Internet e proteção do consumidor, e isso não se reflete na operação do WhatsApp no País. Apesar de ser um dos maiores mercados do aplicativo, o Brasil é o país que recebe a menor proteção jurídica. De acordo com os 13 (treze) casos analisados no mapeamento do estado da arte da discussão, a interrupção do compartilhamento de dados entre o WhatsApp e o grupo econômico Facebook não é apenas viável como foi instituída em diversos países na Europa, sob a jurisdição do GDPR.

### 3. O compartilhamento de dados com o grupo Facebook enquanto prática abusiva:

É possível afirmar que, tendo em vista o diálogo de complementariedade-subsidiariedade entre LGPD, CDC e MCI que o tratamento de dados operado pelo WhatsApp, nos moldes atuais, especificamente o compartilhamento com o grupo econômico Facebook para fins de *marketing-publicidade* e *analytics*, é ilegal. Além de não haver uma base legal válida, ao não garantir um controle granular ao titular de dados, especialmente com a possibilidade de barrar novos usos e secundários dos seus dados a partir da nova lógica de modelo de negócio, trata-se de uma prática abusiva e, potencialmente, de abuso de poder econômico.

<sup>4</sup> Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2019/07/15/noticias/cadastro-em-plataforma-online-impedira-que-operadoras-liguem-para-voce/>. Acesso em 09/03/2021.

## IV. ESTUDO

1. O estudo está dividido em 4 (quatro) partes. A primeira, de cunho mais geral, historiciza o que aconteceu desde a aquisição do WhatsApp pelo Facebook para fins de contextualização do objeto do estudo. As demais partes específicas, enfrentam 03 (três) questões<sup>5</sup> centrais, cada qual composta de sub perguntas, cujas respostas combinadas respondem se é legal ou não o tratamento-compartilhamento de dados entre o WhatsApp e o Facebook. Tal divisão se fez necessária para não se desviar do escopo da consulta e, ao mesmo tempo, articular de forma coesa a sua fundamentação jurídica.

A. Qual cenário jurídico-regulatório que se desenhou desde a aquisição do WhatsApp pelo Facebook?<sup>6</sup>

1. O WhatsApp foi fundado em 2009, nos Estados Unidos, por Brian Acton e Jan Koum. Desde sua fundação, os criadores se mostraram refratários à lógica do chamado “zero-price-advertisement-business”. Nesta lógica, os usuários não pagam pelo uso do serviço, (“zero price”) e a contraprestação é o fornecimento de seus dados pessoais. Estes dados podem ser usados especialmente para o direcionamento de conteúdo publicitário e ações de *marketing*-publicidade e *analytics*, que gera receita para pagar de forma indireta, os serviços (“advertisement business”). Os criadores apostaram na ideia de que os usuários pagariam um valor pelo serviço, ao invés de subscrever o modelo de negócio que tem como contraprestação seus dados pessoais. No próprio site do WhatsApp, ao clicar na página “Sobre”, os criadores reforçam que o propósito do aplicativo é oferecer um serviço eficiente e indispensável, sem transacionar os dados pessoais dos seus usuários, tanto que chegam a afirmar que “quando há anúncios, você, usuário, é o produto”.<sup>7</sup>
2. Em 2014, o aplicativo já era uma das maiores redes sociais do mercado com cerca de 600 (seiscentos) milhões de usuários em todo o mundo na época. Em fevereiro do mesmo ano, o WhatsApp foi adquirido pelo grupo econômico do Facebook por US \$19 (dezenove) bilhões, mas continuou operando de forma independente. À época, especulava-se que Zuckerberg monetizaria os dados da audiência do aplicativo através de publicidade comportamental e outras ações de *marketing*-publicidade e *analytics*. Se considerada essa nova matriz econômica do modelo de negócio, o valor de US \$42,00 (quarenta e dois dólares) pagos por usuário do aplicativo teria sido um ótimo negócio.<sup>8</sup>
3. A Comissão de Comércio Federal dos Estados Unidos, a *Federal Trade Commission* (“FTC”) alertou que, apesar da aquisição do WhatsApp pelo Facebook, o aplicativo de mensagens deveria honrar a promessa feita aos usuários. O Facebook deveria garantir que a natureza limitada de informações que o serviço de mensagens armazena e compartilha com terceiras partes seria mantido, já que as proteções garantidas na política de privacidade do

5A estrutura da divisão compreende: a) ausência de bases legais válidas para o tratamento-compartilhamento de dados do WhatsApp com o grupo econômico Facebook; b) Direito de oposição (opt-out); c) Tratamento-compartilhamento entre o WhatsApp e Facebook enquanto prática abusiva.

6 Essa parte do estudo compreende os seguintes quesitos da consulta que nos foi formulada: a) Qual o cenário jurídico-regulatório que se desenhou desde 2016 com a primeira atualização da Política de Privacidade do WhatsApp em termos de direito comparado e no cenário brasileiro?

<sup>7</sup> Disponível em: <https://blog.whatsapp.com/why-we-don-t-sell-ads>. Acesso em 26/02/2021.

<sup>8</sup> Disponível em <https://www.whatsapp.com/about/>. Acesso em 01/03/2021.



WhatsApp excedem aquelas oferecidas aos usuários do Facebook. A FTC<sup>9</sup> estabeleceu que, caso o WhatsApp tivesse a intenção de modificar suas políticas de privacidade após aquisição do Facebook, deveria obter o consentimento válido dos usuários antes de sua implementação. Na época, o Facebook prometeu que não haveria alteração nos planos do WhatsApp e a forma como a empresa usa dados pessoais.<sup>10</sup>

4. Apesar do compromisso assumido publicamente, a promessa foi quebrada. A nova política de privacidade de 2016<sup>11</sup> previu o compartilhamento dos dados dos seus usuários com o grupo econômico Facebook. A finalidade era “aprimorar experiências” dos serviços oferecidos pelo Facebook - com especial relação a “anúncios e produtos do Facebook”. Com isso, novas regras reverteram completamente a matriz do modelo de negócio e, principalmente, o fluxo de dados entre seus titulares e a plataforma.
5. Uma tela com o aviso das mudanças na política de privacidade foi apresentada. Ela oferecia somente uma opção, em destaque, para aceitar as mudanças e outra para saber mais a respeito delas, na parte inferior da tela. A alteração também ofereceu 30 (trinta) dias aos usuários para que alterassem as permissões de compartilhamento no próprio aplicativo do WhatsApp, após a aceitação do compartilhamento de dados.
6. A partir desse pano de fundo, especialmente diante do WhatsApp ter assumido uma posição dominante no mercado e cativado sua audiência a partir da promessa da não monetização de dados, deve ser analisado se tais mudanças configuram uma prática abusiva. Além disso, quebrou-se a promessa de que o aplicativo não coletaria dados além do necessário para garantir o funcionamento do mesmo, isto é, troca de mensagens. Com isso, deve ser também considerado se foram frustradas as legítimas expectativas dos titulares de dados, em atenção ao princípio da boa-fé.
7. Em 2021, o WhatsApp anunciou novas alterações em sua política de privacidade e termos de uso. Inicialmente previsto para 8 (oito) de fevereiro, as mudanças nesta atualização estão relacionadas aos recursos comerciais, indicados como opcionais, e compartilhamento de informações com outras empresas do grupo Facebook. Na página “FAQ” da Central de Ajuda do aplicativo, o WhatsApp esclarece-se que: i) estão desenvolvendo novas maneiras “totalmente opcionais” para os usuários conversarem com empresas e realizarem compras; iii) o serviço de atendimento aos clientes é um serviço pago oferecido às empresas, e que alguns recursos de compra são integrados ao Facebook para que as empresas possam gerenciar estoques em mais de um aplicativo.<sup>12</sup>
8. Em nota publicada em 18 (dezoito) de fevereiro de 2021, entre muitas explicações, o WhatsApp informa que: *“Além disso, consideramos importante esclarecer como conseguimos oferecer o WhatsApp gratuitamente. Todos os dias, milhões de pessoas conversam com empresas no WhatsApp, já que é mais fácil do que fazer uma ligação ou trocar e-mails com os atendentes das empresas. O serviço de atendimento ao cliente no WhatsApp é cobrado somente das empresas e nunca dos clientes. Alguns recursos de compra e venda são integrados ao Facebook para que as empresas*

<sup>9</sup> Facebook, Inc., In the Matter of - Civil Action Number 19-cv-2184, FCT Matter 092 3184 | 182 3109 | C-4309, 28/04/2020. Disponível em <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/c4365Facebookmodifyingorder.pdf>. Acesso em 01/03/2021.

<sup>10</sup> Disponível em: [https://www.huffpost.com/entry/zuckerberg-Facebook-WhatsApp\\_n\\_4848205](https://www.huffpost.com/entry/zuckerberg-Facebook-WhatsApp_n_4848205). Acesso em 26/02/2021.

<sup>11</sup> Disponível em <https://www.WhatsApp.com/legal/privacy-policy/revisions/20160825>. Acesso em 01/03/2021.

<sup>12</sup> Disponível em: <https://faq.WhatsApp.com/general/security-and-privacy/about-new-business-features-and-WhatsApps-privacy-policy-update>. Acesso em 26/02/2021.

*possam gerenciar seus estoques em diversos aplicativos. Exibimos mais informações diretamente nas conversas do WhatsApp com essas empresas para que as pessoas possam escolher continuar a conversa ou não”.*<sup>13</sup>

9. O quadro abaixo sintetiza os anos de discussão acima retratados com o objetivo de traçar um perfil comparativo das práticas de tratamento de dados da plataforma:

<sup>13</sup> Disponível em: [https://blog.WhatsApp.com/more-information-about-our-update?lang=pt\\_br](https://blog.WhatsApp.com/more-information-about-our-update?lang=pt_br). Acesso em 26/02/2021.

| CRITÉRIO DE ANÁLISE       | PRÉ-AQUISIÇÃO DO FB (ATÉ 2014) <sup>14</sup>                                      | APÓS-AQUISIÇÃO DO FB (ATÉ 2016) <sup>15</sup>   | PÓS-AQUISIÇÃO DO FB (ATÉ 2019) <sup>16</sup>   | APÓS-AQUISIÇÃO DO FB (ATÉ 2021)  |
|---------------------------|---|---|--|--|
| DADOS COLETADOS           | Informação de conta: Nome, telefone, contatos, foto de perfil, mensagem de status | Informação de conta: Nome, telefone, contatos, foto de perfil, mensagem de status   | Informação de conta: Nome, telefone, contatos, foto de perfil, mensagem de status  | Informação de conta: Nome, telefone, contatos, foto de perfil, mensagem de status  |
|                           | Endereço de cobrança (se aplicável)   | (WhatsApp virou gratuito)   | (WhatsApp virou gratuito)  | (WhatsApp virou gratuito)  |
|                           | “Informação do dispositivo móvel”   | <b>Informação do dispositivo e conexão: modelo de hardware; informações do sistema operacional; informações de browser; endereço IP; informação de rede móvel; identificadores de dispositivo; e localização quando o usuário opta por isso</b> | Informação do dispositivo e conexão: modelo de hardware; informações do sistema operacional; informações de browser; endereço IP; informação de rede móvel; identificadores de dispositivo; e localização quando o usuário opta por isso | Informação do dispositivo e conexão: modelo de hardware; informações do sistema operacional; informações de browser; endereço IP; informação de rede móvel; identificadores de dispositivo; e localização quando o usuário opta por isso |
|                           | (Cookies somente no site)   | <b>Cookies</b>  | Cookies  | Cookies  |
|                           | -   | <b>Status (online e última vez visto)</b>   | Status (online e última vez visto)   | Status (online e última vez visto)   |
|                           | -   | <b>Conexões: cria uma lista automática de contatos mais frequentes</b>  | Conexões: cria uma lista automática de contatos mais frequentes  | Conexões: cria uma lista automática de contatos mais frequentes  |
|                           |   | <b>Informações transacionais: informações e confirmações de terceiros ou de app stores processando o pagamento</b>  | Informações transacionais: informações e confirmações de terceiros ou de app stores processando o pagamento  | Informações transacionais: informações e confirmações de terceiros ou de app stores processando o pagamento  |
| FINALIDADES DE TRATAMENTO | Prestação do serviço de mensageria  | Prestação do serviço de mensageria  | Prestação do serviço de mensageria   | Prestação do serviço de mensageria   |
|                           | Localização de números de celulares de usuários                                   | Localização de números de celulares de usuários   | Localização de números de celulares de usuários  | Localização de números de celulares de usuários  |

<sup>14</sup> Disponível em: <https://www.WhatsApp.com/legal/privacy-policy/revisions/20120707>. Acesso em 01/03/2021.

<sup>15</sup> Disponível em: <https://www.WhatsApp.com/legal/privacy-policy/revisions/20160825>. Acesso em 01/03/2021.

<sup>16</sup> Disponível em: <https://www.WhatsApp.com/legal/privacy-policy/revisions/20191219>. Acesso em 01/03/2021.

|                                |  |   |  |   |
|--------------------------------|--|---|--|---|
|                                | -  | <b>Assistência ao usuário. Incluindo cópias das suas mensagens e como te contatar para oferecer assistência</b>                     | Assistência ao usuário. Incluindo cópias das suas mensagens e como te contatar para oferecer assistência                     | Assistência ao usuário. Incluindo cópias das suas mensagens e como te contatar para oferecer assistência  |
|                                | -  | <b>Verificações de segurança</b>  | Verificações de segurança  | Verificações de segurança   |
|                                | -  | <b>Marketing-publicidade e analytics para os serviços da família do Facebook</b>  | Marketing-publicidade e analytics para os serviços da família do Facebook  | Marketing-publicidade e analytics para os serviços da família do Facebook<br><b>Personalização de anúncios no Facebook<sup>17</sup></b>                     |
|                                | -  | <b>Mensageria comercial. Conversas com empresas e mensagens que podem conter marketing sobre uma oferta que interesse o usuário</b> | Mensageria comercial. Conversas com empresas e mensagens que podem conter marketing sobre uma oferta que interesse o usuário | Mensageria comercial. Conversas com empresas e mensagens que podem conter marketing sobre uma oferta que interesse o usuário                                |
|                                | -  | -   | -  | Catálogo de produtos e serviços e realização de compras e vendas diretamente e serviços de hospedagem do Facebook (gerenciamento de estoques) <sup>18</sup> |
| COMPARTILHAMENTO COM TERCEIROS | Dados pessoais para melhorar, manter ou continuar funcionamento do serviço | Dados pessoais para melhorar, manter ou continuar o funcionamento do serviço. <b>Incluindo os números de celular dos contatos</b>   | Dados pessoais para melhorar, manter ou continuar o funcionamento do serviço. Incluindo os números de celular dos contatos   | Dados pessoais para melhorar, manter ou continuar o funcionamento do serviço. Incluindo os números de celular dos contatos                                  |
|                                | Se for ordenado por lei  | Se for ordenado por lei   | Se for ordenado por lei  | Se for ordenado por lei   |
|                                | Se considerar, em boa fé, que é apropriado ou necessário para              | Se considerar, em boa fé, que é apropriado ou necessário para impor seus Termos de  | Se considerar, em boa fé, que é apropriado ou necessário para impor seus Termos de   | Se considerar, em boa fé, que é apropriado ou necessário para impor seus Termos de Serviço  |

17 “Descobrir outras empresas: com certa frequência, as pessoas descobrem empresas no Facebook ou no Instagram em anúncios, que podem exibir um botão para enviar mensagens para a empresa por meio do WhatsApp. Assim como em outros anúncios no Facebook, se você decide clicar ou tocar nesses anúncios, as informações da sua interação podem ser usadas para personalizar os anúncios que você verá no Facebook. Entretanto, o WhatsApp e o Facebook não podem ver o conteúdo das mensagens protegidas com a criptografia de ponta a ponta.” Disponível em: <https://faq.WhatsApp.com/general/security-and-privacy/about-new-business-features-and-WhatsApps-privacy-policy-update>. Acesso em 01/03/2021.

18 Disponível em: <https://faq.WhatsApp.com/android/account-and-profile/how-to-place-an-order-using-cart>. Acesso em 01/03/2021.

|  |                               |   |  |  |
|--|-------------------------------|---|--|--|
|  | impor seus Termos de Serviço. | Serviço.  | Serviço.   |  |
|  | -                             | <b>Com a família de companhias do Facebook e vice-versa</b> | Com a família de companhias do Facebook e vice-versa | Com a família de companhias do Facebook e vice-versa |

Desde a aquisição do aplicativo de mensagens pelo Facebook, a sua política de privacidade já foi alterada de forma substancial ao menos duas vezes. Isso mudou estruturalmente o modelo de negócio da plataforma, bem como nas práticas de tratamento de dados. O breve histórico traçado acima, bem como a tabela comparativa das políticas de privacidade de 2014-2021 evidenciam que se tornou mais intensa não só a quantidade de dados coletados, mas, principalmente, o seu uso para uma gama de finalidades que quebra a promessa de que tais informações não seriam a principal contraprestação econômica do serviço prestado. Diante desse cenário de um fluxo de dados multifuncional e, por conseguinte, mais complexo, surge uma série de questionamentos, como:

- i) Existem bases legais válidas e adequadas para o tratamento-compartilhamento de dados do WhatsApp com o grupo econômico Facebook, especialmente para fins de *marketing-publicidade e analytics*?
- ii) Deveria ser assegurado o direito de oposição (*opt-out*) frente aos novos tratamentos de dados, especialmente para fins de *marketing-publicidade e analytics*? e
- iii) O tratamento-compartilhamento de dados entre o WhatsApp e o Facebook configura-se como uma prática abusiva?

Essas questões encontram ressonância na próxima análise, a qual demonstra haver uma erosão do controle que deveria ser garantido aos usuários do WhatsApp, bem como a desconformidade legal e abusividade das suas práticas de tratamento de dados especialmente com relação ao compartilhamento de dados com o Facebook para fins de *marketing-publicidade e analytics*.

B. (in)observância de bases legais válidas para o tratamento-compartilhamento de dados do WhatsApp com o grupo econômico Facebook<sup>19</sup>

1. O consentimento utilizado para o compartilhamento de dados do WhatsApp com o Facebook preenche os requisitos previstos na legislação brasileira de proteção de dados para ser válido?

**1.1.** Ao considerarmos os requisitos que compõem o consentimento como base legal válida, é necessário analisar a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (13.709/2018), juntamente com o Código de Defesa do

<sup>19</sup> Essa parte do estudo compreende os seguintes quesitos da consulta que nos foi formulada: b) quais são as possíveis bases legais (e.g., execução de contrato, legítimo interesse e consentimento) para o tratamento-compartilhamento de dados do WhatsApp para com o grupo econômico Facebook. E qual é a sua implicação para o direito de oposição?

Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e com o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), que traçam os qualificadores para que uma manifestação de vontade não seja viciada.<sup>20</sup>

- 1.2. A complementaridade do diálogo entre a lei geral e as leis setoriais fortalece o cenário de discussão: **i)** O CDC estabelece um conjunto de regras para fins de proteção contratual e diretrizes de deveres de informação<sup>21</sup>; **ii)** O MCI atua como um microssistema de proteção de dados pessoais, em razão do alto número de dispositivos dedicados à matéria, e determina entre direitos do usuário o “consentimento expresso sobre a coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais”<sup>22</sup>, além da necessidade do “consentimento livre, expresso e informado” do titular para o fornecimento dos seus dados a terceiros<sup>23</sup>; e **iii)** a LGPD estabelece como requisitos cumulativos e indispensáveis para a obtenção de um consentimento válido como sendo a: “manifestação livre, informada e inequívoca”<sup>24</sup>, para uma finalidade determinada, e que qualquer alteração na finalidade requer a nova obtenção do consentimento.
- 1.3. Especial atenção deve ser dada ao rol de adjetivos relacionados ao consentimento disposto no Marco Civil da Internet, pois além de se tratar da lei setorial vigente e complementar à aplicação da LGPD, o MCI era a norma aplicável quando houve a alteração da política de privacidade pelo WhatsApp em 2016.
- 1.4. Dessa forma, é necessário analisar cada um dos adjetivos e, com isso, identificar se os critérios para a obtenção de um consentimento válido foram observados no processo de alteração da política de privacidade e dos termos de uso do WhatsApp em 2016 e em 2021.
- 1.5. **INFORMADO:** o adjetivo “informado” está diretamente relacionado ao princípio da transparência<sup>25</sup> no tratamento de dados pessoais, o qual envolve o fornecimento de informações claras, adequadas<sup>26</sup>, suficientes<sup>27</sup> e ostensivas.<sup>28</sup> É necessário um conjunto de ações para garantir a transparência ativa e não apenas passiva por parte do controlador, de modo que se construa uma jornada que facilite o processo de tomada de decisão por parte do titular dos dados. A LGPD também dispõe em seu Art. 9º, § 1º, sobre a nulidade do consentimento, caso as informações fornecidas ao titular não sejam apresentadas de forma clara e inequívoca, além de considerar nulo o consentimento que decorra de um conteúdo abusivo ou enganoso. Essa qualificação afeta diretamente as mudanças propostas pelo WhatsApp em 2016 e em 2021.<sup>29</sup>
  - 1.5.1. **ENCADEAMENTO DAS INFORMAÇÕES:** Em 2016, ao solicitar o consentimento do usuário para as alterações propostas, o WhatsApp optou por uma simples indicação de que estava atualizando suas

<sup>20</sup> O estudo irá focar nas leis setoriais relacionadas com proteção de dados: Lei Geral de Proteção de Dados, Código de Defesa do Consumidor e Marco Civil da Internet. optou-se por não incluir o Código Civil, uma vez que as legislações mencionadas desenham os adjetivos necessários para obtenção do consentimento válido.

<sup>21</sup> Art. 6º, III, Art. 39 e Art. 43 do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>22</sup> Art. 7º, IX, do Marco Civil da Internet.

<sup>23</sup> Art. 7º, VII, do Marco Civil da Internet.

<sup>24</sup> Art. 5º, XII: consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

<sup>25</sup> Art. 6º, VI da LGPD e art. 4º, *caput*, do CDC.

<sup>26</sup> Art. 9º, *caput* da LGPD e art. 7º, VI e VIII do MCI e artigo 6º, III do CDC.

<sup>27</sup> Incisos do art. 9º da LGPD, que especificam quais informações são necessárias.

<sup>28</sup> Art. 9º, *caput* da LGPD.

<sup>29</sup> Art. 9º, § 1º Na hipótese em que o consentimento é requerido, este será considerado nulo caso as informações fornecidas ao titular tenham conteúdo enganoso ou abusivo ou não tenham sido apresentadas previamente com transparência, de forma clara e inequívoca.

políticas e seus termos de uso, seguido de um alerta de que os usuários deveriam aceitá-los ou parar de usar o aplicativo<sup>30</sup>. E, além disso, foi dado destaque ao botão de aceite, na cor verde, na interface do aplicativo. Somente na segunda tela, e se o usuário clicasse em saber mais sobre a política de privacidade, era dada a ciência sobre o compartilhamento com o grupo econômico do Facebook, e sobre a possibilidade de controlar as configurações de privacidade nos primeiros 30 (trinta) dias após o “aceite” dos novos termos de uso<sup>31</sup>. Portanto, a maneira como se deu o encadeamento das informações não informou de forma eficaz e clara<sup>32</sup> as opções de controle disponíveis ao usuário, nem incentivou o exercício de seus direitos. Em 2021, o alerta sobre a mudança na política segue a mesma interface e não oferece a granularidade<sup>33</sup> necessária, isto é, opções de controle sobre o uso dos dados ao seu titular.

**1.5.2. FASEAMENTO INVERTIDO DA POLÍTICA DE PRIVACIDADE:** O faseamento da política também é um fator que enfraquece a qualificação do consentimento como informado. Como já apontado, na mudança de 2016, era necessário que o usuário clicasse em “ler mais sobre as atualizações dos termos de uso” para ter acesso ao trecho das alterações que informa de maneira mais detalhada a finalidade do tratamento e o compartilhamento dos dados com o grupo econômico do Facebook. A apresentação em segundo plano obscurece que está havendo uma mudança significativa no uso dos dados. Portanto, o mais desejável seria que tais informações importantes fossem apresentadas de forma primária, direta e objetiva, ou seja, na primeira “tela”.

**1.5.2.1. A NOVA MODIFICAÇÃO NA POLÍTICA EM 2021 E A INTERAÇÃO COM O USUÁRIO:** A nova mudança de 2021 reproduz a mesma prática de 2016, no sentido de dar ênfase na mensagem de aceite dos termos conforme apresentados pelo WhatsApp e a perda do serviço. Dessa vez, mesmo ao acessar o faseamento da política, não há controle do modo como o tratamento de dados é compartilhado com o grupo econômico do Facebook. O próprio *design* do processo de tomada de decisão favorece que o encadeamento de informações seja mais uma vez pouco esclarecedor. O usuário acessa o botão de aceite das políticas com apenas um clique, enquanto o acesso aos detalhes da alteração demanda um esforço de navegação por outra camada. Portanto, informação sequer é ostensiva<sup>34</sup>.

**1.5.3. PADRÃO DE DESIGN NÃO AMIGÁVEL AO USUÁRIO:** a organização das informações sobre alterações importantes aos usuários favorece uma interface pouco transparente e, até mesmo, enganosa (deceptiva), induzindo o titular a clicar no “eu concordo”, ao invés de estimulá-lo a acessar a política de privacidade de forma detalhada. É uma interface que torna fácil aceitar os termos e utilizar os serviços, mas de difícil compreensão acerca da finalidade e das categorias de

30 Disponível em: [https://www.iphonefaq.org/files/styles/large/public/WhatsApp\\_Facebook1.jpg](https://www.iphonefaq.org/files/styles/large/public/WhatsApp_Facebook1.jpg). Acesso em 01/03/2021.

31 Disponível em: <https://www.mobigyaan.com/wp-content/uploads/2016/08/How-to-opt-out-of-sharing-WhatsApp-data-with-Facebook-for-ad-targeting-Guide.jpg>. Acesso em 01/03/2021.

32 Art. 9º, caput da LGPD e art. 7º, VI e VIII do MCI e artigo 6º, III do CDC.

33 Art. 9º, §3º da LGPD.

34 Art. 9º, caput da LGPD.



dados compartilhados, bem como optar por restringir o compartilhamento, ainda mais por estarem genericamente especificados.

**1.6. INEQUÍVOCO E EXPRESSO:** Os adjetivos “inequívoco” e “expresso” relacionam-se ao grau de ação do titular para autorizar o tratamento de seus dados. Deve haver, portanto, um processo de tomada de decisão que seja genuíno e não manipulado<sup>35</sup>. A LGPD determina, ainda, que se houver mudanças na finalidade para o tratamento, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, e o usuário, titular dos dados, deve ter a opção de opor o uso dos dados para as novas finalidades.<sup>36</sup>

**1.6.1. MEDIDAS QUE FAVORECEM A COMPANHIA E PREJUDICAM O USUÁRIO:** não há como afirmar que o consentimento chega a ser inequívoco. A mensagem primária é sobre o aceite da política de privacidade e é dada de forma imperativa. Cria-se, com isso, uma interface de desestímulo do usuário em entender qual é a mudança, bem como a ela se opor e exercer um controle significativo sobre seus dados<sup>37</sup>. Nesse sentido, as configurações de privacidade, que habilitam os novos usos de dados pela mudança na política de privacidade, já estão pré-marcadas antes de qualquer interação com o usuário (*opt-out*), ao invés estimular o usuário a preencher quais dados ele aceita ou não compartilhar (*opt-in*). A jornada do aplicativo esconde aquilo que deveria ser o objeto principal em termos de transparência e dever de informação.

**1.6.2. VOLUNTARIEDADE DO USUÁRIO (PRÉ-MARCAÇÃO):** a maneira como a informação sobre a opção de compartilhamento foi apresentada em 2016 induz o titular dos dados a autorizá-lo. A opção veio pré-marcada, sendo, portanto, questionável se há uma ação afirmativa-inequívoca do usuário em compartilhá-los com o grupo econômico do Facebook. O mesmo não acontece na mudança de 2021, com sequer um botão de *opt-out* e apenas 2 (dois) tipos de elementos interativos: links com mais informação sobre determinados assuntos do termo e o botão de aceitar.<sup>38</sup> Além disso, a plataforma transmite a mensagem de “perda do serviço” como sinônimo de não aceitar prontamente as condições da nova política.

**1.6.3. NUDGES QUE INFLUENCIAM A ESCOLHA DO USUÁRIO:** outro elemento a ser considerado foi o que a ciência econômica comportamental chamou de *nudge* - um incentivo ou empurrão para que o usuário se comporte de uma determinada maneira desejada por quem é responsável pela arquitetura de um ambiente, nesse caso a interface do aplicativo. O encadeamento das informações, a linguagem que dá ênfase à perda do serviço e o botão de aceitar como informação primária e, por fim, as preferências de privacidade pré-marcadas quanto aos novos usos de dados

<sup>35</sup> Os mesmos são resguardados legalmente pela LGPD, em seu art. 5º, XII e art. 6º, caput, expressando deliberadamente os adjetivos, pelo Marco Civil da Internet, no art 7º, VII e IX, e, por fim, pelo Código de Defesa do Consumidor em seus Arts. 6º, III, Art. 39 e Art. 43.

<sup>36</sup> Art. 9º, § 2º Na hipótese em que o consentimento é requerido, se houver mudanças da finalidade para o tratamento de dados pessoais não compatíveis com o consentimento original, o controlador deverá informar previamente o titular sobre as mudanças de finalidade, podendo o titular revogar o consentimento, caso discorde das alterações.

<sup>37</sup> Considerando o caso da Senacom para fins de análise, ver nota técnica. Disponível: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nota-tecnica-108.pdf>. Acesso em 01/03/2021.

<sup>38</sup> Disponível em: [https://cdn0.tnwndn.com/wp-content/blogs.dir/1/files/2021/01/IMG\\_0590-e1609924523713.png](https://cdn0.tnwndn.com/wp-content/blogs.dir/1/files/2021/01/IMG_0590-e1609924523713.png). Acesso em 01/03/2021.

são indicativos de que tal jornada foi criada de forma manipulativa o que vicia o consentimento do titular dos dados.

**1.7. LIVRE:** O adjetivo “livre” busca garantir uma manifestação de vontade do titular sem constrangimento ou coação. Em se tratando de relações assimétricas, trata-se de franquear ao titular escolhas para barrar, cessar, enfim, personalizar como deseja que seus dados sejam tratados pela plataforma. É um qualificador diretamente tensionado no caso em questão, uma vez que a jornada do aplicativo evidencia se tratar de um arranjo contratual por adesão e sem qualquer espaço de escolha pela parte contratual vulnerável. A LGPD<sup>39</sup> destaca que, nos casos em que o tratamento dos dados for condição para fornecimento de produto ou serviço, o usuário deve ser informado com destaque sobre o fato e também sobre as ferramentas disponibilizadas pelo controlador para que ele exerça seus direitos elencados no art. 18 da LGPD.

**1.7.1. OPT-OUT X OPT-IN E FALTA DE CONTROLE DO USUÁRIO SOBRE SEUS DADOS:** Em 2016, apesar do aspecto problemático de como foi apresentada-encadeada tal informação, o WhatsApp ofereceu a possibilidade de barrar o compartilhamento de dados para fins de publicidade comportamental.

1.7.1.1. Continuou problemático oferecer aos usuários restringir o compartilhamento em apenas até 30 (trinta) dias posteriores ao aceite da política. Essa limitação temporal do exercício de oposição e, até mesmo, da revogação do consentimento é contrário ao que estabelece o Marco Civil da Internet e, mais recentemente, a LGPD. Ambos partem do racional de que o titular dos dados pode revisitar suas escolhas, sendo um direito que pode ser exercido a qualquer momento pois o tratamento de dados é, via de regra, contínuo.

1.7.1.2. É importante observar que o direito de oposição não é absoluto e pode ser relativizado, especialmente quando se tem em vista um interesse público que suplanta o individual. É o caso para algumas das novas finalidades de tratamento de dados apresentada pela política de privacidade em que a “família de empresas Facebook” reservou-se o direito processar os *“dados para outros propósitos, tais como aprimorar a infraestrutura e sistemas de entrega, entender como nossos serviços e os serviços deles são utilizados, aprimorar sistemas de segurança, o combate ao spam, abusos e atividades de violação”*<sup>40</sup>. Por isso, a presente análise centra-se no tratamento de dados para fins de marketing-publicidade e *analytics*.

**1.8. DIREITO DE OPOSIÇÃO (OPT-OUT):** com a atualização de 2021, consolida-se a prática do usuário não ter a opção de escolha em barrar parcialmente ou por completo o compartilhamento de dados. Desde 2016, o chamado direito de oposição ou *opt-out* já vinha sendo sufocado pela limitação temporal acima apontada.

**1.8.1. ACEITAR AS MUDANÇAS OU PERDER ACESSO AO SERVIÇO:** Não houve nenhuma granularidade<sup>41</sup> na escolha para que o usuário pudesse escolher especificamente com qual coleta e finalidade de dado há concordância. Ao tornar a escolha binária e imperativa, sem compartimentação na coleta

39 Art. 9º, § 3º Quando o tratamento de dados pessoais for condição para o fornecimento de produto ou de serviço ou para o exercício de direito, o titular será informado com destaque sobre esse fato e sobre os meios pelos quais poderá exercer os direitos do titular elencados no art. 18 desta Lei.

<sup>40</sup> Disponível em <https://www.WhatsApp.com/legal/privacy-policy/revisions/20160825>. Acesso em 01/03/2021.

<sup>41</sup> Art. 9º, §3º da LGPD

e oferecendo uma solução universal (aceite total das mudanças ou perda de acesso ao serviço), a manifestação de vontade não é livre.

- 1.8.2. ATUALIZAÇÃO DE 2021 E DIREITO DE OPOSIÇÃO:** o WhatsApp consolidou uma interface que esvazia qualquer tipo de controle dos usuários sobre seus dados, especialmente o compartilhamento com o grupo econômico do Facebook para fins de marketing-publicidade e *analytics*. A plataforma indica que aqueles que discordarem das novas alterações em sua política de privacidade, devem deixar de acessar o serviço de mensageria. A impossibilidade de barrar o compartilhamento de dados, sem ter o acesso ao serviço restringido, faz com que o consentimento não seja livre.

Ao estabelecer um diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados, o ordenamento jurídico brasileiro acabou por traçar um regime bastante prescritivo acerca dos qualificadores para que uma manifestação de vontade não seja viciada. As atualizações da política de privacidade em 2016 e em 2021, consolida uma interface que não cumpre com tais requisitos e, por conseguinte, não obtém um consentimento informado, inequívoco e livre-expresso. Respectivamente:

**INFORMADO:** o encadeamento das informações não é ostensivo, claro, adequado e suficiente para que o usuário seja devidamente alertado sobre as mudanças na finalidade de tratamento dos seus dados. Essa informação e, principalmente, as opções de controle em barrar o uso para fins de *marketing*-publicidade e *analytics*, não é apresentada de forma primária. Pelo contrário, apenas em segundo plano e após enfatizar que o não aceite acarretará o prejuízo de não mais usar o aplicativo. Trata-se de interface pouco transparente e, por conseguinte, enganosa (deceptiva) que induz o titular ao clicar no “eu concordo”, ao invés de estimulá-lo a acessar a política de privacidade de forma detalhada;

**INEQUÍVOCO-EXPRESSO:** a referida jornada pouco transparente e enganosa também prejudica a voluntariedade do aceite dado pelo titular. Especialmente em 2016, a caixa de diálogo, que seria o veículo pelo qual o usuário expressaria seu consentimento quanto ao novo uso de dados pela plataforma, veio pré-marcada. Trata-se uma prática que prejudica por completo qualquer ação afirmativa a dar respaldo para um consentimento válido;

**EXPRESSO:** juntas, as alterações de políticas de privacidade de 2016 e 2021, esvaziam qualquer tipo de controle dos usuários sobre seus dados, especialmente para fins de compartilhamento com o grupo econômico do Facebook para fins de *marketing*-publicidade e *analytics*. Não há qualquer opção de escolha em barrar parcialmente ou por completo o compartilhamento de dados, de modo que não é franqueado o chamado direito de oposição ou *opt-out* e/ou um controle granular. Com isso, a jornada do aplicativo evidencia se tratar de um arranjo contratual por adesão e, em não havendo qualquer espaço de escolha da parte contratual vulnerável, não há um consentimento livre.

2. Seria a base legal do legítimo interesse válida, conforme o art 7º, inciso IX da LGPD, especialmente para fins de *marketing*-publicidade e *analytics*?

**2.1.** Por ser um conceito jurídico indeterminado, o legítimo interesse foi disciplinado no artigo 10 da LGPD. Ao todo, elencam-se quatro pontos de um teste de proporcionalidade ou de uma avaliação de legítimo interesse (*Legitimate Interest Assessment* - LIA) e o balanceamento destes. A seguir, destrincham-se as principais variantes desse teste multifatorial cumulativos e não excludentes uns aos outros. Neste sentido:

**2.1.1. SITUAÇÃO CONCRETA:** descrição e articulação do contexto em que se dará o tratamento de dados.

Essa primeira fase do teste reforça o princípio da finalidade é prejudicial às fases posteriores.

2.1.1.1. As hipóteses de tratamento de dados, por ocasião das alterações nas políticas de privacidade e termos de uso do WhatsApp, incluem 5 (cinco) itens na aba “como usamos suas informações”: **i)** em “Nossos Serviços”, para “suporte ao cliente, aprimoramento, correção e personalização dos Serviços”; **ii)** em “Segurança” promovem “a segurança dentro e fora de nossos Serviços, seja investigando atividades suspeitas e violações de nossos Termos ou garantindo que nossos Serviços sejam usados de forma lícita”; **iii)** em “Comunicados sobre nossos Serviços e a família de Empresas do Facebook” informam a possibilidade de envio de “anúncios sobre nossos Serviços e sobre a família de empresas do Facebook, do qual agora fazemos parte”, **iv)** em “Sem Banners de Anúncio” eles afirmam que não tem a intenção de oferecer banners de anúncios no aplicativo e que caso isso for alterado o usuário será informado; **v)** Em “mensagens comerciais” a plataforma indica que permite a troca de “mensagens com terceiros, como por exemplo, com empresas para que vocês se comuniquem utilizando o WhatsApp através de pedidos, transações, informações de agendamento, além de notificações de envio e entrega”.<sup>42</sup>

<sup>42</sup> Disponível em <https://www.WhatsApp.com/legal/updates/privacy-policy>. Acesso em 04/03/2021.

- 2.1.1.2. Apesar do esforço da política de privacidade em apontar que o tratamento dos dados pessoais dos usuários da plataforma se dá para uma série de finalidades (e.g., ao todo foram cerca de 7 (sete) mapeadas<sup>43</sup>), não está clara a **correlação** dos tipos de dados coletados para cada uma dessas diversas finalidades. Em outros termos, cada conjunto de dados e/ou espécie de dado deve estar devidamente articulado com o propósito que justifica o seu uso. Não há esse cruzamento, o que prejudica compreender a complexidade do fluxo de dados da plataforma, que é multifuncional em razão da mudança do modelo de negócio do WhatsApp.
- 2.1.1.3. Além disso, o WhatsApp não esclarece ou oferece a listagem das referidas “Empresas do Facebook” ou indicação específica do tipo de conteúdo ou recursos que vão fazer uso dos dados. Apesar do esforço de apontar as finalidades e o contexto no qual os dados vão ser tratados, a falta de correlação com categorias de dados específicas para a entrega dos serviços de mensageria deixa em aberto as perguntas: qual conjunto de dados é estritamente necessário para garantir a entrega dos serviços do WhatsApp? Bem como a pergunta: qual conjunto de dados é tratado para finalidades não relacionadas com os serviços de mensageria? Destaca-se que a legitimidade da aplicação dessa base legal está relacionada, diretamente, com seu caráter articulado, isto é, a possibilidade de relacioná-la com uma situação concreta e, portanto, não especulativa, que atende os requisitos decorrentes do princípio da finalidade.
- 2.1.1.4. Juntos os artigos 6, inciso I, e artigo 10, *caput*, da LGPD, reforçam o dever do agente de tratamento em delinear o contexto em que se dará o tratamento de dados, não sendo aceitas situações que podem vir, ou não, a existir no futuro, ou que sejam abstratas e genéricas. Os artigos combinados restringem a possibilidade de ocorrer discricionariedade irrefreada por parte do agente de tratamento na aplicação do legítimo interesse, que causaria o esvaziamento dos princípios de finalidade que devem atuar com maior rigor na aplicação dessa base legal. A política de privacidade do WhatsApp e a notificação apresentada ao usuário não articulam de forma objetiva e direta a correlação do uso dos dados pessoais e as finalidades. Por conta do alto grau de discricionariedade atribuído ao controlador no uso do legítimo interesse como base legal, a ancoragem desse interesse em uma situação real e concreta é o ponto de partida essencial para fortalecer o restante das fases de avaliação.
- 2.1.2. NECESSIDADE<sup>44</sup>:** Deve-se limitar ao mínimo necessário os dados tratados para atingir a finalidade pretendida pelo agente de tratamento. Com isso, reforça-se a noção de minimização, formada pelos princípios da necessidade e adequação, que determina menor intrusão no tratamento dos dados.

<sup>43</sup> Mapeamento realizado com base nas disposições do tópico “como usamos suas informações” da política de privacidade disponível no site do WhatsApp. Disponível em [https://www.Whatsapp.com/legal/privacy-policy?lang=pt\\_br](https://www.Whatsapp.com/legal/privacy-policy?lang=pt_br). Acesso em 11/03/2021.

<sup>44</sup> Art. 10, § 1º da LGPD.

Exige-se, com isso, uma relação de proporcionalidade e pertinência em relação às finalidades do tratamento de dados. No caso em questão:

- 2.1.2.1. Na política de privacidade de 2021, é indicado que os dados coletados pelo WhatsApp dependem de como o usuário utiliza os serviços do aplicativo. Há indicação que para o fornecimento dos serviços, certos dados são necessários e sem eles não há como utilizar o aplicativo (i.e número de telefone celular para criar uma conta), enquanto se dá a entender que outros dados são opcionais e fornecidos de forma separada (como por exemplo, dados de geolocalização).
- 2.1.2.2. O WhatsApp indica, no tópico “Nossos Serviços” que o uso dos dados atende ao fornecimento dos serviços da plataforma, ou seja, de entregar e receber mensagens e chamadas, bem como para “oferecer suporte, concluir compras ou transações, aprimorar, corrigir e personalizar nossos Serviços e conectá-los aos Produtos das Empresas do Facebook” que o usuário pode ter acesso. Desta forma, como demonstrado, os termos não justificam ao usuário como ou porque o interesse de terceiro pode ser atingido, ou como o serviço pode ser oferecido por meios menos invasivos.
- 2.1.2.3. Na política de privacidade, o WhatsApp indica a aba “informações que coletamos” e divide a coleta de dados em três categorias diferentes: dados fornecidos pelo usuário, dados coletados automaticamente pelo aplicativo e dados de terceiros. A política aponta que determinadas finalidades atendem ao desenvolvimento do aplicativo, como oferecimento de serviços personalizados com base em contatos frequentemente contatados ou atividades para garantir a segurança da informação, enquanto outras são compartilhadas com as empresas do grupo Facebook para anúncios sobre serviços das empresas relacionadas.
- 2.1.2.4. A intenção de compartilhamento dos dados para “personalização de recursos e conteúdos, ajuda para realizar compras ou transações e exibição de ofertas e anúncios relevantes sobre os Produtos das Empresas do Facebook”, com base no legítimo interesse, deveria ser categorizado de forma separada frente aos dados estritamente necessários para o funcionamento dos serviços de mensageria, bem como das demais finalidades, como promoção de segurança no aplicativo, envio de anúncios sobre “empresas da família Facebook” e mensagens comerciais.
- 2.1.2.5. Em complemento, destaca-se que o legítimo interesse, conforme estruturado na LGPD, desencadeia um dever de registro de tratamento de dados especial, o teste do legítimo interesse (ou *Legitimate Interest assessment* - “LIA”). O teste deve ser encarado como uma “ demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar acerca da qualificação do porquê seu interesse é legítimo<sup>45</sup>. Nesse sentido, o LIA é um

<sup>45</sup> O princípio da accountability, também chamado de princípio da responsabilização e prestação de contas, relaciona-se com o nível de conformidade em que o agente de tratamento de encontra, com base nos registros detalhados de suas atividades, exigindo-se que as organizações implementem medidas técnicas

registro especial da atividade de tratamento de dados.<sup>46</sup> Juntos, os artigos 6º, X, 7º, IX, 10, 37, *caput*, tem como resultado hermenêutico não só a elaboração do LIA, mas, também, a sua devida publicação caso esta seja a base legal que ampara as suas atividades de tratamento de dados.

2.1.2.6. O WhatsApp, enquanto controlador, não publicou qualquer teste ou critério adotado pela plataforma que possibilite a análise da correlação entre as categorias de dados coletados e as finalidades pretendidas. A ausência da publicização destes critérios prejudica a articulação da análise do que é necessário ou não para o funcionamento da companhia e o que é utilizado enquanto uso secundário, uma vez que não é possível verificar de qual maneira os conjuntos de dados atendem de modo específico a cada finalidade.

2.1.2.7. Não houve, da parte do WhatsApp, qualquer demonstração da adoção de ações para redução do conjunto de dados tratados, isto é, o tratamento extrapola os tipos de dados estritamente necessários para o fornecimento dos serviços, bem como está ausente uma exposição de justificativa objetiva e clara sobre as finalidades do compartilhamento com o grupo econômico Facebook.

**2.1.3. LEGÍTIMA EXPECTATIVA:** Nessa fase, deve-se levar em consideração as atividades que o usuário espera que sejam feitas com seus dados. A intenção é verificar se há ou não uma quebra das suas legítimas expectativas. Nesse sentido, deve-se considerar especialmente em que contexto está inserido o tipo de atividade de tratamento de dados:

2.1.3.1. No caso do WhatsApp, trata-se de um ponto sensível do teste multifatorial. De forma geral, uso secundários, distintos daquele para que o serviço de mensageria seja prestado, não parece ser intuitivo para o cidadão comum. Nesse sentido, nem relacionado com a funcionalidade do WhatsApp. A personalização de recursos e conteúdos em empresas do Grupo Facebook, não é algo que faz parte da interação padrão do usuário com a plataforma. Não há correlação direta entre o contexto da entrega do serviço de mensageria e o compartilhamento de informações com o Grupo Facebook.

2.1.3.2. Ao utilizar o aplicativo, o usuário não tem visibilidade e nem deduz que os dados coletados para garantir a entrega do serviço de mensageria sejam também tratados para fins de personalização de conteúdo nas empresas do Grupo Facebook.

2.1.3.3. Além disso, o compartilhamento entre o WhatsApp e as empresas do Grupo Facebook resulta no cruzamento de dados obtidos em contextos distintos, em que os respectivos titulares dos dados, ou seja, os usuários das plataformas, tinham diferentes visões e, por conseguinte, de expectativas do que poderia ser feito com as informações fornecidas.

e organizacionais apropriadas, e sejam capazes de prestar contas e demonstrar sua eficácia, quando solicitadas. Deve ser visto de maneira integrada com as ferramentas que a LGPD prevê para essa finalidade, como relatório de impacto de dados pessoais, adoção de programa de *privacy by design*, adoção de código de boas práticas do setor, entre outras práticas.

<sup>46</sup> Art. 37 da LGPD: O controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse.

- 2.1.3.4. Ademais, a postura do WhatsApp no período da aquisição pelo Facebook foi em sentido contrário às promessas iniciais feitas aos usuários e, inclusive, aos órgãos reguladores como a Federal Trade Commission/FTC. Isto é, de que as configurações de privacidade se manteriam nos mesmos moldes anteriores, ou seja, de que não haveria monetização dos dados para fins de direcionamento de publicidade e personalização de conteúdo. Portanto, a frustração das legítimas expectativas dos usuários da plataforma não deriva apenas do contexto no qual é prestado o serviço de mensageria, mas, também, de um comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do WhatsApp.
- 2.1.3.5. Nesse ponto, a ideia de legítima expectativa, que modula a noção do legítimo interesse, relaciona-se diretamente com o princípio da boa-fé<sup>47</sup>, na medida em que se fundamenta em um dever de lealdade e não frustração da confiança do titular de dados. A relação do titular dos dados e dos agentes de tratamento atende a esse princípio quando a coerência pauta as decisões relacionadas com o tratamento de dados, mesmo que usos secundários sejam introduzidos na cadeia de tratamento. No caso, a postura do WhatsApp contradiz decisões tomadas desde a aquisição do serviço de mensagens pelo Facebook, pois a aquisição do foi feita com a promessa de observar os compromissos e salvaguardas assumidos pelos seus fundadores.
- 2.1.3.6. Portanto, ao verificarmos a compatibilidade entre o uso dos dados após a alteração das políticas do WhatsApp e as expectativas dos usuários novos (após-2016) e antigos (antes-2016), o tratamento secundário, especialmente para fins *marketing*-publicidade e *analytics*, não guarda compatibilidade com objeto principal da prestação de serviço de mensageria.
- 2.1.3.7. A legítima expectativa dos usuários fica ainda mais fragilizada devido ao alto nível de agregação dos seus dados. As informações obtidas através de outras plataformas do Grupo, permite o *profiling*, isto é, a prática de classificar pessoas e prever seu comportamento de acordo com hábitos de navegação e uso do aplicativo, que não corresponde apenas ao contexto do serviço de mensageria. Em outras palavras, o resultado da operação de tratamento de dados é inesperado por acumular e cruzar informações de diferentes contextos experimentados pelo titular, que não apenas o do WhatsApp.
- 2.1.3.7.1. **CASO DE ESTUDO 1<sup>48</sup>**: Em 2018, a autoridade britânica de proteção de dados (*Information Commission 's Office* - "ICO") e o WhatsApp firmaram um acordo que estipulava a cessão de compartilhamento de dados de usuários do serviço de mensageria com o grupo econômico do Facebook. Entre os principais achados da investigação conduzida pelo ICO, a autoridade verificou que a companhia não

<sup>47</sup> Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios.

<sup>48</sup>Information Commission 's Officer v. WhatsApp - WP29 Task Force Development - Undertaking of Terms Established by ICO, 16/02/2018. Disponível em <https://ico.org.uk/media/2258375/WhatsApp-letter-20180216.pdf>. Acesso em 11/03/2021.



poderia utilizar a base legal do legítimo interesse, uma vez que os usuários teriam seus direitos violados, pois **o compartilhamento seria incompatível com a finalidade** para os quais os dados deles estão sendo obtidos. Além disso, a autoridade também concluiu que o WhatsApp não atendia aos requisitos das fases do LIA estipuladas pela autoridade, uma vez que o escopo do tratamento dos dados excedia as expectativas previamente visíveis aos usuários, e as mudanças não foram apresentadas de forma clara e objetiva.

2.1.3.7.2. **Caso de estudo 2<sup>49</sup>**: O Tribunal Administrativo de Hamburgo, na Alemanha, determinou o interrompimento do compartilhamento de dados entre o WhatsApp e o grupo econômico do Facebook pela invalidade da base legal do consentimento indicada pela companhia. Nos argumentos, a autoridade alemã de proteção de dados indicou que, no caso, o Facebook não ofereceu ferramentas suficientes para sustentar o uso dos dados com base no consentimento. A base legal do legítimo interesse também não é legítima, uma vez que extrapola a legítima expectativa dos usuários do aplicativo. Em complemento, indicou que não é possível o aplicativo alegar a necessidade e interesse do próprio negócio, porque a troca de um volume impreciso de dados para aprimorar as funcionalidades do Facebook **não considera as expectativas dos usuários do WhatsApp**, mesmo que os dados sejam necessários para fins de segurança de rede ou análise de negócio e para otimização de publicidade no Facebook.

**2.1.4. RISCOS AOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS DO TITULAR<sup>50</sup>**: Deve-se levar em consideração qual é o impacto do tratamento, frente aos direitos e liberdades fundamentais do titular. A partir dessa avaliação, deve-se sopesá-la frente aos benefícios experimentados pelo titular e terceiros decorrentes de tal operação de tratamento de seus dados. No caso, a análise de custo-benefício mostrou-se prejudicada em razão da não especificação das medidas de salvaguardas já em curso ou em vias de ser implementada pelo WhatsApp.

2.1.4.1. O compartilhamento dos dados tem como resultado o cruzamento de dados obtidos em contextos distintos, o que apresenta um risco único e inesperado ao usuário. A extração destes dados, obtidos de diferentes fontes em plataformas diferentes e que oferecem serviços distintos, permite a composição de um perfil comportamental extremamente detalhado. Como consequência, em termos quantitativos e qualitativos, o tratamento de dados se torna invariavelmente de alto risco.

2.1.4.2. Ainda mais porque, diante do modelo de negócio no qual se estruturou a plataforma, o perfil da atividade de tratamento de dados era muito menos detalhado. A variedade e

<sup>49</sup>Autoridade Alemã de Proteção de Dados v. Facebook Ireland Ltd. - The European Court of Justice d.f. 28.07.2016, Reference Number C-191/15, 25/034/2017. Disponível em [https://datenschutz-hamburg.de/assets/pdf/Press\\_Release\\_2017-04-25\\_Facebook\\_and\\_WhatsApp.pdf](https://datenschutz-hamburg.de/assets/pdf/Press_Release_2017-04-25_Facebook_and_WhatsApp.pdf). Acesso em 11/03/2021.

<sup>50</sup> Art. 10, inciso II da LGPD.

volume da operação de dados se complexificou e, por conseguinte, os riscos aos titulares de dados.

- 2.1.4.3. A possibilidade da criação da perfilização comportamental por meio do cruzamento de informações compartilhadas entre as plataformas apresenta um risco inerente aos usuários, na medida em que o tratamento de dados altamente detalhado ocorre sem que o usuário tenha meios de frear/barrar o compartilhamento.

**2.1.5. SALVAGUARDAS E BALANCEAMENTO<sup>51</sup>:** Com o objetivo de evitar que as atividades de tratamento de dados baseadas no legítimo interesse sejam opacas, reforça-se o princípio da transparência mediante a exigência da adoção de medidas que empregam visibilidade ao fluxo informacional. No caso ora em análise não foi possível verificar medidas ativas do WhatsApp sobre possíveis usos secundários do compartilhamento

- 2.1.5.1. O aplicativo não oferece nas configurações de privacidade um painel de controle para exercício dos direitos dos titulares. Destaca-se aqui que as mudanças na política de 2021 não franqueiam ao titular a possibilidade de exercer o direito de oposição (*opt-out*) a qualquer item da política de privacidade do WhatsApp. Isto é, caso o usuário se oponha aos usos secundários e distintos do contexto no qual foi obtido o dado do titular, como o compartilhamento para fins de *marketing*-publicidade e *analytics*, a única opção é deixar de usar os serviços.

- 2.1.5.2. Não foi possível identificar a adoção de mecanismos de mitigação de riscos ou de minimização da coleta de dados pelo WhatsApp. As políticas e termos de uso oferecidos por eles não indicam as categorias de dados coletadas divididas por essencial ou não essencial para o fornecimento do serviço, não há indicação de informações relevantes de forma clara (como a intenção de compartilhamento com o grupo econômico do Facebook) ao longo da jornada do usuário, e a própria interface escolhida pela companhia prejudica isso, pois a mera disponibilização da política de privacidade não seria suficiente para garantir informação de qualidade aos titulares e demais usuários.

- 4.2.1.1. No caso, verificou-se que o WhatsApp falhou em empregar mecanismos associados aos princípios de transparência e prestação de contas. O aplicativo oferece informações vagas e imprecisas sobre o tratamento de dados, e a atualização que passou a possibilitar o compartilhamento de dados com o grupo econômico do Facebook estava escondida nas entrelinhas da atualização. Neste ponto, a mudança da política de 2021 torna o problema ainda mais grave por não oferecer a possibilidade de *opt-out* das mudanças.

Em conclusão, recapitulando, legítimo interesse não suporta o tratamento de dados intencionados pelo WhatsApp e, portanto, não é uma base legal válida.

<sup>51</sup> Art. 6º, inciso I, art 7º, inciso IX e art. 10, inciso II da LGPD.

Conforme exposto, o tratamento de dados não atende a todos os requisitos do Teste de Legítimo Interesse (LIA):

**SITUAÇÃO CONCRETA (FASE 1):** Apesar do esforço da política de privacidade em apontar que o tratamento dos dados pessoais dos usuários da plataforma se dá para uma série de finalidades (e.g., ao todo foram cerca de 6 mapeadas<sup>52</sup>), não está clara a **correlação** dos tipos de dados coletados para cada uma dessas diversas finalidades. Em outros termos, cada conjunto de dados e/ou espécie de dado deve estar devidamente articulado com o propósito que justifica o seu uso. Não há esse cruzamento, o que prejudica compreender a complexidade do fluxo de dados da plataforma, que é multifuncional em razão da mudança do modelo de negócio do WhatsApp'

**NECESSIDADE (FASE 2):** Não houve, através por exemplo da publicação de um teste de legítimo interesse de cada uma das e em separado das 07 (sete) macro atividade de tratamento de dados, qualquer demonstração da adoção de ações para redução do conjunto de dados tratados. Isto é não há justificativa objetiva e clara sobre as finalidades do compartilhamento com o grupo econômico Facebook para considerá-las aderentes à noção de minimização;

**LEGÍTIMA EXPECTATIVA E RISCOS E BENEFÍCIOS AOS DIREITOS DO TITULAR (FASE 3):** não há legítima expectativa dos usuários quanto aos diversos usos secundários de seus dados que extrapolam aqueles estritamente necessário para a prestação do serviço de mensageria. O resultado da operação de tratamento de dados em questão é inesperado por acumular e cruzar informações de diferentes contextos, que não apenas o do WhatsApp, mas de todo o grupo Facebook. Essa extração de dados, obtidos de diferentes fontes em plataformas diferentes e que oferecem serviços distintos, permite a composição de um perfil comportamental extremamente detalhado. Em termos quantitativos e qualitativos, invariavelmente o tratamento de dados se

<sup>52</sup> .Mapeamento realizado com base nas disposições do tópico “como usamos suas informações” da política de privacidade disponível no site do WhatsApp. Disponível em [https://www.WhatsApp.com/legal/privacy-policy?lang=pt\\_br](https://www.WhatsApp.com/legal/privacy-policy?lang=pt_br). Acesso em 11/03/2021.

torna mais arriscado, e em não havendo a possibilidade do usuário barrá-lo, superam os benefícios em favor do titular;

**SALVAGUARDAS (FASE 4):** Ao observarmos as medidas e os instrumentos empregados para garantir os direitos dos titulares dos dados, e evitar que seus dados sejam eventualmente utilizados de forma indevida, o WhatsApp não demonstra a adoção de mecanismos de mitigação de riscos e de minimização da coleta de dados compatíveis com o volume de dados que eles detêm ou processos de compartilhamento pretendidos. A companhia também não garante que o processo de interação entre o usuário e as mudanças da política dê visibilidade sobre a amplitude dos tratamentos pretendidos e, sobretudo, franqueando o direito de *opt-out*.

5. Seria a base legal de execução de contrato válida para a finalidade de *marketing*-publicidade e *analytics*?
  - 5.1. A base legal que legitima o tratamento de dados para a execução de contrato é uma inovação introduzida pela LGPD.<sup>53</sup> Por essa razão, ainda existem muitas dúvidas interpretativas quanto ao espaço a ser por ela ocupado, isto é, o que atrai a sua aplicação. Nesse sentido, identificar qual é o **nexo do tratamento de um dado pessoal e o objeto da relação contratual existente com o titular**, bem como as expectativas das partes contratantes têm se mostrado como norte orientadores nessa análise. A esse respeito, os princípios da finalidade, necessidade e adequação, bem como o da boa-fé, são de extrema pertinência.
  - 5.2. Os princípios da finalidade, necessidade e adequação formam juntos uma compreensão mais completa da noção de minimização, isto é, que uma atividade de tratamento de dados deve ser a menos intrusiva possível. A partir dessa premissa, o escopo de aplicação da base legal do artigo 7, V, da LGPD, deve se subsumir ao **objeto principal** da relação contratual. Em síntese, tal hipótese ampara uma operação de tratamento que seja estritamente necessária à prestação do serviço ou ao oferecimento do produto para o titular dos dados e, não para qualquer outro tipo de tratamento que possa ser útil, conveniente ou até mesmo proveitoso ao modelo de negócio do controlador.
    - 5.2.1. Nesse sentido, não há como o WhatsApp adotar essa base legal para fundamentar grande parte das mudanças na sua política de privacidade, especialmente o compartilhamento de dados com o grupo econômico do Facebook para as finalidades de *marketing*-publicidade e *analytics* para personalização de conteúdo. O objeto principal do contrato firmado entre a plataforma e o usuário é a prestação de serviços de mensageria. A tabela comparativa das políticas de privacidade de 2016

<sup>53</sup> Art. 7º, inciso V da LGPD prevê que o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados.

a 2021<sup>54</sup> demonstra a ampliação da coleta de dados com o passar do tempo e, de acordo com essas políticas, as finalidades mencionadas anteriormente seriam sustentadas pela base legal de execução de contrato. A referida situação demonstra uma dissonância entre o objetivo principal de mensageria e a coleta de dados para diferentes finalidades que vem sendo feita pelo serviço.

5.3. Por sua vez, o princípio da boa-fé<sup>55</sup> faz com que sejam refletidas as expectativas das partes contratantes, especialmente por parte do titular, para o cumprimento do contrato. A noção do que compõe o objeto primário do contrato, acaba por delimitar o escopo de aplicação da base legal em questão, bem como a história que foi construída por anos pela própria empresa em relação ao seu modelo de negócio contribui para orientar o que está ou não presente nas expectativas do titular.

5.3.1. Como foi destacado no item "a", o WhatsApp emergiu a partir da promessa de que não monetizaria os dados dos seus usuários, bem como de que não haveria personalização de conteúdo a partir do comportamento de uso da plataforma. Dessa forma, outras finalidades de tratamento de dados, que não única e exclusivamente para fins de entrega de mensageria, frustra a legítima expectativa dos titulares de dados e, o mais importante, vai de encontro com a imagem reputacional com o qual tal plataforma cativou uma larga audiência a ponto de assumir uma posição dominante no mercado.

5.4. As promessas de não utilizar os dados pessoais para fins de *marketing*-publicidade e *analytics* logo após a compra do WhatsApp foram quebradas com a mudança na política de privacidade de 2016, que permitiu o compartilhamento de dados pessoais com o Grupo de Empresas do Facebook. Os usuários que entraram depois das mudanças também não possuíam a expectativa de um baixo nível de privacidade. Quando é afirmado que o serviço é incapaz de ler as mensagens trocadas por empregar criptografia de ponta a ponta, o WhatsApp é oferecido como uma plataforma segura e que oferece privacidade completa ao usuário, porém, não há a expectativa para o titular de que esse serviço passe a coletar um volume grande de dados e a compartilhar esses dados com o Grupo Facebook.

5.5. Em adição aos requisitos para aplicação da base legal nos termos da LGPD, no contexto da GDPR há o afastamento expresso da base legal da execução de contrato para fins de publicidade comportamental, bem como para *analytics* e para fins de personalização de conteúdo. Em 2019, através das diretrizes publicadas pelo Comitê Europeu de Proteção de Dados ("EDPB"), foi estabelecido que a necessidade contratual não é um fundamento legal adequado para a construção de perfil comportamental dos usuários. Uma vez que o usuário não contrata os serviços do controlador com a expectativa de que seja traçado um perfil com base em cliques e hábitos de navegação, apenas a expectativa do tratamento de dados necessários para a entrega de serviços ou produtos específicos. Além disso, segundo a diretriz, a necessidade contratual não pode fornecer uma base legal para a publicidade comportamental *online*, já que tal publicidade financia indiretamente a prestação do serviço. Embora esse tratamento possa apoiar a prestação de um serviço, isso

54 Ver ANEXO I - ADJETIVOS DO CONSENTIMENTO E MUDANÇAS NO WhatsApp.

55 Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.

por si só não é suficiente para estabelecer o que é necessário para a realização do contrato em questão.<sup>56</sup> Mesmo que o controlador veja e entenda como necessária a coleta, o contrato para a prestação de serviço de mensageria não deixa de ser inválido, pois há como ele existir sem a personalização de conteúdo e *analytics*, não sendo objetivamente necessário para a realização das atividades do WhatsApp, é necessário que outra base legal seja utilizada. A coleta deve ser direcionada para o que é essencial e fundamental, para que o serviço seja realizado.

- 5.6. Seguindo a tendência de entendimentos de outros estudos do WP29 sobre a perfilização e seus requisitos, bem como as orientações contidas no trabalho 02/2013<sup>57</sup>, as quais fornecem orientações sobre a obtenção do consentimento para cookies, o EDPB também observa que os controladores devem obter o consentimento prévio dos sujeitos de dados para colocar os cookies necessários relativos à publicidade comportamental. As diretrizes, portanto, apontam para a interpretação restritiva da possibilidade de aplicação da base legal de necessidade do contrato, e o tratamento de dados pessoais para a publicidade comportamental não é necessário para a realização de um contrato para serviços online.

Em vista dos critérios analisados, a base legal de execução de contrato não poderia ser utilizada pelo WhatsApp para as finalidades de *marketing*-publicidade e *analytics*: O escopo da base legal é restrito e não comporta o fluxo multifuncional que hoje existe na plataforma, especialmente o compartilhamento de dados com o grupo econômico do Facebook para fins de *marketing*-publicidade e *analytics* para a personalização de conteúdo. Isto porque não é um tratamento de dados intrínseco ao objeto principal e primário da relação contratual - i.e., serviço de mensageria. Além disso, acaba por frustrar a legítima expectativa dos titulares de dados por contradizer a reputação com a qual tal plataforma cativou uma larga audiência a ponto de assumir uma posição dominante no mercado brasileiro.

## 6. Direito de oposição (*opt-out*) e Direito de revogação

- 6.1. Sendo a base legal aplicável a do consentimento, é assegurado o direito do titular revogá-lo?

- 6.1.1. O consentimento deve ser obtido de forma livre, ou seja, sem algum tipo de coação à liberdade do titular de escolher se deseja realizar um tratamento específico ou não. E caso o titular deseje seguir com o tratamento dos seus dados com base no seu consentimento, deve existir a possibilidade de revogar a autorização. Nesse sentido, a hipótese de revogação do consentimento está diretamente

<sup>56</sup> Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects. Disponível em [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb\\_guidelines-art\\_6-1-b-adopted\\_after\\_public\\_consultation\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf). Acesso em 02/03/2021.

<sup>57</sup> Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies. Disponível em [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208_en.pdf). Acesso em 02/03/2021.

relacionada com o adjetivo "livre". A soma dos adjetivos é o que torna o consentimento válido, tanto no âmbito do Marco Civil da Internet<sup>58</sup> quanto no da LGPD<sup>59</sup>. No caso do WhatsApp, a única opção oferecida ao usuário que deseja revogar o consentimento é excluir a conta da plataforma.

- 6.1.2. Tanto na LGPD quanto no Marco Civil, a extensa adjetivação do consentimento tem como objetivo dar um maior controle ao titular dos dados sobre os tratamentos dos seus dados pessoais. Esse controle também atua como mecanismo de redução da assimetria de poder entre o agente de tratamento e o titular.
- 6.1.3. Nesse cenário, ao optar pelo consentimento enquanto base legal para o tratamento de dados proposto pela nova política de privacidade, o WhatsApp deveria observar: o direito de conceder informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa (art. 18; VIII), bem como a hipótese de revogar o consentimento (art. 18, IX). No formato atual, a revogação do consentimento está associada ao direito de eliminação. Ou seja, quando o titular apaga a sua conta, exercendo seu direito de eliminação (art. 18, VI), ele conseqüentemente, revoga o consentimento dado no início dos tratamentos. Contudo, a revogação do consentimento não é um direito subsequente ao direito de eliminação, ambos são direitos que possuem o mesmo nível hierárquico no artigo 18 e não são codependentes ou subsequentes. Nesse sentido, o tratamento adequado seria: (i) fornecer informações completas e transparentes sobre o que acontece com a prestação de serviços se o titular não quiser consentir; e (ii) cumprir com o direito de revogação do consentimento, indicando como e de que forma o titular pode fazer isso, removendo-o, portanto, do local em que se encontra hoje na Política e o incluindo em uma seção específica de direitos do titular.
- 6.1.4. O direito de oposição é aplicável a todas bases legais previstas na LGPD, com exceção à do consentimento, que possui uma sistematização própria estabelecida no art. 18, incisos VIII e IX da LGPD. O direito de oposição não é absoluto, uma vez que tem como condicionante o "em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei" e a análise contextual envolvendo todos os interesses na relação. No caso em questão, como foi verificado, de forma direta, que o tratamento de dados não se ampara em base legal válida e, de forma indireta, com alguns dos princípios de proteção de dados, esse direito de oposição mostra-se plenamente exercitável.
- 6.1.5. Importante mencionar que como foi apontado no Item B, em 2016 não houve a aplicação de uma base legal válida e adequada para legitimar o compartilhamento dos dados dos milhões de usuários do WhatsApp com o Facebook. Isso foi verificado por diversas Autoridades de Proteção de Dados ao redor do mundo, como a DPA de Hamburgo, FTC, DPA da França e DPA da Irlanda. A "família de empresas Facebook" reservou-se o direito de tratar os "*dados para outros propósitos, tais como*

<sup>58</sup> Art. 7º, inciso IX.: O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei.

<sup>59</sup> Art. 5º, inciso XII: consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

*aprimorar a infraestrutura e sistemas de entrega, entender como nossos serviços e os serviços deles são utilizados, aprimorar sistemas de segurança, o combate ao spam, abusos e atividades de violação”.*

- 6.1.6. Analisando a atualização do WhatsApp proposta em 2016 e em 2021, percebe-se que os direitos dos titulares não são plenamente contemplados, como a impossibilidade de oposição a não ser por meio da deleção da conta da plataforma. No âmbito do consentimento enquanto base legal, o WhatsApp opta pela lógica "do tudo ou nada", ou o titular consente com todos os tratamentos indicados e suas finalidades diversas ou ele não pode mais utilizar o serviço, quando na verdade o movimento deveria ser o da granularidade para cada uma das inúmeras finalidades que estão indicadas na política de privacidade.
  - 6.1.7. Assim, o WhatsApp não fornece meios para que o titular exerça o direito de revogar o consentimento - o qual possui implicações de validade, conforme está indicado no Item B dessa Opinião Legal - e nem o seu direito de oposição às finalidades de tratamento, que são justificadas sob outras bases legais que apoiam os tratamentos pretendidos pelo WhatsApp, conforme será abordado abaixo.<sup>60</sup>
- 6.2. Sendo aplicáveis para determinadas finalidades de tratamento a base legal de execução de contrato ou a do legítimo interesse, está sendo assegurado ao titular o direito de se opor a esses tratamentos?
- 6.2.1. Ao ser analisada a política de privacidade atual e as mudanças propostas pelo WhatsApp para o Brasil em maio de 2021, nota-se que não há, em primeiro lugar, a disponibilidade ao titular de uma política com finalidades de tratamento divididas em tipos de finalidades determinadas, a base legal aplicável para cada uma delas e os dados pessoais necessários para cada uma dessas finalidades. Em um segundo momento, não está disponibilizado um canal ao titular para ele exercitar os seus direitos, inclusive o de opor as finalidades de tratamento indicadas no documento, ou ele aceita tudo, ou ele deverá interromper o uso dos serviços. O único canal disponível é o de acesso aos dados que são coletados pelo WhatsApp, no qual o titular pode solicitar um relatório com os seus dados. Portanto, percebe-se que o direito de oposição não está sendo cumprido pelo WhatsApp. Nesse sentido, o ponto é entender se o motivo para o não cumprimento do direito de oposição pelo WhatsApp é a empresa entender que não há o descumprimento legal ou é porque ela não possui interesse em cumprir com esse direito.
  - 6.2.2. O direito de oposição é aplicável nos casos em que há a constatação de um descumprimento ao disposto na LGPD. Nesse sentido é possível compreender que o descumprimento da lei se refere a qualquer obrigação e responsabilidade constante no texto da LGPD que não é cumprida pelo agente de tratamento. Assim como, que o não cumprimento da lei se configura como um tratamento

<sup>60</sup> Art. 8º, § 5º e 6º da LGPD.



irregular de dados<sup>61</sup>, considerando as circunstâncias indicadas no artigo 44. Com base neste artigo é possível entender quais são algumas das circunstâncias que tornam o tratamento irregular dos dados, uma vez que o rol do art. 44 não é exaustivo: (i) o modo pelo qual é realizado; (ii) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; e (iii) as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado. O que foi constatado ao longo da Opinião Legal é que a política não cumpre com os princípios da finalidade, adequação, necessidade e transparência, bem como não há indicação das bases legais aplicáveis a cada uma das finalidades e os tipos de dados pessoais necessários para cada uma das finalidades e, por fim, não há um canal de atendimento que facilite ao titular o exercício dos seus direitos, com exceção aos direitos de confirmação, acesso e o de eliminação. Portanto, o descumprimento da legislação, pode ser constatado a partir do não cumprimento das obrigações acima indicadas.

- 6.2.3. Outro ponto é que o direito de se opor a um tratamento de dados é tão importante quanto outros direitos presentes no rol do artigo 18 e seguintes da LGPD. Portanto, se o direito de acesso está sendo atendido nos termos do art. 18, inciso II ao possibilitar ao titular um relatório sobre os seus dados coletados, por que o direito de se opor a um tratamento não está sendo cumprido? Nota-se que não há um descumprimento exclusivamente perante às bases legais de execução de contrato ou a de legítimo interesse, mas que não há o cumprimento do direito de se opor em relação a nenhuma base legal que possa ser utilizada para autorizar determinados tratamentos.
- 6.2.4. Nesse sentido, percebe-se que a ausência de cumprimento do direito de oposição ou de se opor não é algo exclusivo no Brasil, mas que tem acontecido em outros países, a partir da análise de suas respectivas autoridades de proteção de dados ao se debruçarem sobre a política de privacidade e perceberem que existe uma lacuna quanto ao direito de oposição. O que leva aos questionamentos subsequentes: (i) Por que o WhatsApp não está cumprindo com o direito de oposição?; e (ii) Por que o WhatsApp decide cumprir alguns direitos, como o de confirmação de tratamento, acesso, de eliminação e, por outro lado, decide não cumprir com o direito de oposição?
- 6.2.5. Como não há na Política uma divisão de finalidades e bases legais aplicáveis a cada uma delas, percebe-se que não existe uma clareza quanto às informações, o que torna complicado o exercício de direitos por parte dos titulares, uma vez que não estão esclarecidas todas as possibilidades de tratamento. Recentemente, a Autoridade de Proteção de Dados da África do Sul<sup>62</sup> questionou o WhatsApp das mudanças na Política e nos seus Termos, devido às novas possibilidades de compartilhamento entre WhatsApp e Facebook para as finalidades de troca de mensagens com terceiros, como empresas, para: pedidos; transações; informações de agendamento; notificações de envio e entrega; atualizações de produto e serviço; marketing; e o tratamento diferenciado dado aos usuários da União Europeia.

<sup>61</sup> Art. 44, caput da LGPD.

<sup>62</sup> Disponível em <https://gadgets.ndtv.com/apps/news/WhatsApp-Facebook-data-sharing-policy-update-new-terms-rules-privacy-south-africa-oppose-2384066>. Acesso em 12/03/2021.

6.3. Para além da autodeterminação informacional do titular dos dados, o direito de *opt-out* é tributário de mais algum fundamento da LGPD?

6.3.1. O direito de *opt-out* é tributário da autodeterminação informativa, isto é, da capacidade do titular em controlar suas informações a ponto de barrar determinados usos que delas podem ser feitos. Ao exercê-lo, abre-se espaço para a personalização do fluxo de dados, de forma mais ou menos expansiva, levando em consideração a confiança depositada no agente de tratamento de dados. Dessa forma, o direito de *opt-out*, e nesse caso a sua não observância, é também tributário à livre concorrência e à livre iniciativa que são alguns dos fundamentos da LGPD.<sup>63</sup>O titular fará suas escolhas a partir do aspecto reputacional quanto a um uso responsável de seus dados pelos agentes de tratamento de dados.

6.3.2. Ao não franquear o direito de *opt-out* no WhatsApp, há potencial abuso de poder econômico por parte do grupo econômico Facebook, o qual já exerce uma posição dominante no mercado brasileiro<sup>64</sup>. Cria-se, com isso, uma dificuldade<sup>65</sup> abusiva para outros agentes econômicos, que com ele concorreriam no mercado de marketing e de mensageria, e não possuem a mesma capilaridade. Dito de outra forma, ao não assegurar o direito de *opt-out* aos usuários da plataforma, o Grupo econômico Facebook cria uma barreira de entrada desleal e de difícil superação a quem poderia desafiar a sua posição.

6.3.3. Ainda mais quando se leva em consideração, que o direito de oposição, previsto na Lei Geral de Proteção de Dados, deve estar sintonizado com a sua vetorização setorial. Isso pode ser observado no campo das telecomunicações, onde a ANATEL tem empreendido esforços para facilitar e tornar um direito absoluto do cidadão barrar o uso de seus dados para fins de marketing, especialmente telemarketing<sup>66</sup>. Resumidamente, no cenário brasileiro, ao não franquear o direito de *opt-out* aos seus usuários, o WhatsApp forja, inclusive, um regime regulatório assimétrico frente a quem também presta o mesmo tipo de serviço.

Em conclusão, verifica-se que o exercício do direito à oposição não é ofertado de forma adequada. Ao não oferecer a possibilidade de *opt-out* na política de privacidade e termos de uso, o WhatsApp cria um efeito cascata de inobservância de uma série de outros requisitos de conformidade. O desenho atual da interação entre a companhia e o usuário, em que o WhatsApp prejudica direitos como o de acesso à informação,

<sup>63</sup> Art. 2º, VI da Lei Geral de Proteção de Dados

<sup>64</sup> Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/338831/nova-politica-de-dados-do-WhatsApp-levanta-debate-de-abuso-de-poder-economico--avaliam-advogados>. Acesso em 15/03/21.

<sup>65</sup> Art. 36 § 3º, IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços.

<sup>66</sup> Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2019/07/15/noticias/cadastro-em-plataforma-online-impedira-que-operadoras-liguem-para-voce/>. Acesso em 09/03/2021.

confirmação de tratamento e descumpra a possibilidade de oposição, afeta até mesmo outros agentes econômicos. O WhatsApp possui a responsabilidade legal de viabilizar o rol dos direitos dos titulares sem que haja restrições aos direitos que possam ser desvantajosos ao modelo de negócios da companhia, sob o risco do grupo econômico Facebook criar uma barreira de entrada desleal e de difícil superação a quem poderia desafiar a sua posição.

## 7. Tratamento-compartilhamento entre o WhatsApp e o Facebook enquanto prática abusiva

- 7.1. Inicialmente, o modelo de negócio do WhatsApp tinha como premissa oferecer um “serviço de mensagens e chamadas simples, seguro e confiável para celulares em todo o mundo”, sem que os dados pessoais dos seus consumidores fossem a sua contraprestação econômica. Inclusive, a página “Sobre” da companhia enfatizava “quando há anúncios, você, o usuário é o produto”<sup>67</sup>. O foco era a entrega de um serviço de mensageria de qualidade e que utilizasse os dados dos usuários de forma pouco intrusiva.
- 7.2. Em 2014, o WhatsApp passou a integrar o grupo econômico do Facebook. No processo de aquisição, diante de autoridades e usuários, o Facebook assumiu publicamente os compromissos dos fundadores do WhatsApp sobre o modelo de negócio, em especial com relação às restrições relacionadas à privacidade e proteção de dados. Contudo, em 2016 o Facebook rompeu essa promessa ao apresentar uma nova política de privacidade que visava habilitar o compartilhamento de dados entre o WhatsApp e o grupo econômico do Facebook, entre outras novas finalidades.
- 7.3. No período, nos EUA, organizações como Electronic Privacy and Information Center (Epic) e o Center for Digital Democracy (CDD) peticionaram ao FTC alegando que a coleta de dados de um bilhão de usuários por meio dos novos termos de uso configuraria violação do FTC Act, por “ato enganoso” e “injusto”. Em resposta, a FTC emitiu uma ordem contra o Facebook por entender que a companhia tinha violado os termos sob os quais a aquisição havia ocorrido. Para a autoridade, as alterações nas políticas de privacidade se enquadram como práticas abusivas e enganosas por: **i)** não esclarecer até que ponto os usuários poderiam controlar o uso de seus dados, ou as medidas necessárias para implementar tais controles; **ii)** não esclarecer as informações que o Facebook passou a compartilhar com terceiros; e **iii)** não estabelecer, implementar ou manter um programa de privacidade razoavelmente projetado para lidar com os riscos de privacidade relacionados com as finalidades pretendidas.<sup>68</sup> Em relação à legislação brasileira de defesa do consumidor, as consequências da nova política de privacidade do WhatsApp podem ser entendidas em duas vertentes.
- 7.4. Primeiro, pode ser enquadrado como prática abusiva, vedada pelo artigo 39, inciso V do CDC. Com a mudança do modelo de negócio, a partir do tratamento de dados para diversas outras finalidades que

<sup>67</sup> Disponível em <https://blog.WhatsApp.com/why-we-don-t-sell-ads>. Acesso em 12/03/2021.

<sup>68</sup> Federal Trade Commission v. Facebook Inc. - Civil Action Number 19-cv-2184, FCT Matter 092 3184 | 182 3109 | C-4309, 28/04/2020. Disponível em <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/c4365Facebookmodifyingorder.pdf>. Acesso em 12/03/2021.

não apenas para fins de prestação de serviços de mensageria, há um desequilíbrio contratual entre o consumidor e o fornecedor de serviço. Isto porque o arranjo econômico passa a ter um formato que coloca o consumidor em desvantagem de forma excessiva.

- 7.4.1. É importante ponderar que não há qualquer ilegalidade *per se* na monetização de dados para fins de *marketing*-publicidade e *analytics*. É necessário, porém, que a implementação das ferramentas de monetização seja acompanhada de controles e mecanismos que possibilitem ao titular dos dados barrar o uso de suas informações para determinadas finalidades. Caso contrário, haverá uma onerosidade excessiva por parte de quem não tem qualquer poder de barganha ou contenção frente a um grupo econômico que explora, extrai e reúne seus dados de diferentes contextos. Ou seja, o desequilíbrio contratual é resultado do agravamento da vulnerabilidade do consumidor que é empurrado a aderir a tais termos para continuar gozando da sua principal ferramenta de comunicação.
- 7.5. Em outro plano, há de se considerar também que as mudanças na política e nos termos de uso do WhatsApp se enquadram na violação prevista no artigo 51<sup>69</sup> do CDC. A cláusula que determina as diversas finalidades do tratamento de dados, que inclui o compartilhamento com o grupo Facebook, coloca o consumidor em desvantagem exagerada: o único modo de utilizar os serviços é aceitar os termos não negociáveis do tratamento de dados feito pelo WhatsApp. Caso discorde, o usuário é convidado a excluir o aplicativo de mensagens e interromper o uso dos serviços do WhatsApp. A cláusula é incompatível com a equidade e boa-fé, uma vez que o WhatsApp se consolidou como um dos aplicativos mais utilizados no mercado, tendo como pano de fundo a promessa da não monetização dos dados. Mesmo após a aquisição da plataforma pelo Facebook, o compromisso da companhia era pela continuidade das salvaguardas adotadas pelo modelo de negócio em que o WhatsApp foi fundado. Portanto, a nova lógica do modelo de negócio do WhatsApp é incompatível com a imagem construída pela plataforma perante o mercado consumidor - há a ruptura da própria expectativa despertada no mercado consumidor e nos próprios órgãos reguladores que concordaram com a aquisição, como foi o caso da FTC.
- 7.6. Ao não incluir a possibilidade de uma escolha granular, em que o usuário visualiza a categoria de dados e as finalidades de forma especificada e tem a opção de alterar seu uso, o titular se depara com um desequilíbrio contratual: aceita as alterações e as novas modalidades de tratamento ou exclui o aplicativo. Agrava-se, assim, a vulnerabilidade do consumidor<sup>70</sup>. Seguindo a lógica do art. 51. IV<sup>71</sup> do Código de Defesa do Consumidor, tais cláusulas contratuais são nulas de pleno direito.

69 Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

70 Art, 4º, I do Código de Defesa do Consumidor.

71 “Art.51: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”

- 7.7. Há como identificar, também, uma vantagem manifestamente excessiva<sup>72</sup> por parte do Facebook. Ao ampliar consideravelmente a gama de dados coletados com as mudanças causadas pela aquisição do WhatsApp, o preço para a utilização do serviço conseqüentemente é elevado sem justa causa. Mais uma vez, esse desequilíbrio é resultado da ausência de um controle granular que deveria ser assegurado ao consumidor sobre seus dados. Em complementação, o inciso X do artigo 39<sup>73</sup> também se encaixa no caso em questão. A mudança de lógica econômica e modelo de negócio causada pela aquisição do Facebook quebrou a confiança dos titulares, atraídos pela imagem de um serviço seguro e que ofereça privacidade.
- 7.8. **CASO 1:** Em 2017, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu o caráter abusivo de cláusula de fornecimento de informações cadastrais em contratos de adesão de serviços de cartão de crédito, oferecidos pelo grupo HSBC<sup>74</sup>:
- 7.8.1. Segundo a decisão no Recurso Especial Nº 1348532, a cláusula violava princípios da transparência e da confiança nas relações de consumo, e foi considerada abusiva por não oferecer ao cliente a possibilidade de rejeitar o compartilhamento dos dados. A decisão pontua, ainda, que o repasse de informações, além de tornar o cliente vulnerável, não é fundamental para a execução do serviço contratado.
- 7.8.2. A decisão também destacou que, por meio da Portaria 05/2002, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ampliou o rol de cláusulas abusivas constantes no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, incluindo nessa caracterização os casos de contratos de adesão que impõem ao cliente a transferência de informações a terceiros sem sua autorização expressa.
- 7.9. Assim como no caso analisado pelo STJ, as alterações na política de privacidade do WhatsApp oferecem uma cláusula de adesão que determina o compartilhamento compulsório de dados com um terceiro, isto é, o Facebook, sem que haja a possibilidade de opor-se ao compartilhamento. O compartilhamento não é essencial para a execução do serviço de mensageria. O caso fortalece o entendimento de que a conduta do WhatsApp se enquadra como abusiva, nos termos do artigo 51 do CDC.
- 7.10. **CASO 2:** Em 2016, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (“IDEC”) apresentou um relatório e enquête realizada no Brasil, com a finalidade de verificar as diferenças entre as alterações no tratamento de dados pelo WhatsApp e o cenário jurídico-regulatório brasileiro.<sup>75</sup> Entre os achados mais relevantes do relatório, destaca-se:
- 7.10.1. O resultado da enquête sugere um cenário de desconhecimento, imprecisão ou desconfiança com relação aos dados que são efetivamente coletados pelo WhatsApp. 61% dos respondentes utilizam o WhatsApp há mais de 3 (três) anos. Das 2.463 (duas mil quatrocentas e sessenta e

72 Art. 39, V, do Código de Defesa do Consumidor.

73 “Art. 39: É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.”

74 Disponível em [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-09\\_08-03\\_E-abusiva-clausula-que-obriga-cliente-de-cartao-de-credito-a-fornecer-dados-a-terceiros.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-09_08-03_E-abusiva-clausula-que-obriga-cliente-de-cartao-de-credito-a-fornecer-dados-a-terceiros.aspx). Acesso em 16/03/2021.

75 Disponível em <https://www.idec.org.br/pdf/relatorio-WhatsApp-terminos-de-uso.pdf>. Acesso em 16/03/2021.

três) pessoas que participaram da enquete, 63% afirmaram que os termos de uso "são injustos", pois acreditavam que "o WhatsApp protegia a privacidade" e não tem "como escolher o que quero compartilhar com o Facebook". 25% afirmaram que os novos termos de uso "são confusos", pois não sabem "exatamente o que será coletado e se o Facebook pode ler minhas mensagens no WhatsApp". Apenas 2,8% concordaram que os novos termos "são justos", pois "se o aplicativo é gratuito, a empresa pode coletar todos os dados que quiser". Ou seja, para 88% dos respondentes, os termos de uso não são claros ou não são justos.

- 7.10.2. O relatório destaca que os princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor de garantia do direito à informação nas relações de consumo<sup>76</sup>. A enquete do Idec mostra que, dos 2.463 (duas mil quatrocentas e sessenta e três) respondentes, 25% consideram os termos de uso "confusos".
- 7.11. O relatório do IDEC demonstra que, por mais que o WhatsApp e o Facebook argumentem que as informações estão "claras" nos termos de uso de 2016 (e, conseqüentemente, de 2021), é discutível se todos os esforços foram feitos para tornar essas informações claras. Além disso, o relatório chama a atenção para os riscos que envolvem a facilitação do processo de coleta de dados de 100 (cem) milhões de usuários do WhatsApp em desrespeito aos princípios do direito consumerista (boa-fé, transparência e direito à informação), abrindo um precedente perigosíssimo para outras empresas de tecnologia de atuação nacional.

Não há qualquer ilegalidade per se na monetização de dados para fins de *marketing*-publicidade e *analytics*. É necessário, porém, que seja acompanhada de ferramentas de controles e mecanismos que possibilitem ao titular dos dados barrar o uso de suas informações para determinadas finalidades, sob pena de uma prática e um arranjo contratual abusivo nos termos dos artigos 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor. Na medida em que o consumidor não tem qualquer poder de barganha ou contenção frente a um grupo econômico que explora, extrai e reúne seus dados de diferentes contextos, há um desequilíbrio contratual, resultado do agravamento da sua vulnerabilidade, e que o constrange a aderir um contrato de adesão para continuar gozando da sua principal ferramenta de comunicação. O prestador de serviço em questão tem uma posição dominante no mercado que foi cativada com a reputação e a promessa de o consumidor ter controle sobre os seus dados, de modo que a mudança das suas práticas de tratamento de dados não só agrava a vulnerabilidade do consumidor, como, também, contraria a boa-fé. A nova lógica do modelo de negócio do WhatsApp é incompatível com a imagem construída pela plataforma perante o mercado consumidor - há a ruptura da própria

<sup>76</sup> art. 6º, II e III, CDC.

expectativa despertada no mercado consumidor e nos próprios órgãos reguladores que concordaram com a aquisição, como foi o caso da FTC - que se apresenta como uma elevação da contraprestação econômica dos serviços prestados de forma abusiva.

8. Conclusões: brasileiros enquanto um dos maiores mercados e com a menor proteção jurídica

- 8.1. O ordenamento jurídico brasileiro criou um forte aparato de proteção aos titulares de dados pessoais. Especialmente, ao se combinar a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) com Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.070/1990), que consideram a posição de vulnerabilidade do titular dos dados.
- 8.2. Nesse contexto e em vista dos critérios analisados, o WhatsApp não poderia utilizar as bases legais do consentimento, legítimo interesse ou de execução do contrato para finalidades de *marketing-publicidade* e *analytics*.
  - 8.2.1. No caso do consentimento, verifica-se que o diálogo entre as legislações previamente mencionadas acabou por traçar um regime bastante prescritivo de qualificações que tornam a manifestação da vontade válida. A interface das atualizações da política de privacidade em 2016 e em 2021 consolida uma estrutura que não cumpre com tais requisitos. Consequentemente, não há obtenção de um consentimento informado, inequívoco e livre-expresso.
  - 8.2.2. No contexto do legítimo interesse, a base legal é inválida, pois não suporta o tratamento de dados intencionados pelo WhatsApp. Dentre as fases do LIA avaliadas, destaca-se aqui a frustração das legítimas expectativas dos usuários quanto aos usos secundários, que não são compatíveis com a interação padrão e o próprio histórico reputacional da plataforma de mensageria. O acúmulo e cruzamento de informações obtidas em contextos diferentes que resultam da operação de tratamento de dados de todo o grupo Facebook não são intuitivos pelo cidadão comum.
  - 8.2.3. No caso da base legal de execução do contrato, verifica-se que seu escopo é restrito. Por isso não comporta o fluxo multifuncional que hoje é promovido pelo Facebook para fins de *marketing-publicidade* e *analytics*. O tratamento de dados que visa o compartilhamento com o grupo econômico do Facebook, previsto na nova política de privacidade, não é intrínseco ao objeto principal e primário da relação contrato, isto é, serviços de mensageria. Além disso, verifica-se a frustração da legítima expectativa dos titulares de dados, por ser uma postura contraditória com a reputação com a qual tal plataforma cativou uma larga audiência a ponto de assumir uma posição dominante no mercado brasileiro.
- 8.3. Não é observado o rol dos direitos dos titulares, especialmente o direito do cidadão se opor ao uso dos seus dados para determinadas finalidades. Ao não franquear o direito de *opt-out*, há potencial abuso de poder econômico por parte do grupo econômico Facebook, o qual já exerce uma posição dominante

no mercado brasileiro. Cria-se uma dificuldade abusiva para outros agentes econômicos, que com ele concorreriam no mercado de marketing e de mensageria, e não possuem a mesma capilaridade. Ainda mais quando se leva em consideração, que o direito de oposição, previsto na Lei Geral de Proteção de Dados, deve estar sintonizado com a sua vetorização setorial. Isso pode ser observado no campo das telecomunicações, onde a ANATEL tem empreendido esforços para facilitar e tornar um direito absoluto do cidadão barrar o uso de seus dados para fins de marketing, especialmente telemarketing.

- 8.4. É necessária uma completa conformidade ao ordenamento nacional. Apesar de não haver qualquer ilegalidade no modelo de negócios que monetiza dados para fins relacionados com publicidade ou monetização de conteúdo, o WhatsApp não adotou as medidas necessárias para que a transição do seu modelo de negócio esteja em conformidade com o cenário jurídico-regulatório brasileiro. A implementação deste tipo de monetização precisa oferecer o máximo de granularidade, isto é, uma interface que oferece ao titular dos dados a possibilidade de exercício de direitos.
- 8.5. A conduta do WhatsApp pode ser considerada abusiva. Ao não oferecer esses mecanismos de controle, a conduta do WhatsApp enquadra-se no cenário de prática e arranjo contratual abusivo, nos termos dos artigos 51 e 39 do Código de Defesa do Consumidor. A falta dos mecanismos causa, também, desequilíbrio contratual na relação entre usuário e WhatsApp. Os usuários não possuem qualquer poder de negociação ou contenção frente ao tratamento de dados do WhatsApp. A coleta e reunião dos dados de diferentes contextos agrava a vulnerabilidade do consumidor, além de o constranger a aderir um contrato de adesão para continuar tendo acesso à sua principal ferramenta de comunicação.<sup>77</sup>
- 8.6. O Brasil é um país com uma das legislações mais avançadas do mundo para uso da Internet e proteção do consumidor, porém isso não se reflete na operação do WhatsApp. Apesar de ser um dos maiores mercados do aplicativo, o Brasil é o país que recebe a menor proteção jurídica. De acordo com os 13 (treze) casos, 6 países e 7 jurisdições analisados no mapeamento do estado da arte da discussão, a interrupção do compartilhamento de dados entre o WhatsApp e o grupo econômico Facebook não é apenas viável como foi instituída em diversos países na Europa, sob a jurisdição do GDPR.
- 8.7. Em conclusão, não há qualquer ilegalidade per se na monetização de dados para fins de *marketing*-publicidade e *analytics*. É necessário, porém, que tal tratamento de dados esteja lastreado em uma base legal válida. E, principalmente, no caso em tela, seja franqueando ao titular dos dados ferramentas controles e mecanismos que lhe possibilitem barrar o uso de suas informações para determinadas finalidades.

<sup>77</sup> A postura do WhatsApp não só agrava a vulnerabilidade do consumidor, como, também, contraria a boa-fé. A posição da companhia no mercado foi consolidada numa trajetória marcada pela reputação e promessa de controle sobre as informações captadas. A mudança nas práticas de tratamento se traduz em uma nova lógica do modelo de negócio do WhatsApp, que é incompatível com a imagem construída pela plataforma perante o mercado consumidor.



9. Anexo I - Adjetivos do Consentimento e Mudanças do WhatsApp<sup>78</sup>

| ADJETIVOS DO CONSENTIMENTO | MUDANÇAS DE 2016   | MUDANÇAS DE 2021  |
|----------------------------|--|---|
| MANIFESTAÇÃO LIVRE         | <p><b>Assimetria de poder; falta de painéis de controle e inexistência de granularidade. Controle pelo usuário é dificultado por interface com <i>nudge</i>.</b></p> <p>A mensagem foi: “WhatsApp orienta que o usuário que usa o WhatsApp poderá escolher não compartilhar os dados da sua conta do WhatsApp com o Facebook “para melhorar suas experiências com anúncios e produtos no Facebook”. Os usuários atuais que aceitarem os nossos Termos e Política de Privacidade atualizados terão 30 dias adicionais para definirem sua escolha em Configurações/Ajustes &gt; Conta.<sup>79</sup>”</p> <p>Na aba “controle de informações”, há indicação de que o usuário pode deletar a conta se ele quiser revogar o consentimento para uso de seus dados pela companhia: “<i>your WhatsApp account at any time (including if you want to revoke your consent to our use of your information) using our in-app delete my account feature</i>”.</p> | <p><b>Não é oferecido ao usuário a possibilidade de controlar os tratamentos de dados (<i>opt-out</i>).</b></p> <p>Não há possibilidade de optar pelo não compartilhamento de dados ou qualquer outra ferramenta de minimização do uso de dados. O WhatsApp não oferece painéis de controle do tratamento de dados, apenas indica que caso o usuário discorde das atualizações, deverá deixar de usar os serviços.<sup>80</sup></p> |
| INFORMADO                  | <p><b>A notificação da atualização é clara, mas genérica e não menciona o compartilhamento com o grupo econômico Facebook.</b></p> <p><b>Não há disponibilização dos termos de uso de 2016 em português no site do WhatsApp atualmente.</b></p>  | <p><b>A notificação da atualização é clara, mas genérica e não menciona o compartilhamento com o grupo econômico Facebook.</b></p> <p><b>Não há especificação sobre quais categorias de dados são compartilhadas com o Facebook ou a finalidade do compartilhamento.</b></p>  |
| INEQUÍVOCO                 | <p><b>A linguagem adotada pelo WhatsApp na notificação não menciona grandes alterações nas finalidades dos dados ou no tratamento. Não há menção ao compartilhamento com o grupo econômico Facebook.</b></p> <p>Ao clicar na versão integral das políticas, na aba “Novas maneiras de utilizar o WhatsApp”, o aplicativo indica que iria “<i>explorar maneiras para que usuários e empresas se comuniquem entre si por meio do WhatsApp para fazer e receber pedidos, transações, informações sobre consultas, alertas para envio e entrega de pedidos, atualizações sobre produtos, serviços e marketing</i>”.</p>  | <p><b>A linguagem adotada pelo WhatsApp na notificação não menciona grandes alterações nas finalidades dos dados ou no tratamento. Não há menção ao compartilhamento com o grupo econômico Facebook.</b></p>  |
| EXPRESSO                   | <p><b>O usuário recebe uma notificação ao acessar o aplicativo que deve aceitar as alterações nas políticas de privacidade e termos de uso para continuar utilizando os serviços do aplicativo (por</b></p>  | <p><b>O usuário recebe uma notificação ao acessar o aplicativo que deve aceitar as alterações nas políticas de privacidade e termos de uso para continuar utilizando os serviços do aplicativo (por meio de um botão verde que sinaliza “eu</b></p>   |

<sup>78</sup> O presente documento tem como objetivo identificar e sistematizar os principais pontos relacionados com a não caracterização do consentimento válido em ambas as alterações nas políticas de privacidade do WhatsApp em 2016 e 2021. As informações foram levantadas diretamente do site do WhatsApp e dos documentos da empresa disponibilizados sobre as políticas de privacidade e termos de uso, bem como análise dos dispositivos legais relacionados com a classificação do consentimento.

<sup>79</sup> Disponível em <https://www.WhatsApp.com/legal/privacy-policy>, atualização de 20 de julho de 2020. Acesso em 04/03/2021.

<sup>80</sup> “Podemos alterar ou atualizar estes Termos. Você receberá notificações sobre alterações relevantes feitas em nossos Termos, conforme a necessidade, e atualizaremos a data de “Última alteração” no início destes Termos. A continuação do uso dos nossos Serviços confirma sua aceitação dos nossos Termos e alterações posteriores. Esperamos que você continue usando nossos Serviços, mas caso não concorde com nossos Termos, tal como alterado, deverá apagar sua conta para deixar de usar nossos Serviços”. Disponível em <https://www.WhatsApp.com/legal/updates/terms-of-service>. Acesso em 04/03/2021.

**meio de um botão verde que sinaliza “eu concordo”). concordo”).**

Qualquer alteração no compartilhamento com empresas do Grupo Facebook só poderia ser feita após o aceite das mudanças.

Não há a possibilidade de discordar dos novos usos pelo WhatsApp.

Anexo II - Estado da Arte da Aplicação atualização PP WP (foco em direito de *opt-out* e bases legais)<sup>81</sup>

**TABELA I - ESTADO DA ARTE DA APLICAÇÃO ATUALIZAÇÃO PP WP  
(FOCO EM DIREITO DE *OPT-OUT* E BASES LEGAIS)**

| CASO 1   |  |
|--|--|
| STAKEHOLDER <sup>82</sup>                            | <p><b>CASO 1. Data Protection Authority França (CNIL)</b> - Deliberação do comitê de restrição SAN-2019-001 (21/01/2019)<br/>Link: <a href="https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/san-2019-001.pdf">https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/san-2019-001.pdf</a></p>   |
| CASO   | <p><b>FALTA DE TRANSPARÊNCIA E INFORMAÇÕES, AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO VÁLIDO PARA MARKETING PERSONALIZADO</b> - Queixa da associação NOYB e La Quadrature du Net, apresentada perante a autoridade francesa em duas partes, contra o GOOGLE pela plataforma não ter bases legais válidas para processar dados pessoais de usuários particularmente para personalização de publicidade.</p>   |
| ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS | <p>A CNIL constatou duas violações: a primeira se refere à falta de informações pela plataforma e à ausência de transparência. A DPA verificou que as informações não eram facilmente acessíveis e a própria estrutura dificultava a visualização de todos os usos de dados pelo Google. Informações essenciais como: a finalidade do processamento, período de armazenamento dos dados, categorias de dados pessoais coletados para “ads personalization” estava espalhado pela plataforma. O comitê também apontou que algumas informações não estavam claras e nem compreensivas.</p> <p>A segunda violação identificada pela DPA refere-se a irregularidade do uso do consentimento como base legal para o processamento de dados por dois motivos:</p> <p>As informações sobre o tratamento de dados para “ads personalization” são diluídas em vários documentos, não permitindo o usuário ter uma visão da extensão com a qual seus dados são tratados. Por exemplo: não há transparência na pluralidade de serviços envolvidos no processamento de operações ou do volume de dados processados.</p> <p>O segundo ponto é que o consentimento não é “específico” ou “autônomo”. O usuário precisa buscar “ads personalization” em “mais opções” e já está pré-marcado, portanto, não é uma ação autônoma e afirmativa do usuário.</p> <p>A CNIL também menciona que a Política de Privacidade, no quesito de fundamentação de base legal para direcionamento de publicidade, contém falta de clareza e não é inteligível ao usuário. A companhia afirma, primeiro, que solicita o consentimento para o tratamento para fins de anúncios personalizados, porém acrescenta que se baseia também no legítimo interesse.</p> <p>A investigação da autoridade concluiu que se a companhia indicou previamente o consentimento como base legal para estes processamentos, esse esclarecimento não é devidamente informado ao usuário.</p> |

<sup>81</sup> O presente documento tem como objetivo identificar e sistematizar os principais argumentos e racionalidades que motivaram as decisões que foram contra o compartilhamento de dados pessoais dos usuários dos serviços do Whatsapp e do Facebook. Foram levantadas decisões e casos de diferentes Autoridades de Proteção de Dados, como CNIL (autoridade francesa), ICO (autoridade britânica), AEPD (autoridade espanhola), DPC (autoridade irlandesa), BfDI (autoridade alemã) e diretrizes do EDPB (comitê europeu de proteção de dados). Além disso, foram levantadas reclamações feitas às autoridades europeias por organizações independentes, como NOYB, EPIC e CDD, e a ação civil da FTC (comissão de comércio federal dos Estados Unidos) contra o Facebook. O levantamento dos casos é essencial para aprofundar a discussão sobre os problemas envolvendo a alteração da política do WhatsApp. A atuação de organizações e autoridades em casos similares e até mesmo iguais, como no caso da Europa e a alteração da política do aplicativo em 2016, sistematiza os argumentos que podem ser apresentados no caso do Brasil, e fortalecem a tese de que as alterações devem ocorrer seguindo o ecossistema regulatório em voga, isto é, a Lei Geral de Proteção de Dados e todos os requisitos e salvaguardas por ela demandados.

<sup>82</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.

|   |  |
|---|--|
|   | <p>A autoridade também concluiu que as explicações contidas na Política de Privacidade não permitem que o usuário tenha pleno entendimento da distinção entre publicidade personalizada, com base na combinação de várias peças de dados do usuário, que se baseia na declaração de consentimento da empresa e outras formas de segmentação, usando, por exemplo, o contexto de navegação, com base no interesse legítimo.</p> <p>O DPA decidiu pela sanção da companhia no valor de 50 milhões de euros.</p>  |
| <p>ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE OPT-OUT E GRANULARIDADE</p> | <p>Direito de <i>opt-out</i>: Está preenchido por padrão, antes da interação com o usuário, e não tem tópico específico na plataforma, é necessário acessar “mais opções” e dentro dela buscar a opção de gerenciamento dos dados (<i>nudge</i>).</p> <p>Glanularidade: A estrutura da plataforma permitia que o usuário tivesse controle sobre algumas funcionalidades, porém o consentimento tinha que ser dado antes das alterações.</p> <p>A empresa foi criticada por não obter validamente o consentimento de indivíduos para processamento de publicidade personalizada. Também foi considerado que a empresa poderia não valer-se de um interesse legítimo neste mesmo tratamento.</p> |
| <p>RESUMO E CONEXÃO COM O CASO</p>  | <p>As mudanças do WhatsApp não foram devidamente informadas para os usuários, além da falta de transparência sobre quais categorias de dados serão transferidos, ou finalidades para os quais o grupo econômico do Facebook irá tratá-los. No mesmo sentido da decisão do CNIL, o consentimento dos usuários do WhatsApp para as novas finalidades de compartilhamento com o FB não preenche todos os requisitos do consentimento como base legal, por não ser específico, autônomo ou livre, pois mesmo antes da irregularidade de não existir “opt-out”, o usuário não foi devidamente informado das mudanças.</p>   |
| <p>STATUS</p>   | <p><b>CASO CONCLUÍDO</b></p>   |

## CASO 2

|                                 |   |
|---------------------------------|---|
| <p>STAKEHOLDER<sup>83</sup></p> | <p><b>CASO 2. Cartas do Article 29 Data Protection Working Party</b> - outubro de 2016 e outubro de 2017<br/> Link para acesso: <a href="https://www.scl.org/files/download/1662-20171024_Letter_WhatsApppdf.pdf">https://www.scl.org/files/download/1662-20171024_Letter_WhatsApppdf.pdf</a></p>   |
| <p>CASE</p>                     | <p><b>COMPARTILHAMENTO DE DADOS SEM BASE LEGAL APROPRIADA</b> - O WP 29 enviou duas cartas de notificação para o grupo econômico do Facebook, após a aquisição do Whatsapp, devido às alterações na política de privacidade que determinavam o compartilhamento de informações dos usuários do Whatsapp com o Facebook com finalidade de uso em publicidade, e que a ação violaria o acordo inicial na aquisição do WhatsApp.</p> |

<sup>83</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.

|  |   |
|--|---|
| <p>ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS</p>                                | <p>Em 2016, a carta do WP29 para o WhatsApp informou a companhia de sérias preocupações com a maneira que as informações sobre a alteração na política de privacidade e termos de uso foram enviadas para os usuários, e consequentemente sobre a validade do consentimento. Apontou que o compartilhamento dos dados dos usuários do WPP com o FB, com finalidades que incluem marketing e publicidade, não estavam previstos nos Termos de Uso e privacidade quando os usuários aceitaram entrar para o aplicativo e são <b>contraditórias com as declarações públicas que as duas empresas fizeram, as quais garantiam que não haveria compartilhamento de dados.</b></p> <p>Em 2017, após a implementação do <i>update</i>, o WP 29 expressa as mesmas preocupações de 2016 e complementa que o FB deve fornecer informações sobre o tipo exato de dados que serão compartilhados, a fonte dos dados, lista de recipientes dos dados e potenciais terceiros para que o WP conclua que o processamento é adequado.</p> |
| <p>ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE <i>OPT-OUT</i> E GRANULARIDADE</p> | <p>O WP29 aponta que o compartilhamento de dados <b>não observa os requisitos do consentimento, pois a empresa torna obrigatória</b> a aceitação das alterações, além de não possibilitar a manutenção da coleta de dados que não fossem necessários ao funcionamento dos serviços do próprio WhatsApp.</p>   |
| <p>RESUMO E CONEXÃO COM O CASO</p>   | <p>A coleta obrigatória inviabiliza qualquer fundamentação do uso da base legal do consentimento, vez que não preenche os requisitos de garantir que o usuário tenha poder de decisão e negociação com a plataforma sobre uso dos dados. O compartilhamento extrapola a expectativa dos usuários a respeito de dados coletados para garantir o funcionamento dos serviços de mensagem, uma vez que a finalidade inicial com que concordaram com os termos de uso e de privacidade se restringia ao modelo de negócio do WhatsApp, não do grupo econômico do Facebook como um todo.</p>  |
| <p>STATUS <b>CASO CONCLUÍDO</b></p>  |   |

### CASO 3

|                                 |   |
|---------------------------------|---|
| <p>STAKEHOLDER<sup>84</sup></p> | <p><b>CASO 3. Complaint, Request for Investigation, Injunction, and Other Relief Submitted By EPIC and CDD - Agosto 2016</b><br/> Link: <a href="https://epic.org/privacy/internet/ftc/whatsapp/FTC-facebook-whatsapp-ltr.pdf">https://epic.org/privacy/internet/ftc/whatsapp/FTC-facebook-whatsapp-ltr.pdf</a></p>                 |
| <p>CASO</p>                     | <p><b>TRANSFERÊNCIA DE DADOS PESSOAIS SEM BASE LEGAL APROPRIADA</b> - O EPIC e o CDD fizeram um pedido de investigação sobre o uso e transferência de dados pessoais do WhatsApp para o Facebook com <b>finalidade de marketing direcionado</b> e outros propósitos utilizando dados que não foram coletados com essa premissa.</p> |

<sup>84</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.

|   |  |
|---|--|
| <p>ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS</p>                         | <p>A coleta de dados feita pelo WhatsApp sempre foi realizada com a promessa de que os dados pessoais não seriam utilizados para marketing ou vendidos. Isso é provado com os excertos de reiteração do próprio WhatsApp e promessas de que os dados não seriam vendidos e ele continuaria autônomo.</p> <p>A mudança é, então, encarada como uma redução da privacidade dos usuários, já que a <b>expectativa foi quebrada</b>, pois o Facebook alegou recentemente que continuaria cumprindo as promessas do WhatsApp e o compartilhamento de dados oferece riscos para a manutenção da privacidade e segurança. O ocorrido foi considerado <b>prática deceptiva</b> pelo FTC sob a Seção 5 do ato da autoridade.</p> <p>Mesmo com o pedido de consentimento, a prática foi considerada enganosa, utilizando as definições trazidas pelo FTC, e também pedia um <b>opt-out ao invés de opt-in</b>.</p> |
| <p>ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE OPT-OUT E GRANULARIDADE</p> | <p>O WP29 aponta que o compartilhamento de dados <b>não observa os requisitos do consentimento, pois a empresa torna obrigatória</b> a aceitação das alterações, além de não possibilitar a manutenção da coleta de dados que não fossem necessários ao funcionamento dos serviços do próprio WhatsApp.</p>  |
| <p>RESUMO E CONEXÃO COM O CASO</p>  | <p>O direito de opt-out não está habilitado por padrão, mas pode ser feito acessando as configurações.</p> <p>A mudança repentina, quebrando a promessa de que não iria compartilhar dados, precisa do consentimento previamente para que uma nova finalidade possa ser dada. Essa mudança foi considerada prática deceptiva pelo FTC, pois houve uma quebra de promessa recente feita pelo Facebook.</p>  |
| <p>STATUS</p>   | <p><b>CASO CONCLUÍDO</b></p>   |

## CASO 4

|                                 |  |
|---------------------------------|--|
| <p>STAKEHOLDER<sup>85</sup></p> | <p><b>CASO 4. Agência Espanhola de Proteção de Dados</b> - (Procedimento Nº PS/00477/2019 13/01/2021)<br/>Link: <a href="https://www.aepd.es/es/documento/ps-00477-2019.pdf">https://www.aepd.es/es/documento/ps-00477-2019.pdf</a></p>  |
| <p>CASE</p>                     | <p><b>BASE LEGAL INSUFICIENTE PARA O PROCESSAMENTO DE DADOS</b> - A AEPD espanhola multou a Caixabank S.A. em 6 milhões de dólares por ilegitimidade da base legal do consentimento para o processamento de dados, falta de transparência e informações insuficientes sobre compartilhamento dos dados e sobre contato do DPO.</p> |

<sup>85</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.

|   |   |
|---|---|
| <p>ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS</p>                         | <p>Os clientes do CAIXABANK deveriam aceitar as novas políticas de privacidade, que permitiam ao CAIXABANK <b>compartilhar os dados pessoais dos clientes para todas as empresas do Grupo CAIXABANK</b>. Os clientes <b>não tiveram a opção de não consentir com o compartilhamento</b> e, caso quisessem discordar, eram obrigados a enviar uma carta de discordância para cada empresa individual do grupo.</p> <p>DPA concluiu que havia violação do dever de informação, uma vez que as informações fornecidas não eram consistentes, continham terminologia imprecisa e não forneceram informações suficientes sobre tipo de tratamento ou sobre a categoria de dados que seria processada, ou informações de contato do controlador.</p> <p>O DPA observa que o CAIXABANK havia processado os dados de seus clientes além de seus interesses legítimos, em parte sem base legal, e que o consentimento obtido dos clientes não atendia aos requisitos de um consentimento efetivo. Além disso, as deficiências nos procedimentos da empresa permitiram obter o consentimento dos clientes para processar seus dados pessoais. A DPA conclui ainda que, como resultado, os dados foram transferidos ilegalmente para as empresas do Grupo CaixaBank.</p> |
| <p>ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE OPT-OUT E GRANULARIDADE</p> | <p><b>Direito de Opt-out:</b> O acesso ao direito de <i>opt-out</i> é oferecido com obstáculos e atribuem ao usuário o dever de comunicar as empresas do grupo da revogação do consentimento para o processamento dos dados.</p> <p><b>Glanularidade:</b> A companhia não adotou ferramentas de granularidade no consentimento ou <i>privacy by design</i>.</p>   |
| <p>RESUMO E CONEXÃO COM O CASO</p>  | <p>Há invalidade na concessão do consentimento, que não observa os requisitos de especificidade e autonomia, já que a opção de não conceder o consentimento para as finalidades diversas só poderia ser acessada após consentir com o uso dos dados.</p> <p>Alteração sem o devido dever de informar e falta de informações sobre o canal de comunicação.</p>   |
| <p>STATUS <b>CASO EM ANDAMENTO</b></p>  |   |

## CASO 5

|                                 |  |
|---------------------------------|--|
| <p>STAKEHOLDER<sup>86</sup></p> | <p><b>Caso 5. Autoridade Alemã de Proteção de Dados v. Facebook Ireland Ltd.</b> - The European Court of Justice d.f. 28.07.2016, Reference Number C-191/15, 25/034/2017<br/>Link: <a href="https://datenschutz-hamburg.de/assets/pdf/Press_Release_2017-04-25_Facebook_and_WhatsApp.pdf.pdf">https://datenschutz-hamburg.de/assets/pdf/Press_Release_2017-04-25_Facebook_and_WhatsApp.pdf.pdf</a></p> |
| <p>CASO</p>                     | <p><b>PROIBIÇÃO DE COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE WHATSAPP E FACEBOOK</b> - O Tribunal Administrativo de Hamburgo confirmou a decisão da autoridade de proteção de dados alemã de proibir o Facebook de coletar o número de telefone e outros dados pessoais dos usuários do WhatsApp e armazená-los sem obter o consentimento válido dos sujeitos de dados.</p>                                      |

<sup>86</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.

|   |  |
|---|--|
| <p>ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS</p>                         | <p>O Facebook Ireland Ltd. foi proibido de coletar o número de telefone e outros dados pessoais dos usuários do WhatsApp e armazená-los sem obter o consentimento efetivo dos sujeitos de dados. Facebook e WhatsApp são empresas independentes que processam os dados de seus usuários com base em seus próprios Termos e Condições e Políticas de Privacidade, e as alterações nas políticas de privacidade e termos de uso pós-aquisição não estavam em conformidade com o GDPR.</p> <p>A DPA de Hamburgo considerou a prática ilegal por não ver qualquer base legal para o compartilhamento, e o proibiu por meio de ordem administrativa.</p> <p>Em sede de recurso, a decisão de interromper o compartilhamento foi mantida, o Tribunal alegou que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) não há consentimento válido e transparente dos usuários do WhatsApp para uma troca de dados com o Facebook.</li> <li>b) O Facebook não pode considerar a base legal do <b>legítimo interesse</b> de seu próprio negócio porque a troca de um volume impreciso de dados para aprimorar as funcionalidades do Facebook <b>não considera as expectativas dos usuários do WhatsApp</b>, mesmo que os dados sejam necessários para fins de segurança de rede ou análise de negócio e para otimização de publicidade no Facebook.</li> </ul> <p>A decisão suspendeu o compartilhamento dos dados pessoais dos usuários alemães entre o WhatsApp e o Facebook. O resultado do processo é que o interesse dos aproximadamente 65 milhões de alemães usuários do WhatsApp predomina sobre o interesse do grupo econômico Facebook.</p> |
| <p>ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE OPT-OUT E GRANULARIDADE</p> | <p><b>Direito de Opt-out:</b> o usuário não poderia discordar das alterações da política de privacidade que permitiam o compartilhamento. A autoridade também entendeu esse ponto como fundamento para ilegalidade das alterações.</p> <p><b>Granularidade:</b> a decisão demonstra a importância da granularidade no consentimento como processo que fortalece sua validade. No caso, o Facebook não ofereceu ferramentas suficientes para sustentar o uso dos dados com base no consentimento. A base legal do legítimo interesse como fundamento para o processamento de parte dos dados também não é legítima, uma vez que extrapola a legítima expectativa dos usuários novos e antigos do aplicativo.</p>  |
| <p>RESUMO E CONEXÃO COM O CASO</p>  | <p>O compartilhamento entre as diferentes companhias, apesar de serem do mesmo grupo, não têm legitimidade na base legal do consentimento, pois os usuários não foram devidamente informados sobre as alterações na política de privacidade que autorizada o compartilhamento com o Facebook, e não tiveram a possibilidade de optar pelo não compartilhamento, já que não existia <i>opt-out</i> da política de privacidade. O uso de dados pessoais de usuários do WhatsApp para aprimorar funcionalidades de negócios do Grupo Econômico do Facebook não tem base legal. Além disso, também não cabe fundamentar o compartilhamento na base legal do legítimo interesse. O Facebook não pode invocar interesses de seu próprio negócio porque a troca completa de dados não é necessária para o propósito de segurança de rede ou análise de negócios nem para otimização de publicidade, a coleta extrapola a finalidade inicialmente instituída e não fundamenta o compartilhamento.</p>  |
| <p>STATUS</p>   | <p><b>CASO CONCLUÍDO</b></p>   |



## CASO 6

|   |  |
|---|--|
| <b>STAKEHOLDER<sup>87</sup></b>   | <p><b>Caso 6. None of Your Business</b> - Complaint Under Article 77(1) GDPR - 4 autoridades europeias.</p> <p>Links: <a href="https://noyb.eu/sites/default/files/2020-05/complaint-whatsapp.pdf">https://noyb.eu/sites/default/files/2020-05/complaint-whatsapp.pdf</a> e <a href="https://noyb.eu/en/noybeu-filed-complaints-over-forced-consent-against-google-instagram-whatsapp-and-facebook">https://noyb.eu/en/noybeu-filed-complaints-over-forced-consent-against-google-instagram-whatsapp-and-facebook</a></p>  |
| <b>CASO</b>   | <p><b>VIOLAÇÃO DO CONSENTIMENTO</b> - A autora alegou que o consentimento dos usuários das grandes plataformas digitais Google e Facebook ( WhatsApp incluso) estava sendo forçado justamente pela falta de granularidade que lhes era oferecida, tudo ou nada.</p>  |
| <b>ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS</b>                         | <p>A GDPR não permite o “bundling”, pois gera um <b>consentimento forçado</b>. O acesso a serviços não poderia <b>ser mais tão binário</b>, devendo haver uma divisão entre dados obrigatórios ou não para o funcionamento da plataforma.</p> <p>O mesmo foi dito para <i>pop-ups</i> que obstruem telas para garantir o consentimento.</p> <p>A base legal infringida no caso foi o consentimento, que não estava sendo dado livremente pelo fato de haver um desequilíbrio claro de poderes entre ambas as partes do contrato, entre outras características como o serviço condicional que não oferece granularidade nas escolhas.</p> |
| <b>ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE OPT-OUT E GRANULARIDADE</b> | <p>Direito de <i>opt-out</i>: foi alegado que o consentimento não foi livremente dado pelos titulares de dados.</p> <p>Granularidade: Ao tratar a coleta de todos os dados como obrigatória, o consentimento seria violado porque não haveria como se opor a especificamente um tipo de coleta.</p>  |
| <b>RESUMO E CONEXÃO COM O CASO</b>  | <p>O principal argumento foi que a falta de granularidade na escolha de um serviço pode gerar um desequilíbrio na relação serviço-usuário e forçar um consentimento para que o usuário possa acessar o serviço.</p>  |
| <b>STATUS</b>   | <b>CASO CONCLUÍDO</b>  |

## CASO 7

|                                 |  |
|---------------------------------|--|
| <b>STAKEHOLDER<sup>88</sup></b> | <p><b>Caso 7. Information Commission’s Officer v. WhatsApp</b> - WP29 Task Force Development - Undertaking of Terms Established by ICO, 16/02/2018</p> <p>Links: <a href="https://ico.org.uk/media/2258375/whatsapp-letter-20180216.pdf">https://ico.org.uk/media/2258375/whatsapp-letter-20180216.pdf</a> e <a href="https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2018/03/blog-a-win-for-the-data-protection-of-uk-consumers/">https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2018/03/blog-a-win-for-the-data-protection-of-uk-consumers/</a></p> |
|---------------------------------|--|

<sup>87</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.

<sup>88</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.

|  |  |
|--|--|
| CASO   | <p><b>ACORDO DE INTERRUÇÃO DE COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE WHATSAPP E FACEBOOK:</b> Em 2018, ICO conclui investigações sobre compartilhamento de dados entre WhatsApp e Facebook, e indica que o processamento de dados não tem base legal legítima. Após receber os resultados da investigação, o WhatsApp se compromete publicamente a encerrar o compartilhamento entre plataformas.</p> <p>Os usuários foram notificados e tinham a opção de revogar (<i>opt-out</i>) o consentimento para o item iii, mas não para as outras finalidades. Os usuários que não concordassem com as alterações das políticas não tinham outra opção senão deixar de usar o aplicativo.</p>   |
| ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS | <p>O ICO encaminhou uma carta para o WhatsApp com os principais achados da investigação.</p> <p>Apontam que em agosto de 2016 houve uma alteração nas políticas de privacidade do WPP que indicava o compartilhamento de dados com o FB para as finalidades de: i) análise de negócios; ii) segurança do sistema; e iii) <i>target advertising</i>.</p> <p>WPP teria indicado que os trabalhos com o Facebook são na função de provedor de serviço, e que o compartilhamento de dados estava ocorrendo na lógica de controlador para controlador (controller-to-controller basis).</p> <p>ICO conclui que WPP não poderia compartilhar informações de sua plataforma com o FB para o benefício do desenvolvimento do negócio do FB.</p> <p>Os principais achados apontados no relatório:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. WPP viola (“contravene”) arts 1 e 2 do Data Protection Principles, se eles compartilham dados pessoais dos usuários com o FB para que o FB possa usar os dados para o benefício de seu próprio negócio, independente da finalidade. Isto é, pouco importa se o compartilhamento é para alimentar o item i), ii) ou iii), pois:       <ol style="list-style-type: none"> <li>A. WPP <b>não indicou bases legais</b> para processamento dos dados para compartilhamento do FB.</li> <li>B. WPP não informou usuários do processamento de maneira suficientemente clara sobre o compartilhamento antes de ele começar a ocorrer; e</li> <li>C. Usuários atuais teriam seus direitos violados pois <b>o compartilhamento é incompatível com a finalidade</b> para os quais os dados deles estão sendo obtidos.</li> </ol> </li> </ol> <p>Sobre bases legais, o ICO entende que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• O WPP não adotou processos necessários para obter um <b>consentimento válido</b> que legitime o processamento, nem para garantir que o consentimento seja informado, inequívoco e específico para cada uma das finalidades de compartilhamento com FB.</li> <li>• Consentimento requer a comunicação ativa entre as partes, linguagem clara, uma afirmação clara de entendimento, assim como capacidade de se opor ao tratamento.</li> <li>• O legítimo interesse, no entendimento da ICO, contém três requisitos: a identificação do que se encaixa como legítimo interesse no caso; demonstração de que o processamento de dados nos moldes demonstrados é necessário para alcançar o legítimo interesse apontado, balanceamento do legítimo interesse com os direitos do usuário. Um ponto fundamental é se o usuário teve ou não um claro entendimento do escopo do tratamento dos dados, a fim de poderem tomar uma decisão informada quanto a eles. O ICO concluiu que os termos e política de privacidade do WhatsApp carecem de uma explicação clara sobre o escopo e uso dos dados tratados, e por isso não poderia se apoiar na base legal do legítimo interesse.</li> </ul> |

|   |  |
|---|--|
| <p>ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE OPT-OUT E GRANULARIDADE</p> | <p>Em resumo, ICO identificou os seguintes pontos que demonstravam que o consentimento não era específico e inequívoco:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Para a finalidade de análise de negócio e sistemas de segurança do Facebook: para usuários antigos, o consentimento dado era muito amplo ao invés de ser específico para cada um dos usos que o FB faria. Os usuários não tiveram nenhuma opção específica de consentir ou não com o compartilhamento para esses propósitos.</li> <li>b) Qualquer consentimento dado nessas circunstâncias <b>não foi genuíno ou livre</b>. A única opção para o usuário que discordasse com o compartilhamento para os itens i) e ii) era deixar de usar os serviços.</li> <li>c) Qualquer suposto consentimento não foi obtido de maneira justa. O processo não informou de maneira suficientemente clara que os dados seriam compartilhados com o FB. Para antigos usuários e novos usuários, a explicação da alteração da política não mostra de maneira clara que eles estavam consentindo com o compartilhamento com o FB para finalidades que promovem melhorias na plataforma FB.</li> <li>d) O consentimento não foi obtido em uma base informada. O WPP explicou em termos gerais e não especificou qualquer finalidade. Em especial, não explicou como os dados seriam usados pelo FB para o benefício de companhias do grupo econômico do FB.</li> </ul> |
| <p>RESUMO E CONEXÃO COM O CASO</p>  | <p>Na introdução do relatório da ICO, a autoridade expressa: <i>“one of my concerns is privacy creep under the guise of normal updating activity”</i>. Assim como no Brasil, o WhatsApp não identificou uma base legal de processamento válida para qualquer compartilhamento de dados pessoais com o Facebook. O WhatsApp falhou em fornecer informações adequadas de processamento justo aos usuários em relação a qualquer compartilhamento de dados pessoais; o WhatsApp não forneceu informações adequadas aos usuários explicando o processamento e o compartilhamento de seus dados, e que compartilhá-los com o Facebook exigiria um processamento "incompatível com a finalidade para a qual esses dados foram obtidos". Assim demonstrado no caso da ICO, é dever do WhatsApp garantir uma ênfase mais forte na transparência efetiva e produzir informações acessíveis para o público.</p>  |
| <p>STATUS</p>   | <p><b>CASO CONCLUÍDO</b></p>   |

| <p style="text-align: center;"><b>CASO 8</b></p>            |  |
|---|--|
| <p>STAKEHOLDER<sup>89</sup></p>                             | <p><b>Caso 8. Índia - Petições contra as mudanças nas políticas de privacidade do WhatsApp</b> - Internet Freedom Foundation e Karmanya Singh Sareen, Chaitnaya Rohilla e outros não mencionados.<br/>Link: <a href="https://www.bloombergquint.com/law-and-policy/whatsapps-privacy-fight-in-indian-courts">https://www.bloombergquint.com/law-and-policy/whatsapps-privacy-fight-in-indian-courts</a></p>  |
| <p>CASO</p>   | <p><b>COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE FACEBOOK E INSTAGRAM E VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE:</b> Com a preocupação com as implicações sobre a escolha e autonomia dos cidadãos indianos, o governo indiano pediu para que a atualização não ocorresse.<br/>Ao mesmo tempo, <b>existe um processo que foca na diferença entre a coleta de dados de cidadãos europeus e de cidadãos indianos</b>, tendo em vista a falta de uma lei de proteção de dados nacional na Índia.</p> |
| <p>ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS</p> | <p>Os argumentos se baseiam na existência do Direito à privacidade na Constituição Indiana, na falta de granularidade das escolhas de configuração da coleta de dados e na diferença de tratamento de dados de cidadãos europeus ser diferenciado quando comparado à dos indianos, devido à GDPR.</p>  |

<sup>89</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.

|   |   |
|---|---|
| ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE <i>OPT-OUT</i> E GRANULARIDADE | <b>A quebra de confiança</b> do WhatsApp com seus usuários com a mudança na política de privacidade <b>nada granular</b> causou uma migração de serviço.<br>Outros processos encaram a mudança do WhatsApp como abusiva à privacidade porque vai contra à Constituição pela mesma falta de granularidade. |
| RESUMO E CONEXÃO COM O CASO   | Os argumentos ficaram focados na diferença de tratamento entre os dados pessoais de indianos e europeus, mesmo com o direito à privacidade também existindo na Índia e também em como não há uma granularidade na escolha dos termos e sua aceitação.   |
| STATUS  | <b>CASO CONCLUÍDO</b>   |

## CASO 9

|   |   |
|---|---|
| STAKEHOLDER <sup>90</sup>   | <b>Caso 9. Índia - Caso da Suprema Corte - 2016</b> - Suprema Corte da Índia e Whatsapp<br>Link: <a href="https://economictimes.indiatimes.com/tech/internet/whatsapp-privacy-policy-affects-users-rights-supreme-court-to-examine/articleshow/58686599.cms?from=mdr">https://economictimes.indiatimes.com/tech/internet/whatsapp-privacy-policy-affects-users-rights-supreme-court-to-examine/articleshow/58686599.cms?from=mdr</a>  |
| CASO  | <b>VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE E CONSENTIMENTO:</b> A mudança na política de privacidade do WhatsApp em 2016 gerou a preocupação da Suprema Corte Indiana sobre seus impactos legais e um processo que alega que as mudanças são uma violação do direito à privacidade por não possuir um <i>opt-out</i> e, por fim, que a permissão de armazenar dados de indianos fora do país também causaria o mesmo tipo de violação.<br><b>A falta de regulação sobre proteção de dados foi a maior brecha na defesa.</b> |
| ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS                                | Os principais pontos foram sobre <b>violações ao direito da privacidade</b> , pois o consentimento foi obtido de forma enganosa e pouco granular. Porém, a falta de regulação na área em que o Whatsapp atua não permitiu uma proteção clara dos dados pessoais.  |
| ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE <i>OPT-OUT</i> E GRANULARIDADE | <b>A quebra de confiança</b> do WhatsApp com seus usuários com a mudança na política de privacidade <b>nada granular</b> causou uma migração de serviço.<br>Outros processos encaram a mudança do WhatsApp como abusiva à privacidade porque vai contra à Constituição pela mesma falta de granularidade.   |
| RESUMO E CONEXÃO COM O CASO   | Os argumentos ficaram focados no direito à privacidade também existindo na Índia e também em como não há uma granularidade na escolha dos termos e sua aceitação, resultando assim em um consentimento enganoso.  |
| STATUS  | <b>CASO CONCLUÍDO</b>   |

<sup>90</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.

## CASO 10

|  |   |
|--|---|
| STAKEHOLDER <sup>91</sup>  | <p><b>Caso 10. Irish Data Protection Commission</b> - reporte anual de atividades de 2018 a 2020</p> <p>Link: <a href="https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2020-06/DPC%20Ireland%202018-2020%20Regulatory%20Activity%20Under.pdf">https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2020-06/DPC%20Ireland%202018-2020%20Regulatory%20Activity%20Under.pdf</a></p>   |
| CASO   | <p><b>RELATÓRIO ANUAL DE CASOS ANALISADOS PELA AUTORIDADE IRLANDESA:</b> o relatório de atividades da autoridade destaca que há uma investigação em andamento sobre o compartilhamento de dados entre o WhatsApp e o Facebook.</p>  |
| ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS                         | <p>O relatório da autoridade irlandesa indica que em 2016 houve um acordo entre o DPA e o WhatsApp que <b>interrompeu o compartilhamento de dados pessoais de usuários</b>. O compartilhamento ocorria entre o WhatsApp e o Facebook, para <b>fins de target advertising</b>. O acordo, no entanto, não interrompeu o compartilhamento de dados para fins de análise de segurança e desempenho de performance.</p> <p>O compartilhamento de dados para fins de publicidade com o Facebook segue paralisado até que o WhatsApp justifique, por meio de base legal válida, a necessidade do compartilhamento.</p> <p>O relatório indica que há uma investigação em fase de decisão examinando se o WhatsApp cumpriu suas obrigações de transparência do GDPR, com relação ao fornecimento de informações e à transparência dessas informações, tanto para usuários quanto para não usuários dos serviços do WhatsApp, incluindo informações fornecidas aos titulares sobre o processamento de informações entre o WhatsApp e outras empresas do Facebook.</p> |
| ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE OPT-OUT E GRANULARIDADE | <p>A falta de transparência em torno de quais informações são compartilhadas com o Facebook invalida o processamento, uma vez que o consentimento estaria prejudicado, não preenche os requisitos para fundamentar a base legal.</p> <p>Relevante apontar que diferente do entendimento da ICO, a DPA irlandesa interrompeu o compartilhamento para fins de publicidade por tempo indeterminado, mas não para fins de desempenho e segurança. O principal é que houve a interrupção de compartilhamento sobre uma finalidade.</p>   |
| RESUMO E CONEXÃO COM O CASO  | <p>O relatório destaca que o WhatsApp alterou o uso e compartilhamento de dados de usuários, mas continuou fundamentando as atividades na base legal do consentimento. Apesar do WhatsApp oferecer um FAQ que menciona o compartilhamento, a informação é imprecisa e não específica, demonstrando níveis inadequados de transparência com o usuário sobre o tratamento de dados, bem como o escopo do compartilhamento.</p>  |
| STATUS   | <b>CASO EM ANDAMENTO</b>  |

## CASO 11

|                           |   |
|---------------------------|---|
| STAKEHOLDER <sup>92</sup> | <p><b>Caso 11. Espanha - AEPD</b> - Multa por processar dados pessoais sem consentimento</p> <p>Link: <a href="https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/la-aepd-sanciona-whatsapp-y-facebook-por-ceder-y-tratar">https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/la-aepd-sanciona-whatsapp-y-facebook-por-ceder-y-tratar</a> e <a href="https://techcrunch.com/2017/09/11/facebook-fined-e1-2m-for-privacy-violations-in-spain/">https://techcrunch.com/2017/09/11/facebook-fined-e1-2m-for-privacy-violations-in-spain/</a></p> |
|---------------------------|---|

<sup>91</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.

<sup>92</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.

|  |  |
|--|--|
| CASO   | <b>PROCESSAMENTO DE DADOS SEM CONSENTIMENTO:</b> A mudança feita na política de privacidade não deu uma <b>real liberdade de escolha</b> aos usuários, portanto forçando o consentimento, sem contar com a falta de clareza sobre como os dados iriam ser compartilhados e seu propósito de processamento.   |
| ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS                         | Como o consentimento não foi livremente dado, ele não pode ser considerado válido. A AEPD também entendeu que a <b>mudança se impôs como obrigatória</b> para poder usar o aplicativo, infringindo a GDPR, com novos usuários não podendo decidir sobre a mudança na política de privacidade.<br><br>O novo processamento de dados era pouco claro e não permitia deduzir sua finalidade, que deve ser específica e clara. |
| ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE OPT-OUT E GRANULARIDADE | O direito de <i>opt-out</i> neste caso era importante porque demonstraria uma granularidade e também legitimaria o consentimento, que poderia ser dado livremente e não se imporá como obrigatório.  |
| RESUMO E CONEXÃO COM O CASO  | A primeira mudança na política do WhatsApp marcou uma quebra de promessa feita tanto aos usuários quanto aos reguladores. A falta de transparência e granularidade deu tom obrigatório à mudança, retirando assim a liberdade de escolha, um dos elementos primordiais do consentimento e não legitimando a coleta, que não era clara quanto à sua finalidade.   |
| STATUS   | <b>CASO EM ANDAMENTO</b>   |

## CASO 12

|  |   |
|--|---|
| STAKEHOLDER <sup>93</sup>                            | <b>Caso 12. Federal Trade Commission</b> - Carta do período da aquisição do WhatsApp pelo Facebook e caso de 2021   |
| CASO   | <b>COMPROMISSO DE NÃO ALTERAÇÃO DAS POLÍTICAS DE PRIVACIDADE E TERMOS DE USO:</b> No período da aquisição, Anne Hoge (General Counsel do WhatsApp) enviou carta sobre a proposta do FB de aquisição do WhatsApp, indicando que uma das condições da aquisição era o grupo econômico do Facebook manter a promessa de não alterar o compromisso de privacidade e proteção de dados assumido pelo WhatsApp perante os usuários.   |
| ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS | Na carta ao FTC, Anne Hoge indica que: <ul style="list-style-type: none"> <li>• O WhatsApp fez uma série de promessas sobre a natureza limitada dos dados que coleta, <b>mantém e compartilha com terceiros - promessas que excedem as proteções prometidas atualmente aos usuários do Facebook.</b></li> <li>• Caso o WhatsApp não cumpra a promessa feita antes da aquisição, ambas companhias podem estar violando a Seção 5 da FTC e, potencialmente, a ordem da FTC contra o Facebook.</li> <li>• Antes da aquisição, a política do WhatsApp garantia que não vendia ou compartilhava as informações dos usuários para outras empresas sem o consentimento do usuário, independente da finalidade.</li> <li>• A falta de cumprimento de promessas feitas sobre privacidade constitui uma prática enganosa sob a Seção 5 da Lei FTC.</li> </ul> |

<sup>93</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.

|  |   |
|--|---|
|  | <ul style="list-style-type: none"> <li>Recomendam que, caso haja mudança na maneira que ocorre a coleta e compartilhamento dos dados, o Facebook forneça aos consumidores a opção de aceitar ou não alterações.</li> </ul> <p>Na época, o Facebook fez o compromisso público de que o WhatsApp fez uma série de promessas sobre a natureza limitada dos dados que coleta, mantém e compartilha com terceiros - promessas que excedem as proteções prometidas atualmente aos usuários do Facebook.</p>   |
| ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE OPT-OUT E GRANULARIDADE | <p>O Facebook e o WhatsApp violaram a condição ao optar por usar os dados coletados pelo WhatsApp de uma forma materialmente inconsistente com as promessas que o WhatsApp fez no momento da coleta, que determina a obrigatoriedade de obter o consentimento afirmativo dos consumidores antes de fazê-lo.</p> <p>No entendimento do FTC, as alterações nas finalidades do processamento de dados pelo Facebook se encaixam como “deceptive practice” uma vez que prejudicam injustamente os consumidores, a tal ponto que é “injusto” aos olhos do FTC.</p> <p>As ações do Facebook foram problemáticas não porque compartilhava as informações dos consumidores com aplicativos de terceiros sem seu consentimento, mas porque não esclareceu de maneira suficientemente clara e objetiva esta prática aos consumidores.</p> |
| RESUMO E CONEXÃO COM O CASO  | <p>A primeira mudança na política do WhatsApp marcou uma quebra de promessa feita tanto aos usuários quanto aos reguladores. Os termos em que a aquisição ocorreu foram claros e mandatórios, integrante do acordo como condição da aquisição. A alteração na política de privacidade e termos de uso descumpriram claramente a promessa feita aos antigos usuários, e não promove um processo suficientemente satisfatório de informação aos novos usuários sobre como seus dados poderão ser compartilhados com o Facebook, para finalidades diversas. A prática é abusiva.</p>   |
| STATUS   | <b>CASO CONCLUÍDO</b>   |

## CASO 13

|  |   |
|--|---|
| STAKEHOLDER <sup>94</sup>                            | <p><b>Caso 13. Federal Trade Commission v. Facebook Inc.</b> - Civil Action Number 19-cv-2184, FCT Matter 092 3184   182 3109   C-4309, 28/04/2020</p> <p>Links: <a href="https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/c4365facebookmodifyingorder.pdf">https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/c4365facebookmodifyingorder.pdf</a><br/> <a href="https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/c4365facebookmodifyingorder.pdf">https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/c4365facebookmodifyingorder.pdf</a></p>   |
| CASO   | <p><b>FACEBOOK VIOLOU AS PREMISSAS DE PRIVACIDADE DOS CONSUMIDORES E VIOLOU ORDEM DE 2012 DA FTC:</b> FTC emitiu uma ordem contra o Facebook, Docket C-4365 em 27/07/2012 com termos da aquisição. Em 2019, o Attorney General apresentou uma <i>complaint</i> alegando que o FB violou os termos da ordem de 2012. O FTC concluiu que o FB violou a seção 5, parágrafo 45 do FTC por descumprir a ordem.</p>   |
| ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS | <p>Segundo a <i>complaint</i> do Procurador, o Facebook violou a ordem de 2012 das seguintes maneiras:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Interpretando de maneira errada o controle dos usuários sobre a privacidade de seus dados, bem como as medidas necessárias para implementação de tais controles;</li> <li>b) Realizando a modificação de informações que o Facebook compartilha com terceiros; e</li> <li>c) Não estabelecendo, implementando e mantendo um programa de privacidade razoavelmente projetado para lidar com riscos de privacidade.</li> </ol> <p>A denúncia também alegou que o FB violou a Seção 5 da FTC por deturpar como os dados de número de telefone dos usuários seriam utilizados.</p> |

<sup>94</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.

|   |  |
|---|--|
|   | <p>O FTC e o Facebook chegaram a um acordo e a companhia concordou em realizar modificações para ficarem em conformidade. Entre as mudanças, inclui a proibição de “misrepresentations”, isto é, a não deturpação de forma alguma, de maneira expressa ou por implicação qualquer informação referente a política de privacidade.</p> <p>O acordo exige que o Facebook tome várias medidas para garantir que ele faça jus às suas promessas com os usuários, incluindo notificar previamente os usuários, de modo claro e proeminente, e obter seu consentimento expresso antes de compartilhar suas informações além de suas configurações de privacidade, mantendo um programa de privacidade abrangente para proteger as informações dos consumidores e obtendo auditorias de privacidade bienais de terceiros independentes.</p>   |
| <b>ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE OPT-OUT E GRANULARIDADE</b> | Os requisitos apresentados no acordo possibilitam o consentimento informado do usuário e dão margem ao FTC impedir o compartilhamento considerado abusivo ou que desvie das finalidades firmadas em 2012.  |
| <b>RESUMO E CONEXÃO COM O CASO</b>  | <p>A prática do Facebook é abusiva aos usuários no sentido que descumpra promessa feita tanto aos usuários quanto aos reguladores. A decisão do FTC firma o entendimento que qualquer alteração na premissa do tratamento de dados dos usuários do WhatsApp ou o compartilhamento com o Facebook deve obedecer: a divulgação de informações corretas, acessíveis e objetivas sobre esse uso, medidas tomadas pela companhia para garantir proteção e segurança, entre outras recomendações.</p> <p>O caso demonstra que o descumprimento da política de privacidade e termos de uso inicialmente aplicado deve ser observado pela companhia, e sua alteração de maneira indevida a fim de realizar um tratamento diferente do que foi inicialmente indicado ao usuário é enquadrado como prática abusiva. o acordo é de interesse público, e que as disposições da ordem da FTC deixam claro que o Facebook será responsável de forma ampla por ações de condutas enganosas.</p> |
| <b>STATUS</b>   | <b>CASO CONCLUÍDO</b>  |

## CASO 14

|                                 |   |
|---------------------------------|---|
| <b>STAKEHOLDER<sup>95</sup></b> | <p><b>Caso 14. IDEC - Relatório dos Termos de Uso do WhatsApp</b><br/> Link: <a href="https://www.idec.org.br/pdf/relatorio-whatsapp-termos-de-uso.pdf">https://www.idec.org.br/pdf/relatorio-whatsapp-termos-de-uso.pdf</a></p>  |
| <b>CASO</b>                     | <p><b>ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES NOS TERMOS DE USO DO WHATSAPP NO BRASIL:</b><br/> Enquete e análise realizada pelo IDEC sugere descontentamento de brasileiros usuários do WhatsApp com o nível de proteção à privacidade garantido pela companhia.</p> <p>Além disso, aponta fatores críticos nos termos de uso do WhatsApp, demonstrando irregularidades com o Marco Civil da Internet e com o Código de Defesa do Consumidor.</p> |

<sup>95</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.



|  |  |
|--|--|
| ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS                         | <p>O relatório aponta duas colisões com o CDC e o MCI principais: a primeira relacionada a ausência do consentimento livre e a segunda relacionada a falta de clareza das informações sobre tratamento e proteção de dados.</p> <p>Há a proteção da legítima expectativa (vulnerabilidade do consumidor) (art. 4º, I, do CDC), podendo ser agravada pelo desconhecimento das condições do contrato e pela boa-fé (art.4º, III, do CDC). Essa legítima expectativa de privacidade que o consumidor possui é protegida pelo art. 20 do CDC.</p> <p>A ausência de consentimento livre foi baseada na definição de proteção dos dados pessoais como princípio do uso da Internet no Brasil (Art. 3º, III e art. 7º) e a falta de informação a respeito da coleta de dados pouco claras e confusas tornava o consentimento forçado.</p> |
| ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE OPT-OUT E GRANULARIDADE | <p>É necessário que haja uma escolha informada acerca das diferentes categorias de dados coletados e processados, com a opção granular de consentimento.</p> <p>Art. 7º do MCI exige que os termos de uso ofertados no Brasil sejam compatíveis com a legislação brasileira. Isso denota a falta de clareza das informações sobre tratamento e proteção de dados pessoais.</p>   |
| RESUMO E CONEXÃO COM O CASO  | <p>A combinação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.070/1990) com o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) criou um forte aparato jurídico que protege a vulnerabilidade dos usuários, o direito à transparência e clareza das informações, a proteção dos dados pessoais e a boa-fé nas relações de consumo.</p>  |
| STATUS   | <b>CASO CONCLUÍDO</b>  |

## CASO 15

|                           |  |
|---------------------------|--|
| STAKEHOLDER <sup>96</sup> | <p><b>Caso 15. EDPB</b> - Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects</p> <p>Link: <a href="https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf">https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf</a></p> |
| CASO                      | <p><b>PROCESSAMENTO DE DADOS PARA FINS DE PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL E BASES LEGAIS VÁLIDAS:</b></p> <p>Guidelines da EDPB que orientam sobre as bases legais válidas para o processamento de dados para fins de "behavioral advertising" e vedação do uso da base legal de execução do contrato.</p>  |

<sup>96</sup> A documentação consultada para elaboração do mapeamento está disponível no link de cada um dos respectivos casos. Caso não tenhamos tido acesso integral à decisão ou ao documento, o link refere-se ao pronunciamento público da autoridade ou entidade envolvida, e outras informações identificadas como relevantes para elaboração do mapeamento do caso.

|   |  |
|---|--|
| <p>ARGUMENTO DA ILEGALIDADE COMO UM TODO E BASES LEGAIS</p>                         | <p>O relatório aponta que a discussão sobre publicidade comportamental já tinha sido previamente discutida pelo WP29:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Necessidade contratual não é um fundamento legal adequado para a construção de um perfil de hábitos do usuário e estilo de vida com base em seu fluxo de cliques em um site ou nos itens comprados. <b>Isto é porque o controlador de dados não foi contratado para realizar o perfil, mas sim para entregar bens e serviços específicos.</b></li> </ul> <p>Além disso, a necessidade contratual não pode fornecer uma base legal para a publicidade comportamental online simplesmente porque tal publicidade financia indiretamente a prestação do serviço. <b>Embora esse processamento possa apoiar a prestação de um serviço, isso por si só não é suficiente para estabelecer que é necessário para a realização do contrato em questão.</b></p> <p>Seguindo a tendência de entendimentos de outros estudos do WP29 sobre perfilização e seus requisitos, bem como o documento de trabalho 02/2013 que fornece orientações sobre a obtenção de consentimento para cookies, o EDPB também observa que controladores devem obter o consentimento prévio dos sujeitos de dados para colocar os cookies necessários para se envolver em publicidade comportamental.</p> |
| <p>ARGUMENTO SOBRE A NECESSIDADE DE GARANTIR DIREITO DE OPT-OUT E GRANULARIDADE</p> | <p>Necessidade contratual como base legal: Entendimento do EDPB é que o tratamento de dados que tem como finalidade a identificação de grupos para direcionamento publicitário <b>não pode ser realizado com base na base legal de necessidade contratual, pois não se pode dizer objetivamente necessário para a realização do contrato com o usuário rastrear e comparar as características e comportamento dos usuários para fins relacionados à publicidade a outros indivíduos.</b></p>   |
| <p>RESUMO E CONEXÃO COM O CASO</p>  | <p>As <i>guidelines</i> pontuam que a proteção de dados pessoais é considerada um direito fundamental, segundo artigo 8º da Carta de Direitos Fundamentais, e que um dos propósitos da GDPR é resguardar os direitos dos titulares e fornecer aos titulares controle sobre as informações relativas a eles. Dados pessoais não podem ser considerados como uma mercadoria negociável.</p> <p>Como regra geral, o processamento de dados pessoais para publicidade comportamental não é necessário para a realização de um contrato para serviços online. Normalmente, seria difícil argumentar que o contrato não havia sido realizado porque não havia anúncios comportamentais. Isso é ainda mais apoiado pelo fato de que os titulares de dados têm o direito de se opor ao processamento de seus dados para fins de marketing direto, conforme Art. 1 IV e Art. 18, § 2 e da LGPD, e Art. 6º, IV do CDC. Também caracteriza-se como prática abusiva a recusa da mídia social de não fornecer o serviços a não ser que o usuário concorde com os termos imprecisos e que extrapolam a legítima expectativa do uso de seus dados pessoais, como visto no Art. 39 do CDC.</p>   |
| <p>STATUS</p>   | <p><b>CASO CONCLUÍDO</b></p>   |

Parecer sobre as alterações na Política  
de Privacidade e Termos de Uso do WhatsApp

Maria Cecília Oliveira Gomes