Carta Coex nº92/2021

São Paulo, 11 de maio de 2021.

Ao Sr. Waldemar Gonçalves Ortunho Júnior, Diretor-Presidente da ANPD

À Sra. Juliana Oliveira Domingues, Secretária Nacional do Consumidor

Ao Sr. Luiz Augusto Santos Lima, Subprocurador Geral da República Coordenador da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal

Assunto: Complementação da contribuição sobre a alteração dos termos de uso e política de privacidade do WhatsApp

Prezadas senhoras e senhores,

O Idec - **Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor**, associação de consumidores sem fins lucrativos, criada em julho de 1987, cuja missão é a defesa dos consumidores com total independência política e econômica, vem, por meio desta, à luz da expedição de comunicação conjunta, em 07 de maio, da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon/MJ) e do Ministério Público Federal (MPF), com Recomendações às empresas Facebook e WhatsApp, dar continuidade à contribuição com as respectivas autoridades acerca dos questionamentos levantados na Carta COEX 80/2021 enviada em 31 de março deste ano, solicitando a suspensão das alterações do termos de uso e política de privacidade do **WhatsApp**, bem como do compartilhamento de dados para fins de publicidade-marketing e *analytics*, pelas razões de fato e de direito trazidas nesta manifestação.

idec
Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

SUMÁRIO

SÍNTESE DESTA MANIFESTAÇÃO **4**

BREVE SÍNTESE DO CASO **7**

DA COMPETÊNCIA **12**

CONTEXTO: O MODELO DE NEGÓCIOS DO FACEBOOK E SEU PODER DE MERCADO **14**

Modelo de negócios do Facebook 14

Poder de mercado do grupo Facebook 17

VIOLAÇÃO AO DIREITO DA INFORMAÇÃO E PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DOS TERMOS DE USO E POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO WHATSAPP - ATUAIS E PREVISTOS **20**

Transparência passiva que onera o consumidor: informações relevantes "escondidas" 21

Informações genéricas e não articuladas: quais categorias de dados são coletadas? Com quem são compartilhadas? Sob qual finalidade e base legal? 22

Informações ausentes: opt out, criança e adolescente, idosos e proteção dos hipervulneráveis 27

Informações ambíguas e/ou enganosas 30

Novas categorias de dados e novos serviços 31

Gerenciamento e hospedagem da comunicação no WhatsApp Business 31

Facebook Pay e "WhatsApp" Shops 34

WhatsApp Status: o que acontece com as publicações no Status? 37

Conclusão: vulnerabilidade do consumidor, assimetria de informações e impactos em outros direitos 38

AUSÊNCIA DE BASE LEGAL PARA O COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS COM EMPRESAS DO GRUPO FACEBOOK **40**

Ausência de consentimento livre, específico e informado e violação ao direito de escolha 40

Não há consentimento informado 41

Não há consentimento inequívoco, nem expresso-específico 43

Não há consentimento livre 43

Ausência de legítimo interesse 46

Finalidades não adequadas de acordo com o contexto (art. 10, caput, LGPD) 47

Dados não são estritamente necessários para a finalidade pretendida (art. 10, §1º) 48

Usos secundários ferem a legítima expectativa do titular e a boa-fé 49

Exacerbamento dos riscos a direitos e liberdades, sem oferecimento de salvaguardas 51

Compartilhamento desnecessário para a execução do serviço 52

OS TERMOS DE USO E POLÍTICAS DE PRIVACIDADE DO WHATSAPP SÃO ABUSIVOS: EXIGEM VANTAGEM MANIFESTAMENTE ABUSIVA, COLOCAM O CONSUMIDOR EM DESVANTAGEM EXAGERADA E O OBRIGAM A DISPOR DE DIREITOS **54**

CONCLUSÃO E PEDIDOS **57**

Anexos **61**

SÍNTESE DESTA MANIFESTAÇÃO

1. *Trata-se de complemento à notícia de fato do Idec, enviada à Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (MPF-CADE), encaminhada aos demais membros do SNDC. Esta manifestação é endereçada à Senacon, à ANPD e aos membros do Parquet Federal; enquanto uma outra manifestação será encaminhada ao MPF-CADE e ao CADE, com as implicações concorrenciais deste caso.*

2. ***Fatos.*** *O objeto de ambas as manifestações é abordar a mudança da política de privacidade do WhatsApp, do grupo Facebook, anunciada em janeiro de 2021 e prevista para ser efetivada em 15 de maio.*

3. ***Repercussão****. Para além do envio da notícia de fato do Idec,* ***(i)*** *a SumOfUs encaminhou manifestação à ANPD e Senacon e juntou um parecer elaborado pela professora Maria Cecília Oliveira Gomes;* ***(ii)*** *a Defensoria Pública de São Paulo (Núcleo de Defesa do Consumidor) encaminhou ofícios à ANPD e Senacon, no mesmo sentido do Idec;* ***(iii)*** *houve uma mobilização global da sociedade civil contra a mudança;* ***(iv)*** *a Coalizão de Direitos na Rede (45 organizações) emitiu declaração contra o caso;* ***(v)*** *na mesma linha, a Al Sur (que integra dezenas de organizações da América Latina).*

4. ***Consentimento forçado.*** *Trata-se de um consentimento forçado, já que a mudança da política é "pegar ou largar", não havendo granularidade, direito de escolha e nem possibilidade de opt-out. Ou seja, possui uma natureza de "tudo ou nada": caso não concorde com a mudança, a pessoa deve se retirar da plataforma. Tal mudança é ainda pior que a de 2016, na qual o Idec já havia demonstrado preocupação e feito denúncia às autoridades, mas ao menos permitia opt-out por 30 dias.*

5. ***Alegações da primeira notícia de fato.*** *Em apertada síntese, a mudança é preocupante devido* ***(i)*** *ao poder econômico do grupo Facebook;* ***(ii)*** *à degradação da privacidade dos usuários;* ***(iii)*** *à impossibilidade de escolha;* ***(iv)*** *a falta de transparência na mudança, já que os dados coletados e as finalidades são explicados somente genericamente.*

6. ***Contexto/Linha do tempo.*** *A mudança se insere num grande contexto de* ***(i)*** *compra do WhatsApp pelo Facebook em 2014, no valor de US$22 bilhões, seguida de condenação do Facebook por fornecer informações enganosas ao falar que não integraria as bases de dados do WhatsApp e do Facebook;* ***(ii)*** *uma primeira degradação da privacidade do WhatsApp em 2016 e uma segunda em 2019;* ***(iii)***

diversas autoridades do mundo já multaram o WhatsApp pela ausência de consentimento, como a Itália, a Espanha, a Alemanha e o Reino Unido; ***(iv)*** *foi estabelecido compromisso com o ICO, autoridade de dados do Reino Unido, que levou a um regime privilegiado na União Europeia, que não se submete às atuais mudanças.*

7. ***Competência****. A ANPD é responsável por zelar pela proteção de dados pessoais no país, de acordo com as melhores práticas, coordenando sua atuação com outras entidades; a Senacon, competente para coordenar ações de proteção do consumidor e reprimir infrações às normas de defesa do consumidor; e o MPF tem suas atribuições descritas arts. 127, 129 e 170 da Constituição Federal e no art. 6°, XX da Lei Complementar n. 75/1993;*

8. ***Modelo de negócios do Facebook****. Funciona basicamente pelo tratamento massivo de dados, levando à perfilização (profiling), que é a classificação pelos hábitos de navegação, objetivando a monetização desses dados para veiculação de publicidade-marketing personalizado. Além disso, o Facebook não possui somente redes sociais e aplicativos de mensagem, mas também atua com inteligência artificial, com anúncios e outras ferramentas de negócios, por exemplo.*

9. ***Poder de mercado.*** *O WhatsApp é utilizado por mais de 120 milhões de brasileiros, 99% deles com uso diário, e o Facebook, por mais de 130 milhões de brasileiros, portanto é inegável a importância dessas plataformas. Por mais que haja concorrência, não há rivalidade efetiva de competidores nesses mercados, não se consegue contestar o poder de mercado. Além do grupo Facebook efetivamente possuir enorme poder econômico, abusa de sua posição dominante ao* ***(i)*** *degradar aspectos de privacidade (que são um importante atributo de qualidade de serviços e produto) e* ***(ii)*** *ao alavancar seu poder através do compartilhamento de dados do WhatsApp para o Facebook.*

10. ***Novas categorias de dados e novos serviços.*** *Ainda não há clareza como esses novos serviços serão realizados:* ***(i)*** *Gerenciamento e hospedagem do WhatsApp Business (no qual não há criptografia de ponta-a-ponta);* ***(ii)*** *Facebook Pay e "WhatsApp Shops";* ***(iii)*** *WhatsApp Status.*

11. ***Violação ao direito da informação e princípio da transparência dos termos de uso e política de privacidade do WhatsApp - atuais e previstos****.*

    11.1. ***Não há correlação*** *entre categorias de dados coletadas, com suas finalidades específicas, com quem são compartilhadas e com suas respectivas bases legais, prejudicando a compreensão do fluxo informacional;*

    11.2. *As informações e documentos disponibilizados são* ***genéricos e insuficientes****, não abordando questões fundamentais, como o melhor interesse das crianças*

e adolescentes, dados de idosos e opt-out. Além disso, o modo de apresentação das informações não é articulado, com foco em aspectos positivos do aplicativo em detrimento de outros pontos, podendo enganar o consumidor

*11.3. Por fim, os **novos serviços**, contidos nos termos de 2021, **não são suficientemente explicados e destacados como deveriam** (em especial por ser a principal mudança do termo).*

*12. **Ausência de base legal para o compartilhamento de dados pessoais com empresas do grupo Facebook**. Seriam três as possíveis bases legais aplicadas para o compartilhamento de dados, em especial para fins de publicidade-marketing e analytics. Entretanto, nenhuma delas tem seus requisitos presentes.*

*12.1. Não há **consentimento** livre, específico expresso e informado e há violação ao direito de escolha;*

*12.2. **Não há legítimo interesse**. Isso porque **(i)** as finalidades pretendidas não são adequadas ao contexto e os dados coletados também não são estritamente necessários para a finalidade pretendidas, portanto, não são legítimas; **(ii)** a situação foge da legítima expectativa do titular dos dados e de sua boa-fé, já que há uso secundário dos dados (para personalização de conteúdo) não compatíveis com a coleta original; **(iii)** são exacerbados os riscos a direitos e liberdades, inexistindo salvaguardas adequadas (como a anonimização e a minimização na coleta de dados). Além disso, seria necessário a manutenção dos registros das operações de tratamento de dados pessoais realizados, o que não foi comprovado;*

*12.3. O compartilhamento não é necessário para a **execução de contrato** e esta base legal não pode ser utilizada para as finalidades de marketing-publicidade e analytics, por não ser um tratamento de dados intrínseco ao objeto principal e primário da relação contratual.*

*13. **Os termos e políticas de privacidade do WhatsApp são abusivos**. Isso porque exigem vantagem manifestamente abusiva, coloca em desvantagem exagerada e obrigada o consumidor a dispor de direito em contrato de adesão**.** Trata-se de abuso de direito que tolhe a liberdade de escolha do consumidor, expondo-o a métodos comerciais coercitivos e desleais e a práticas abusivas.*

I. BREVE SÍNTESE DO CASO

1. Em janeiro de 2021, o **WhatsApp LLC** ("WhatsApp") passou a anunciar alteração nos termos de uso da plataforma. Tendo em vista a enorme repercussão negativa, a empresa adiou o prazo para aceitação dos novos termos para 15 de maio. Pedimos vênia desde já para

expor uma linha do tempo do caso, não exaustiva, desde a compra do **WhatsApp** pelo **Facebook**, que demonstra como o caso tem sido tratado em diversas jurisdições, com abusividades diversas às leis consumeristas, de proteção de dados e concorrenciais.

Fonte: elaboração própria

2. Como se verifica na imagem acima, trata-se de uma história de promessas descumpridas, multa por informações enganosas na aquisição da empresa, diversas multas de autoridades de dados, de defesa do consumidor e concorrencial, determinação de não compartilhamento de dados com o Facebook e decisões mais duras de autoridades antitruste, da Turquia[1] e da Índia[2], especialmente com relação à alteração da política de privacidade de 2021, além das próprias recomendações feitas pelas autoridades brasileiras em maio deste ano.

[1] Disponível em: https://www.gentemizerozer.com/insights/detail/52/the-whatsappocalypse-turkish-competition-board-launches-in-depth-investigation-against-facebook-and-whatsapp

[2] Decisão da CCI, Índia, disponível em: https://www.cci.gov.in/sites/default/files/SM01of2021_0.pdf . As empresas recorreram da decisão da CCI para a *Delhi High Court of Justice*, que, em 22/04/2021, proferiu decisão entendendo que não havia excesso de jurisdição no caso, sob o fundamento de que há de fato uma questão concorrencial sendo julgada pela CCI. INDIA. Delhi High Court. W.P.(C)-4378/2021. Disponível em: http://164.100.69.66/jupload/dhc/NAC/judgement/24-04-2021/NAC22042021CW43782021_153656.pdf

3. No dia 11 de março de 2021, o Comissário de Hamburgo para Proteção de Dados e Liberdade de Informação (*HmbBfDI*) emitiu uma liminar[3], com efeito por três meses, proibindo o Facebook de tratar dados pessoais do WhatsApp. De acordo com a decisão, não existe base legal válida para o tratamento de dados executados pelas companhias, independentemente do consentimento concedido, uma vez que sua maneira de obtenção não é transparente nem voluntária. A decisão ainda faz menção ao tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes, pois os procedimentos de obtenção de consentimento para essa categoria de titulares deve ser realizado de maneira ainda mais diligente.

4. A declaração da autoridade também discorre sobre o desrespeito aos princípios de proteção de dados nas atividades de tratamento descritas. Entendeu-se que o Facebook não pode se utilizar da base legal do legítimo interesse, pois o compartilhamento é conflitante com os direitos e liberdades fundamentais dos titulares. Outra base legal descartada é a da execução do contrato, pois, de acordo com o Comissário, o compartilhamento dos dados dos usuários do WhatsApp também não é necessário para a execução do contrato.

5. No entanto, a companhia compreende[4] que a ordem é baseada em um "mal-entendido" sobre o propósito e efeito da atualização do WhatsApp e, portanto, que a decisão não tem base legítima, de modo que a liminar não afetará a implementação da atualização.

6. No Brasil, como permaneceram problemas nos termos de uso de adequação à **Lei Geral de Proteção de Dados** (LGPD) e à legislação consumerista que precisavam ser enfrentados, bem como diversas dúvidas a respeito da governança de dados da empresa, este Instituto contribuiu com as autoridades competentes para a resolução do caso, em respeito ao direito fundamental de proteção dos dados pessoais dos consumidores, conforme os tópicos a seguir expostos.

7. O Idec encaminhou a Carta Coex n. 80/2021, de 31 de março de 2021 (Anexo 1), ao Diretor-Presidente da **Autoridade Nacional de Proteção de Dados** (ANPD), à **Secretaria Nacional do Consumidor** (Senacon/MJ) e ao **Procurador-Titular do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica** (MPF/CADE), dando ciência da referida carta a todos os membros do SNDC. Naquela missiva, este Instituto analisou (i) as alterações na política de privacidade, consentimento forçado e utilização dos

[3] HAMBURGO. Hamburg Data Protection Authority (HmbBfDI). Anordnung des HmbBfDI: Verbot der Weiterverarbeitung von WhatsApp-Nutzerdaten durch Facebook. Disponível em: https://datenschutz-hamburg.de//pressemitteilungen/2021/05/2021-05-11-facebook-anordnung
[4] CNBC. Facebook has been told to stop processing German WhatsApp data. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2021/05/11/facebook-has-been-told-to-stop-processing-german-whatsapp-data-.html>

dados dos consumidores; (ii) a atuação de outras autoridades e discriminação do cidadão brasileiro em face de tratamento privilegiado ao cidadão europeu; (iii) a violação ao direito à informação do consumidor e princípio da transparência da LGPD; (iv) a violação pela ausência de tratamento especial à criança e adolescente; (v) o abuso de poder dominante e aspectos concorrenciais; e apresentou (vi) consluões e questionamentos.

8. O Idec frisou ainda que, em setembro de 2016, quando houve essa drástica mudança da política de privacidade do *WhatsApp* para permitir o compartilhamento de dados do usuário, publicou o relatório "Consentimento Forçado?"[5] que examina o caso em profundidade, além de ter encaminhado denúncia à Senacon e ao DPDC[6], sobre as violações ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) e ao Marco Civil da Internet (MCI)[7].

9. Por fim, de forma específica, o Idec trouxe **quarenta questionamentos**, necessários para escorreita resolução deste caso, que versam sobre (i) discriminação de consumidores; (ii) compartilhamento de dados, finalidades e bases legais; (iii) Facebook Pay, Facebook Shops e Status; (iv) serviço de gerenciamento de comunicação no WhatsApp Business; (v) crianças e adolescentes; (vi) idosos; (vii) segurança de dados e; (viii) poder de mercado.

10. Este Instituto solicitou à ANPD e à Senacon atuação em cooperação, nos termos do Acordo de Cooperação Técnica firmado[8], para solicitar esclarecimentos ao WhatsApp e Facebook, dando, assim, início a uma investigação conjunta acerca da adequação dos termos de uso e política de privacidade da empresa, além do deferimento da participação enquanto terceiro interessado desta associação de defesa dos consumidores nos procedimentos abertos.

---

[5] **Idec.** Consentimento forçado? Disponível em: https://www.idec.org.br/pdf/relatorio-whatsapp-termos-de-uso.pdf

[6] **Idec**. Carta Idec 210/2016. Disponível em: https://idec.org.br/ckfinder/userfiles/files/Carta%20Senacon_WhatsApp_28092016.pdf

[7] As alegações deste Instituto em 2016 foram de que houve: **(i)** violação do direito à informação (CDC, art. 6º, III) e de transparência no processamento de dados pessoais (MCI, art. 7º, VIII) por não explicar adequadamente quais dados são coletados e compartilhados; **(ii)** ausência de consentimento livre para compartilhamento de dados pessoais para terceiros, sem proporcionar a livre escolha (opt-in/opt-out), em violação ao artigo 7º, VII do MCI. O Instituto solicitou: **(i)** a instauração de procedimento administrativo para averiguar violação de direitos; **(ii)** a suspensão do compartilhamento de dados cautelarmente; e **(iii)** a cooperação entre órgãos para realizar a averiguação

[8] Dentre as ações conjuntas previstas no Acordo de Cooperação Técnica Nº 1/2021/GAB-SENACON/SENACON estão apoio institucional e intercâmbio de informações, uniformização de entendimento e coordenação de ações, elaboração conjunta de análises e notas técnicas e cooperação em ações de fiscalização acerca da proteção de dados pessoais no âmbito das relações de consumo(Cláusula primeira, a, c, e, g) . O Acordo também estabelece o dever da ANPD de esclarecer seu posicionamento na interpretação e aplicação de normas que impactem o consumidor, com dever correlato para a Senacon (cláusula segunda, item b1 e d2)

11. Ao MPF/CADE solicitou a elaboração e o envio de representação para a instauração de inquérito administrativo para apuração das possíveis infrações à ordem econômica decorrente das condutas do Facebook e WhatsApp, bem como a aceitação daquele documento como "documento pertinente" para corroborar os fatos relevantes e esclarecer os objetos apresentados na representação.

12. Por fim, solicitamos às autoridades que determinem a suspensão das alterações dos termos de uso e política de privacidade previstas, bem como o compartilhamento de dados com o grupo Facebook para fins de publicidade-marketing e analytics.

13. Por meio do Ofício n. 5/2021/GABPR/ANPAD/PR, de 12 de abril deste ano, o Presidente da ANPD encaminhou a este Instituto a Nota Técnica nº 14/2021/CGF/ANPD, informando que já havia sido instaurado o processo administrativo n. 00261.000012/2021-04, mantido em sigilo, com o objetivo de apurar os fatos, entre outras informações. Em 23 de abril, o Idec reiterou o pedido de habilitação como terceiro interessado no referido procedimento. **A Senacon ainda não respondeu formalmente a este Instituto.**

14. Ainda, em 07 abril deste ano, a organização ***Sum of Us*** encaminhou à ANPD e Senacon solicitação de atuação para garantia dos Direitos da População[9], juntando o Parecer sobre as alterações na política de privacidade e termos de uso do WhatsApp, elaborado pela Professora especialista em Privacidade e Proteção de Dados, Maria Cecília Oliveira Gomes, de 25 de março de 2021 (Anexo 2).

15. Em 20 de abril, foram encaminhados ofícios pela **Defensoria Pública de São Paulo (Núcleo de Defesa do Consumidor - NUDECON)** à ANPD e à Senacon requerendo a suspensão imediata da alteração da política de privacidade até que ocorresse a necessária e preliminar análise completa sobre o assunto por todas as autoridades competentes, mormente diante dos indícios de que os princípios balizadores da LGPD, em especial, não estariam sendo respeitados, requerendo ainda a determinação da continuidade do acesso ao serviço[10].

16. Em 30 de abril foi lançado um **movimento global**, contando com dezenas de organizações ao redor do mundo, para exigir uma ação quanto ao abuso corporativo referente

[9] Manifestação disponível em: http://www.sumofus.org/images/ManifestacaoSumOfUsSobreIlegalidadePoliticaWhatsApp.pdf.
[10] Defensoria Pública de SP pede liminar contra mudança de termos do WhatsApp. Disponível em: https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/04/27/defensoria-publica-de-sp-pede-que-governo-suspenda-atualizacao-do-whatsapp.htm

à nova política de privacidade do WhatsApp, destacando os problemas para a competição, para os consumidores e para a privacidade[11].

17. Já em 03 de maio, a **Coalizão Direitos na Rede,** coletivo de 45 organizações acadêmicas e da sociedade civil que atuam em defesa dos direitos digitais, emitiu declaração sobre o caso, pedindo a suspensão da alteração da política de privacidade e da integração de dados entre WhatsApp e outras empresas do Grupo Facebook, assim como a continuidade da oferta do serviço aos usuários[12]. Na mesma data, a **Al Sur**, junto com dezenas de outras organizações da América Latina, emitiu nota pela suspensão mundial da alteração nos termos de uso e política de privacidade, entre outros pedidos.[13]

18. No dia 07 de maio, **o MPF, a Senacon, o CADE e a ANPD expediram uma recomendação conjunta,** em linha com a manifestação enviada pelo Idec, para que o WhatsApp: (i) adie a vigência de sua Política de Privacidade enquanto não adotadas as recomendações sugeridas e após as análises dos órgãos reguladores; (ii) se abstenha de restringir o acesso dos usuários às funcionalidades do aplicativo, caso estes não adiram à nova política de privacidade, antes da análise pelos órgãos competentes; e (iii) adote as providências orientadas, nos termos da LGPD, no Relatório nº 9/2021/CGF/ANPD e Nota Técnica nº 02/2021/CGTP/ANPD.

19. Ao Facebook, solicitaram que se abstenham de "realizar qualquer tipo de tratamento ou compartilhar dados recebidos a partir do recolhimento realizado pelo WhatsApp Inc. com base nas alterações da Política de Privacidade do aplicativo previstas para entrar em vigor no dia 15 de maio de 2021, enquanto não houver o posicionamento dos órgãos reguladores".

20. Este Instituto agradece e reconhece o enorme esforço das autoridades em uma verdadeira cooperação interinstitucional inédita, em um caso tão complexo e diverso. Ainda assim, o Idec vem apresentar suas contribuições no intuito de preservar os direitos dos consumidores, entendendo que as recomendações podem e devem ir além das providências solicitadas.

---

[11] https://savewhatsapp.org/pt/

[12] Coalizão Direitos na Rede. **Declaração da Coalizão Direitos na Rede sobre a atualização na política de privacidade do WhatsApp**. Disponível em: https://direitosnarede.org.br/2021/05/03/a-nova-politica-de-privacidade-do-whatsapp-e-o-direito-a-protecao-de-dados-dos-brasileiros/

[13] Al Sur. **Manifestación de Al Sur y organizaciones de la sociedad civil latinoamericana sobre la nueva política de datos de WhatsApp**. Disponível em: https://www.alsur.lat/blog/manifestacion-al-sur-organizaciones-sociedad-civil-latinoamericana-sobre-nueva-politica-datos

21. Assim, tendo em vista a aproximação do prazo para mudança (15 de maio deste ano), o envio notificações persistente para o aceite das alterações e o risco de maiores danos aos consumidores, o Idec vem, respeitosamente, com a finalidade de aprofundamento dos debates e auxílio às autoridades para encaminhar a presente contribuição.

II. DA COMPETÊNCIA

22. A ANPD é o órgão competente por zelar pela proteção de dados pessoais no país (art. 55-J, inciso I, LGPD). É sua atribuição promover e elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade (inc. VII), estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais, os quais deverão levar em consideração as especificidades das atividades e o porte dos responsáveis (inc. VIII), promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional (inc. IX) e dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais, respeitados os segredos comercial e industrial (inc. X).

23. De acordo com a LGPD, cabe à ANPD e aos órgãos e entidades públicas responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica e governamental a coordenação de suas atividades, nas correspondentes esferas de atuação, com o objetivo de assegurar o cumprimento de suas atribuições (art. 55-J, § 3º). Além disso, cabe à ANPD manter fórum permanente de comunicação com os órgãos e entidades da administração pública responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica e governamental (art. 55-J, § 4º).

24. Já a Senacon possui competência para "promover a política nacional de defesa do consumidor", "coordenar ações para a proteção e defesa do consumidor" e "prevenir, apurar e reprimir infrações às normas de defesa do consumidor" (art. 106, CDC e art. 17, Decreto n. 9.662/2019).

25. Portanto, as autoridades têm a competência para resolução da questão, no âmbito administrativo, seja pelo viés da proteção do titular de dados, seja pelo viés da proteção do consumidor. Destacamos que sendo a proteção de dados pessoais e a defesa do consumidor deveres constitucionais fundamentais do Estado, essas competências se refletem não apenas

como um poder, mas também como um dever das autoridades agirem em momentos como este. Esta é a expectativa deste Instituto, da sociedade e dos consumidores.

26. Já no caso do MPF, 3ª CCR, tem-se que o Ministério Público é instituição que detém função jurisdicional essencial do Estado, sendo responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, com prerrogativas especiais garantidas pela Constituição Federal, tal como a abertura do Inquérito Civil para apurar atos ou fatos ilícitos, além de irregularidades que necessitem da adoção de providências. Por outro lado, é preciso se recordar que a tutela coletiva brasileira foi inspirada através da atuação do Ministério Público, de tal sorte que ele, como legitimado precípuo do microssistema processual coletivo, possa tomar as medidas necessárias à garantir-se os direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

27. Não é por outro motivo que a Lei da Ação Civil Pública, em especial os artigos 6º e 8º, §1º da Lei 7.347/1985, previu a possibilidade de abertura de Representação por qualquer interessado e reforçou a competência do MP para a abertura de Inquérito Civil.

28. Portanto, considerando os impactos das ilegalidades aqui discutidas para os consumidores, é fundamental a adoção de medidas pelo Ministério Público Federal com relação ao tema, em especial por esta 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Ordem Econômica e Consumidor), medidas as quais a presente representação visa subsidiar, conforme passa-se a expor.

III. CONTEXTO: O MODELO DE NEGÓCIOS DO FACEBOOK E SEU PODER DE MERCADO

A. Modelo de negócios do Facebook

29. Ao analisar os termos de uso e política de privacidade do WhatsApp, deve-se ter em mente o modelo de negócios ao qual está atrelado. Isto é, deve-se considerar quais empresas, produtos e funcionalidades estão envolvidos quando se realiza o compartilhamento de dados gerados num aplicativo (até o momento) de mensageria. Essa compreensão do contexto ao qual se direciona o fluxo informacional tem impactos sobre análises de transparência, de consentimento informado e livre, das expectativas e da validade das manifestações de vontade dos consumidores e dos limites da execução do contrato.

30. É necessário frisar que antes de 2014, o WhatsApp cobrava uma taxa anual pelo uso de seus serviços. Com a aquisição pelo Facebook, o modelo de negócios do aplicativo de mensageria é alterado para se integrar ao modelo de negócios do Facebook: baseado na monetização de dados pessoais e venda de anúncios.

31. Considerando que seus serviços têm, em geral, preço zero para o consumidor, a receita da *Big Tech* vem primordialmente de publicidade[14]. Conforme destacado por Lucas Griebeler da Motta[15], como os dados pessoais são a principal matéria prima para as operações do Facebook, a própria empresa reconhece que desenvolvimentos legislativos e regulatórios que aumentem a privacidade e garantam mais direitos ao usuário podem impactar negativamente as receitas da empresa. Esse fato é inclusive relatado à *Securities and Exchange Commission* (SEC), dos EUA[16].

---

[14] Assim como declarado à SEC dos Estados Unidos da América:"***We generate substantially all of our revenue from selling advertising placements to marketers. Our ads enable marketers to reach people based on a variety of factors including age, gender, location, interests, and behaviors***. *Marketers purchase ads that can appear in multiple places including on Facebook, Instagram, Messenger, and third-party applications and websites.*" Disponível em: https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000132680121000014/fb-20201231.htm

[15] Motta, Lucas Griebeler da. **Análise multijurisdicional de aquisições centradas em dados:** diagnóstico atual e propostas de política pública para o Brasil. São Paulo: Data Privacy Brasil Research, 2021 (no prelo).

[16] *"Proposed or new legislation and regulations could also significantly affect our business. For example, the European General Data Protection Regulation (GDPR) took effect in May 2018 and applies to all of our products and services used by people in Europe. The GDPR includes operational requirements for companies that receive or process personal data of residents of the European Union that are different from those previously in place in the European Union.* ***As a result, we implemented measures to change our service for minors under the age of 16 for certain countries in Europe that maintain the minimum age of 16 under the GDPR***. ***We also obtain consent and/or offer new controls to existing and new users in Europe before processing data for certain aspects of our service***. *In addition, the GDPR requires submission of personal data breach notifications to our designated European privacy regulator, the IDPC, and includes significant penalties for non-compliance with the notification obligation as well as other requirements of the regulation.* ***Similarly, the Brazilian General Data Protection Law recently took effect and imposes data privacy-related requirements on products and services offered to users in Brazil.*** *The California Consumer Privacy Act (CCPA), which took effect in January 2020, also establishes certain transparency rules and creates new data privacy rights for users, including more ability to control how their data is shared with third parties.* ***These laws and regulations are evolving and subject to interpretation, and resulting limitations on our advertising services, or reductions of advertising by marketers, have to some extent adversely affected, and will continue to adversely affect, our advertising business. For example, regulators have recently issued new guidance concerning the ePrivacy Directive's requirements regarding the use of cookies and similar technologies. In addition, effective December 2020, the ePrivacy Directive includes additional limitations on the use of data across messaging products and includes significant penalties for non-compliance. Changes to our products or business practices as a result of these developments may adversely affect our advertising business.*** *Similarly, there are a number of legislative proposals in the European Union, the United States, at both the federal and state level, as well as other jurisdictions that could impose new obligations or limitations in areas affecting our business. In addition, some countries are considering or have passed legislation implementing data protection requirements or requiring local storage and processing of data or similar requirements that could increase the cost and complexity of delivering our services.*" Disponível em: https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000132680121000014/fb-20201231.htm

32. Nesse sentido, **a riqueza e funcionamento básico do Facebook está na coleta do máximo de dados possíveis de seus usuários** - que vão desde dados cadastrais, ao rastreamento de todo e qualquer movimento dado dentro e fora dos aplicativos do grupo comercial. Todos estes dados alimentam análises de comportamento de seus usuários, através de sistemas de inteligência artificial complexos, e resultam em análises preditivas do comportamento de seus (grupos de) usuários. Com base nestas análises movidas a dados, o Facebook, em sistema de leilão automatizado, **veicula publicidade-marketing direcionados e personalizados.** Conforme explicado no parecer de Maria Cecília Oliveira Gomes, informações obtidas através de outras plataformas do Grupo Facebook permitem o *profiling* - "*prática de classificar pessoas e prever seu comportamento de acordo com hábitos de navegação e uso do aplicativo*" -, o que, ainda segundo Gomes, "*não corresponde apenas ao contexto do serviço de mensageria*" (Doc. Anexo, p.24)

33. Embora atualmente esta seja a principal fonte de receita da *Big Tech*, sua atuação é ainda mais complexa, diversificada e expansiva. Por um lado, há a pressão para monopolizar as comunicações e interações digitais dos consumidores - resultando em uma tendência agressiva de aquisições -, de modo a garantir o fluxo de dados para seus algoritmos; por outro lado, há também uma diversificação e expansão de serviços baseados em dados, que resultam em uma diversidade grande de ferramentas, como se verá a seguir.

34. O Facebook Inc. é composto por uma série de empresas[17]: Facebook Payments Inc, Facebook Payments International Limited, Onavo, Facebook Technologies, LLC e Facebook Technologies Ireland Limited, WhatsApp Inc. e WhatsApp Ireland Limited e CrowdTangle.

35. Dentro do Facebook há uma imensa quantidade de produtos e serviços movidos a dados. A título exemplificativo, estas são algumas das ferramentas disponibilizadas a desenvolvedores pelo Facebook, nas categorias de produtos: **Inteligência artificial** (Ferramentas de IA; Pesquisa de IA; e Wit.AI); **AR/VR** (SparkAR Studio; Facebook 360; Oculus; Quill; React 360); **Ferramenta de negócios** (Anúncios de aplicativo; Eventos de Aplicativo; App Links; Comércio, Facebook Analytics, API de Conversões; Extensão e SDK Facebook para Empresas; Instagram; API de experiências instantâneas, Empregos no Facebook. API de Marketing, Messenger; Place Grafh, entre outros); **Jogos** (Jogos Instantâneos, Vídeo de Jogos, Jogos na Nuvem; Serviços de Jogos; Anúncios interativos na nuvem); **Código aberto** (Portabilidade de dados; Detectron2; GrapQL; Hydra; Jest; React e React Native); **Publicação** (Audience Network, Instant Articles, Facebook Live

[17] https://www.facebook.com/help/111814505650678?ref=dp

API, Instagram); **Integração social** (Plugin de grupo; Plugins Sociais; Compartilhamento no Stories; Compartilhamento no Facebook, Frame Studio); e **Presença social** (Portal e Portal+)[18].

36. O Facebook Inc. possui diversas empresas diferentes, com uma infinidade de produtos e ferramentas voltadas para empresas, que vão desde inteligência artificial, com codificação de mensagens enviadas, análise de comportamento para leilão de anúncios, até auxílio de desenvolvimento de AR/VR, com ferramentas para ilustração, a ferramentas de negócios, como mecanismos para viabilizar comércio eletrônico ou ferramentas de rastreamento de usuários para cálculo de conversão dos usuários (finalização da compra), entrevista de empregos, jogos, Publicação, Ferramentas e serviços interativos para criadores de conteúdo, publishers e mídia, Integrações sociais. Novamente, a própria empresa declara à SEC quais são os seus produtos e serviços:

Facebook	*Facebook enables people to connect, share, discover, and communicate with each other on mobile devices and personal computers. There are a number of different ways to engage with people on Facebook and build community, including Facebook News Feed, Stories, Groups, Shops, Marketplace, News, and Watch.*
Instagram	*Instagram brings people closer to the people and things they love. It is a place where people can express themselves through photos, videos, and private messaging, and connect with and shop from their favorite businesses and creators. They can do this through Instagram Feed, Stories, Reels, IGTV, Live, Shops, and messaging.*
Messenger	*Messenger is a simple yet powerful messaging application for people to connect with friends, family, groups, and businesses across platforms and devices through chat, video, and Rooms.*
WhatsApp	*WhatsApp is a simple, reliable, and secure messaging application that is used by people and businesses around the world to* ***communicate and transact*** *in a private way.*
Facebook Reality Labs	*Facebook Reality Labs' augmented and virtual reality products help people feel connected, anytime, anywhere. Oculus Quest lets people defy distance with cutting-edge virtual reality (VR) hardware, software, and content, while Portal helps friends and families stay connected and share the moments that matter in meaningful ways.*

Fonte: SEC[19].

37. Trata-se de um emaranhado de empresas e ferramentas com seu funcionamento baseado em dados, que desempenham funções tanto complementares como não relacionadas. É um fluxo de informação tão complexo e de difícil compreensão até mesmo para especialistas. Essa complexidade é ainda mais incompreensível para o consumidor, vulnerável na relação de consumo, que simplesmente, ao ler a política de privacidade de dados do

[18] Ver versão completa, com todas as ferramentas na página https://developers.facebook.com/products/ .
[19] https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000132680121000014/fb-20201231.htm

WhatsApp ou seus avisos, não tem ideia que seus dados ali gerados/cedidos podem ser utilizados para veiculação de publicidade personalizada até mesmo fora do Facebook, Instagram ou então para leitura de comportamentos humanos através de inteligência artificial.

38. Portanto, os dados coletados, sob a expectativa do usuário de execução do serviço de mensageria, são compartilhados com diversas empresas do Grupo e com finalidades também diversas.

B. Poder de mercado do grupo Facebook

39. Todas essas condutas fazem parte de um contexto maior: o poder econômico do grupo Facebook. É por este motivo que o Idec, além de requerer respostas a este caso quanto às questões consumeristas e de proteção de dados, também requer uma análise concorrencial. Conforme apontado na primeira notícia de fato, o Idec também incitou o Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (MPF-CADE) a exercer seu papel de garantir a efetividade de direitos difusos e, em especial, aplicar a Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011) para endereçar os problemas concorrenciais do caso. O Idec também encaminhará nova manifestação a esta autoridade, juntamente com o CADE.

40. O caso se insere no escopo de uma empresa que, conforme já demonstrado, tem atuação muito relevante no mercado. Em termos concorrenciais, considerando que **o WhatsApp é utilizado por mais de 120 milhões de brasileiros, 99% deles com uso diário, e o Facebook é utilizado por mais de 130 milhões de brasileiros, é inegável a importância dessas plataformas.** Essa dominância, além de tudo, tem se perpetuado no tempo[20], sendo difícil, do ponto de vista da tendência do usuário, vislumbrar atuação em outra plataforma. Por exemplo, por mais que recentemente tenha-se visto um aumento no *download* de aplicativos de mensagem como Telegram (que teve 18% de alta de downloads em janeiro de 2021, em comparação com janeiro de 2020[21]), isso não impactou significativamente na utilização do WhatsApp[22].

---

[20] Conforme é possível de se extrair também desta pesquisa https://www.mobiletime.com.br/pesquisas/mensageria-no-brasil-agosto-de-2020/

[21] https://www.techtudo.com.br/noticias/2021/03/telegram-cresce-e-esta-em-45percent-dos-celulares-de-brasileiros-diz-pesquisa.ghtml

[22] https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/whatsapp-cresceu-mesmo-apos-polemica-sobre-regras-de-privacidade,57e0781f234b55940c1036cb29799d2ahy5o7l3g.html

41. Tal dominância no nosso país é ainda mais intensificada pela prática de *zero rating* (quando o uso de certas plataformas não implica em diminuição da franquia de internet móvel ou quando seu uso é possibilitado também posteriormente após o final da franquia), presente nas quatro principais operadoras brasileiras (Vivo, Claro, Tim e Oi), que privilegia grandes plataformas, como justamente o grupo Facebook, tornando mais difícil ainda para outras plataformas competirem.

42. **Desta maneira, por mais que haja concorrência, não há rivalidade efetiva**: o grupo Facebook criou barreiras à expansão e tem agido para entrincheirar ainda mais sua posição. Concretamente, uma dessas medidas de (ainda maior) consolidação de seu poder de mercado é justamente essa alteração de política de privacidade. Isso porque dois de seus impactos são: (i) a degradação de aspectos de privacidade dos consumidores e (ii) a alavancagem de seu poder através do compartilhamento de dados do WhatsApp para o Facebook.

43. Há **degradação de aspectos de privacidade (enquanto atributo de qualidade de serviços e produtos) dos consumidores** ao (i) não se ter transparência nas informações apresentadas, que, inclusive, podem induzir o usuário a erro; (ii) haver um consentimento forçado, com uma abordagem "pegar ou largar", impondo condições abusivas; (iii) não haver granularidade na escolha e nem permitir *opt-out*, sendo uma mudança mandatória e, (iv) apesar da preocupação dos consumidores com sua privacidade, pelos efeitos de rede e pelo efeito *lock in*, os usuários não se veem fora da plataforma; (vi) o que é intensificado pela falta de protocolo de interoperabilidade; e (vii) não é legitimamente esperado, por parte do usuário, que seus dados tenham que ser também compartilhados para outras plataformas com finalidades alheias à prestação do serviço do WhatsApp em si.

44. Ressalta-se que privacidade é um parâmetro competitivo que, apesar de não ser relacionado a preço, é um aspecto da qualidade do serviço que é cada vez mais prezado pelos consumidores. A exploração abusiva de dados por si só já pode ser um problema concorrencial e, concretamente, com tal mudança, isso é exacerbado pela significativa degradação da qualidade do serviço oferecido aos consumidores, impactando desproporcionalmente em seu bem-estar, elemento este que é uma das finalidades a serem protegidas pelo antitruste.

45. Sobre o segundo tópico, **o compartilhamento de dados do WhatsApp para o Facebook, há abuso de sua posição dominante também ao alavancar sua posição a**

partir de mercado correlato. Isso porque, em mercados digitais, dados são ativos relevantes para a performance e competitividade das empresas, mas podem levar a situações de fechamento de mercado e, em caso de empresas que também atuam em mercados adjacentes, o cruzamento de dados (a partir do compartilhamento de dados do WhatsApp para o Facebook, por exemplo), cria uma vantagem irreplicável por concorrentes. Rememora-se que a atuação do Grupo Facebook não é só limitada a redes sociais, mas também a serviços de pagamento e especialmente a anúncios, além de outros diversos mercados.

46. Por fim, recorda-se que tal conduta é ainda mais significativa, dado que, no momento de compra do WhatsApp, o Facebook afirmou que não teria a capacidade de integrar os dados de ambas as empresas - e, por essa informação enganosa, foi multado pela Comissão Europeia[23]. Ainda, afirmou que não utilizaria os dados do WhatsApp para fins de publicidade[24], mas com essa intensificação na integração das plataformas, essa não parece ser a realidade.

IV. VIOLAÇÃO AO DIREITO DA INFORMAÇÃO E PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA DOS TERMOS DE USO E POLÍTICA DE PRIVACIDADE DO WHATSAPP - ATUAIS E PREVISTOS

47. Os termos de uso e política de privacidade do WhatsApp (de 2016 e os previstos para entrar em vigor em 15 de maio de 2021) violam o direito à informação do consumidor (art. 4º, inc. IV; art. 6º, inc. III e par. único, CDC) e o princípio da transparência da LGPD (art. 6º, VI e 9º), que garantem, ao consumidor titular de dados, informações claras, adequadas, precisas e acessíveis sobre a realização do tratamento de dados e os agentes de tratamento, incluindo informações sobre características, qualidade e riscos oferecidos pelo tratamento.

48. Os termos e políticas do WhatsApp não são suficientes para informar de maneira qualificada e efetiva como ocorre o tratamento de dados dentro do complexo modelo de negócios do grupo empresarial. Os documentos são frequentemente genéricos, não taxativos, deixando questões importantes em aberto.

49. Como será detalhado a seguir, o Idec entende que:

---

[23] https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/uniao-europeia-multa-facebook-em-110-milhoes-de-euros-por-acordo-com-whatsapp.ghtml

[24] https://www.huffpost.com/entry/zuckerberg-facebook-whatsapp_n_4848205

i. **não há correlação entre categorias de dados coletadas**, com suas finalidades específicas e com quem são compartilhadas, o que prejudica sobremaneira a compreensão pelo consumidor do complexo fluxo informacional;

ii. os **documentos disponibilizados pela empresa não abordam questões fundamentais** como, a situação de quem optou por restringir o compartilhamento dos dados em 2016, ou ainda tratamentos especiais às crianças e adolescentes no seu melhor interesse, dentre outros pontos;

iii. **as informações prestadas externas ao termos de uso e da política de privacidade** - que teriam a finalidade de destacar e explicar certas informações - **podem enganar o consumidor**;

iv. os **novos serviços**, contidos nos termos de 2021, **não são suficientemente explicados e destacados como deveriam** (em especial por ser a principal mudança do termo).

A. Transparência passiva que onera o consumidor: informações relevantes "escondidas"

50. É fundamental que a transparência seja ativamente exercida pelo fornecedor, especialmente em serviços de **alta complexidade em sua cadeia** e com **alta assimetria informacional**, como no caso de serviços baseados em dados, de produtos alimentícios industrializados ou eletrodomésticos (que possuem deveres de transparência altamente regulados).

51. Deve-se sempre levar em conta as **diversas vulnerabilidades do consumidor** (art. 4º, inc. I, CDC). Assim, não fica a cargo do consumidor investigar e entender um fluxo de informação extremamente complexo, que envolve cruzamento de dados provenientes de múltiplos contextos, diversas empresas e produtos. Por isso é relevante analisar quais são as primeiras mensagens que aparecem ao usuário, quando da notificação de alteração nos termos, bem como a forma que isso ocorre.

52. Em ambas alterações dos termos de uso (2016 e nas primeiras notificações de 2021), **a mensagem inicial e em destaque é de aceite das alterações** (com botão de aceite em cor destacada) e **da possibilidade de perda do serviço**, estando informações essenciais sobre o tratamento de dados presentes somente em segundo plano, exigindo esforço de navegação, e após o botão de aceite. Em 2016, a informação sobre a possibilidade de restringir o

compartilhamento de dados era visível somente na segunda tela. Em 2021, esta opção sequer foi apresentada.

53. A importância de estabelecer uma jornada da informação é reforçada por Maria Cecília Oliveira Gomes em parecer que analisa o caso: "*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"*. Doc. Anexo, p. 16 - 17)

54. Informações importantes, como o compartilhamento com o grupo Facebook e as finalidades do compartilhamento e, no caso de 2021, informações sobre os novos serviços, deveriam ser apresentadas *de forma primária, direta e objetiva, ou seja, na primeira tela*. Por exemplo, em nenhum momento, na notificação na semana anterior à mudança de 15 de maio, há menção clara à palavra "compartilhamento", só mencionam casos em que empresas podem usar ferramentas do Facebook e exemplos que pode haver parceria com o Facebook, sem explicitar que isso implicaria em compartilhamento de informações, mesmo quando a pessoa não faz voluntariamente essa "parceria":

Fonte: print de notificação do WhatsApp em 29/abr/2021.

B. Informações genéricas e não articuladas: quais categorias de dados são coletadas? Com quem são compartilhadas? Sob qual finalidade e base legal?

55. Embora o WhatsApp liste uma série de finalidades[25], enumere os dados coletados e informe que estes dados são compartilhados com empresas do grupo Facebook, estas

[25] Finalidades de tratamento: (i) prestação do serviço de mensageria; (i) localização de número de celulares de usuários; (iii) assistência ao usuário. Incluindo cópias das suas mensagens e como te contatar para oferecer assistência; (iv) verificações de segurança; (v) marketing-publicidade e analytics para os serviços da família do Facebook - Personalização de anúncios no Facebook; (vi) mensageria comercial - conversas com empresas e mensagens que podem conter marketing sobre uma oferta que interesse o usuário; e (vii) Catálogo de produtos e serviços e realização de compras e vendas diretamente e serviços de hospedagem do Facebook (gerenciamento de estoques).

informações não estão articuladas e apresentam lacunas, o que prejudica a compreensão do fluxo comunicacional pelo consumidor - e até mesmo por especialistas.

56. **Não é informada uma correlação entre as categorias de dados coletadas, quais são suas finalidades específicas e com quem são compartilhadas**. Isto é, ao invés de citar finalidades e dados coletados sem explicitar qualquer conexão, dever-se-ia poder compreender da leitura dos termos a seguinte articulação: **categoria de dados A** atende à **finalidade D** e é **compartilhada com empresa X**; e c**ategoria de dados B** atende às **finalidades C e D** e é **compartilhada com as empresas X, Y e Z**.

57. A política de privacidade do WhatsApp, no entanto, coloca todas essas informações em um única frase, onde todas as informações coletadas servem para todas as finalidades almejadas e compartilhadas com qualquer uma das empresas do grupo Facebook:

> "Como parte das Empresas do Facebook, **o WhatsApp recebe e compartilha dados** (acesse este artigo) **com as demais Empresas do Facebook.** Podemos usar os dados fornecidos por essas empresas, e essas empresas podem usar os dados compartilhados por nós **para nos ajudar a operar, executar, aprimorar, entender, personalizar, dar suporte e anunciar nossos Serviços e as ofertas das Empresas do Facebook, inclusive os Produtos das Empresas do Facebook**. Isso inclui [...]"[26] (grifos nossos)

58. Como explica Maria Cecília Oliveira Gomes em seu parecer, "***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***" (Doc. Anexo, p. 21) (grifos nossos).

59. Além da falta de articulação, **informações importantes são tratadas genérica e não exaustivamente**. Os termos e a política de privacidade **não oferecem a listagem das "Empresas do Facebook"** (que apenas está referida em outra página do *site*), tampouco quais ferramentas farão uso destes dados compartilhados. Isto é, **não lista quais são os serviços e os "Produtos das Empresas do Facebook".** Os serviços sequer estão referenciados em outra página.

60. Os produtos referenciam a um link que tampouco enumera estes produtos e ainda faz referência a novos links[27], o que dificulta e desestimula a navegação do consumidor. Esta

[26] https://www.whatsapp.com/legal/updates/privacy-policy/?lang=pt_br
[27] "Os Produtos das Empresas do Facebook, juntos, constituem os Produtos do Facebook e outros produtos oferecidos pelas Empresas do Facebook que estão sujeitos a políticas de privacidade e termos de serviço à parte

segunda página tampouco trás uma lista exaustiva das ferramentas do grupo empresarial para as quais os dados são compartilhados[28]. Nesse sentido, o consumidor que deseja apenas saber por quem e para que são utilizados seus dados gerados num aplicativo de mensagens deve percorrer o seguinte caminho (cada imagem do fluxo a seguir se encontra numa página diferente, sendo que o fluxo é exemplificativo não exaure a busca de informação):

e independentes, incluindo os produtos do WhatsApp e do Oculus (quando você estiver usando uma conta Oculus)." https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/the-facebook-company-products

[28] https://www.facebook.com/help/1561485474074139

Como trabalhamos com outras Empresas do Facebook

Como parte das Empresas do Facebook, o WhatsApp recebe e compartilha dados (acesse este artigo) com as demais Empresas do Facebook. Podemos usar os dados fornecidos por essas empresas, e essas empresas podem usar os dados compartilhados por nós para nos ajudar a operar, executar, aprimorar, entender, personalizar, dar suporte e anunciar nossos Serviços e as ofertas das Empresas do Facebook, inclusive os Produtos das Empresas do Facebook. Isso inclui:

As Empresas do Facebook

Além dos serviços oferecidos pelo Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd, o Facebook é proprietário e opera todas as empresas listadas abaixo, de acordo com seus respectivos termos de serviço e políticas de privacidade. Para saber mais sobre as práticas de privacidade do WhatsApp, visite nossa Central de ajuda. Para saber mais sobre as práticas de privacidade das Empresas do Facebook e como elas tratam os dados dos usuários, acesse:

- Facebook Payments Inc. (https://www.facebook.com/payments_terms/privacy) e Facebook Payments International Limited (https://www.facebook.com/payments_terms/EU_privacy).
- Facebook Technologies, LLC e Facebook Technologies Ireland Limited (https://www.oculus.com/store-dp/).
- WhatsApp LLC e WhatsApp Ireland Limited (http://www.whatsapp.com/legal).

Os Produtos das Empresas do Facebook

Os Produtos das Empresas do Facebook, juntos, constituem os Produtos do Facebook e outros produtos oferecidos pelas Empresas do Facebook que estão sujeitos a políticas de privacidade e termos de serviço à parte e independentes, incluindo os produtos do WhatsApp e do Oculus (quando você estiver usando uma conta Oculus).

Ferramentas do Facebook para Empresas

Compartilhar artigo

As Ferramentas do Facebook para Empresas são tecnologias oferecidas pelo Facebook Inc. e pelo Facebook Ireland Limited. Elas ajudam os proprietários de sites, publishers, desenvolvedores de aplicativos e parceiros de negócios, inclusive anunciantes, entre outros, a entender e a mensurar produtos e serviços e a alcançar clientes e clientes em potencial de forma mais eficiente, além de auxiliar na integração com o Facebook. Essas ferramentas incluem o pixel do Facebook, a API de Conversões, os eventos do aplicativo via SDK do Facebook , as conversões offline e a API de eventos do aplicativo. Também recebemos dados das Ferramentas para Empresas na forma de dados de impressões enviados pelos Plugins Sociais do Facebook (por exemplo, os botões Curtir e Compartilhar) e pelo Login do Facebook, bem como dados de algumas APIs como Correspondência de Clientes do Messenger via API de envio e alguns programas piloto, alfa, beta ou de teste que possamos oferecer de tempos em tempos. Consulte os Termos das Ferramentas do Facebook para Empresas para mais informações.

O que são os Produtos do Facebook?

Compartilhar artigo

Os Produtos do Facebook englobam o Facebook (incluindo o navegador no aplicativo e o aplicativo para celular do Facebook), o Messenger, o Instagram (incluindo aplicativos como o Boomerang), os dispositivos da marca Portal, os produtos Oculus (ao usar uma conta do Facebook), as Lojas do Facebook, o Spark AR Studio, o Audience Network, os aplicativos do NPE Team e qualquer outro recurso, aplicativo, software, produto e serviço, bem como qualquer outra tecnologia, oferecidos pelo Facebook Inc. ou pelo Facebook Ireland Limited sob os termos da nossa Política de Dados. Os Produtos do Facebook também incluem as Ferramentas do Facebook para Empresas.

Os Produtos do Facebook não incluem alguns dos produtos ou serviços oferecidos que têm suas próprias políticas de privacidade e termos de serviço, como o Workplace, o Free Basics, o Messenger Kids e os produtos Oculus (quando você estiver usando uma conta Oculus).

Fonte: adaptado do site do WhatsApp.

61. Ou seja, **informações essenciais estão dispostas de forma dispersa, em diversos *links* e nunca de forma exaustiva.** É interessante notar que o único lugar que reúne todas as finalidades (que se pôde tomar conhecimento) para as quais os dados podem contribuir é **uma página dedicada a desenvolvedores**, isto é, **à vendas dos serviços**.[29]

62. O WhatsApp também **não informa**, nos termos de uso e política de privacidade, **quais categorias de dados são compartilhadas**, informa apenas que o compartilhamento existe e conduz novamente o consumidor a uma miríade de links em que nenhum deles satisfaz plenamente o dever de transparência.

63. No artigo inicialmente referido[30], a empresa afirma que ***atualmente*** compartilha categorias específicas de informações com as Empresas do Facebook, fornecendo exemplos não exaustivos destes. No entanto, afirma, em seguida, que também ***pode*** compartilhar outras informações identificadas na seção "Informações que coletamos" da Política de Privacidade ou obtidas por notificações com base no consentimento.

64. Em **primeiro lugar**, o agente de tratamento deve delimitar como ocorre o tratamento de dados, não sendo aceitas situações que podem vir, ou não, a existir no futuro. Em **segundo lugar**, informa-se no parágrafo seguinte do artigo que **informações de contatos** e **de localização** não são compartilhadas. No entanto, estes dados estão inclusos na seção **"Informações que coletamos"**, não ficando claro se estas informações ***podem,*** a qualquer momento, passar a ser compartilhadas em virtude da permissão abstrata e geral anterior.

65. Ainda, o WhatsApp não deixa claro quais dentre as categorias de dados coletados e compartilhados **são estritamente necessárias** para a execução do serviço e quais daqueles têm **uso secundário**, servindo também às finalidades do grupo Facebook.

66. Além disso, **não é informada a base legal** de cada um destes compartilhamentos. É provável que, considerando a diversidade de finalidades, haja uma diversidade de bases legais que o WhatsApp considera aplicável. Contudo, a falta desta informação, por um lado, dificulta o exercício de direitos, como a revogação do consentimento (art. 8º, §5º, LGPD) e, por outro lado, dificulta o exame da política de privacidade por autoridades e especialistas.

---

[29] https://developers.facebook.com/products/
[30] Disponível em: https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/what-information-does-whatsapp-share-with-the-facebook-companies

67. Em suma, de um lado, a **ausência de correlação entre as informações apresentadas** (dados coletados, finalidades apresentadas e compartilhamento com empresas do Facebook) esvazia de sentido estas mesmas informações, vez que não deixa claro o contexto, a movimentação e finalidade do fluxo informacional.

68. De outro lado, **as lacunas dos textos** (lista de empresas e das ferramentas alimentadas pelos dados, base legal de cada compartilhamento e separação entre dados necessários e dados para usos secundários) **também impossibilita a compreensão do fluxo informacional** - isto é, qual dado do consumidor será usado em quê, para quê, por qual justificativa e por quem?

69. **A falta dessas informações específicas, correlacionadas e completas impossibilita uma avaliação da adequação do tratamento de dados, dos benefícios ou riscos oferecidos e macula qualquer manifestação de vontade, qualquer teste de legítimo interesse e qualquer delimitação necessária para a base de execução de contrato** (como se verá nos próximos itens).

C. Informações ausentes: *opt out*, criança e adolescente, idosos e proteção dos hipervulneráveis

70. Além dos problemas de informação com a estrutura base do tratamento de dados (base legal, finalidade e compartilhamento), há uma série de informações importantes, especialmente sobre direitos do consumidor, que não estão presentes na política de privacidade.

71. **Não há informação, na política de privacidade, acerca da situação de quem optou por não compartilhar certos dados com o grupo Facebook[31] em 2016**. Não se sabe se estas escolhas feitas pelo consumidor permanecem sendo respeitadas e tampouco a razão para o não oferecimento deste *opt-out* restrito com as novas mudanças. Apenas para o usuário saber qual foi sua escolha em 2016, ou seja, se optou de fato por não compartilhar seus dados com as empresas do Grupo Facebook, o consumidor tem que percorrer um caminho nada óbvio no aplicativo[32].

[31] Não se pode considerar verdadeiramente que era um *opt-out,* vez que a escolha era reduzida a apenas algumas categorias de dados e somente podia ser exercida num período de 30 dias.
[32] Para descobrir sua escolha em 2016, é necessário ir em configurações > conta > solicitar dados da conta. Entretanto, o WhatsApp não explicita em seu site essa possibilidade e nem possui um FAQ sobre o tema.

72. **Tampouco há informação sobre os direitos do consumidor que utiliza o WhatsApp e não possui conta vinculada ao Instagram ou Facebook**. Se nestes casos também houver compartilhamento de dados, o desvio de finalidade no tratamento dos dados deste titular é ainda maior, considerando suas expectativas legítimas e o contexto de coleta e de uso dos dados.

73. Outro ponto parcamente abordado na política de privacidade é do tratamento dado à criança e adolescente. O WhatsApp se limita a afirmar, nos termos de uso, que:

> **Idade.** É necessário ter pelo menos 13 (treze) anos para se registrar e usar os nossos Serviços (ou mais, se for exigido pela legislação do seu país ou território que regula o uso dos nossos Serviços para você estar autorizado a se registrar e usar os nossos Serviços sem a necessidade de autorização dos seus pais). Além da necessidade de ter a idade mínima exigida para usar nossos Serviços de acordo com a legislação aplicável, se a sua idade for considerada insuficiente para validar a aceitação dos nossos Termos em seu país ou território, seus pais ou responsáveis legais deverão aceitar nossos Termos em seu nome. Peça para seus pais ou responsáveis legais lerem estes Termos com você.

74. Em regramento extremamente sucinto, o WhatsApp **apenas informa a idade mínima para uso dos serviços** (sem sequer confirmá-la e sem informar a legislação aplicável no Brasil) **e solicita que os pais, ou responsáveis legais, leiam em conjunto** (novamente sem informar a idade suficiente para validação autônoma dos Termos de Uso no Brasil).

75. **O WhatsApp não informa se o tratamento dos dados dos adolescentes (art. 3º, ECA) observa procedimentos especiais**, **tampouco se adota mecanismos para garantir que menores de 13 (treze) anos não utilizem o aplicativo e para garantir que o aceite dos termos de uso se deu em conjunto com o responsável legal**.

76. A proteção à criança e adolescente merece tratamento especial tendo em vista a necessidade de preservação do interesse maior da criança com **absoluta prioridade**, nos termos do **art. 227, da Constituição Federal**. A **Convenção sobre os Direitos da Criança[33] (art. 32, parágrafo 1°)**, protege explicitamente as crianças de qualquer tipo de exploração econômica, como segue: "*Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de ser protegida contra a exploração econômica e de praticar qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir na educação da criança, ou ser prejudicial à saúde da criança ou ao desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social*".

[33] Promulgada pelo Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.

77. Nesse sentido, a coleta e o compartilhamento de dados de crianças e adolescentes deveriam ser especialmente restritos àqueles estritamente necessários para sua segurança, não devendo ocorrer para a finalidade de melhoria do serviço e publicidade, tendo em vista, inclusive, a impossibilidade de realizar publicidade direcionada a este grupo em virtude da sua hipervulnerabilidade, conforme ditado pelo art. 14, LGPD e sem prejuízo da prática ser considerada abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme expressa previsão do art. 39, IV.

78. Conforme ressaltado pelo Instituto Alana e pelo InternetLab, recentemente, "*o direito das crianças à privacidade se desdobra em diferentes camadas e esferas, como um conceito dinâmico, relacionado à exploração comercial, vigilância e experiências gerais das crianças*", impactando "*outras áreas de suas vidas, afetando diretamente seu direito ao desenvolvimento integral, conforme previsto na Convenção sobre os Direitos da Criança, merecendo, então, proteção e atenção especiais*"[34].

79. Por isso, modelos de negócio baseados em dados, com perfilamento e tecnologias eminentemente persuasivas devem levar em consideração a prioridade absoluta do interesse de crianças e adolescentes, de modo que as informações devem ser prestadas adequadamente para verificação da legalidade desse tipo de exploração comercial dos dados de crianças e adolescentes, acrescentando-se que insuficiência do padrão de abordagens de consentimento e verificação de idade deve seguir parâmetros que impeçam a exposição de crianças e adolescentes a "*estratégias prejudiciais de coletas de dados, perfilamento e técnicas de microssegmentação*"[35], levando-se à preferência de uma abordagem de respeito aos direitos da criança por *design.*

80. Por fim, conforme art. 55-J, XIX da LGPD, é competência da ANPD garantir que o acesso à informação deste grupo hipervulnerável seja feito de forma adequada e especial. Nesse quesito, também não há informação se são dadas proteções especiais a idosos, que

[34] INSTITUTO ALANA; INTERNETLAB. **O direito das crianças à privacidade:** obstáculos e agendas de proteção à privacidade e ao desenvolvimento da autodeterminação informacional das crianças no Brasil. Contribuição conjunta para o relator especial sobre o direito à privacidade da ONU. São Paulo, 202, p. 57. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2021/03/ilab-alana_criancas-privacidade_PT_20210214-4.pdf

[35] Idem, p. 28-32.

garantam que o tratamento seja feito de maneira simples, clara, acessível e adequada ao seu entendimento.

D. Informações ambíguas e/ou enganosas

81. Além das lacunas informacionais, o WhatsApp, em suas comunicações ao consumidor - que teriam o propósito de explicar de maneira mais acessível seus termos de uso e política de privacidade -, passa mensagens que podem confundir o consumidor.

82. Reforça-se, por exemplo, em diversas oportunidades e com grande destaque, que o "WhatsApp e o Facebook não podem ler suas mensagens pessoais nem ouvir suas chamadas"[36]. No entanto, a informação de que o Facebook pode ter acesso às mensagens trocadas com empresas é fornecida separadamente da primeira afirmação e com muito menos destaque.

83. Do ponto de vista do consumidor, todas as conversas do WhatsApp podem ser consideradas pessoais, sem diferenciar aquela com um familiar ou com uma empresa. Dessa forma, a frase pode facilmente levar o consumidor ao erro, isto é, a acreditar que o Facebook não lê *quaisquer* mensagens trocadas no WhatsApp.

84. Outra forma de confundir o consumidor é reforçar que o "*WhatsApp e o Facebook não podem ver a localização que você compartilha*". A frase é verdadeira, mas o seu destaque em descompasso com o fornecimento da informação de que a localização aproximada do usuário é compartilhada com os demais membros do grupo Facebook, em todos os aplicativos, pode, novamente, induzir o consumidor ao erro. A mensagem transmitida ao consumidor, ao invés de ser que *apenas* a localização enviada em conversas não é vista pelas empresas, pode ser a de que o WhatsApp e Facebook não têm acesso a sua localização em sentido amplo.

85. Nesse sentido, uma comunicação preocupada em garantir a prestação da informação clara, adequada e dentro do contexto de vulnerabilidade do consumidor, poderia, a título de exercício exemplificativo, ser:

[36] Disponível em: https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/answering-your-questions-about-whatsapps-privacy-policy/?lang=pt_br

Comunicação do WhatsApp	Comunicação adequada à vulnerabilidade do consumidor
	O WhatsApp e o Facebook não podem ler suas mensagens pessoais nem ouvir suas chamadas. Mas, em comunicações com empresas, o Facebook pode ter acesso a estas informações.
	O WhatsApp e o Facebook não podem ver a localização que você compartilha. Mas sua localização aproximada nos é enviada automaticamente e compartilhamos essa informação com as empresas do Facebook. Você pode modificar isso nas configurações do seu celular.

86. Qualquer informação ou comunicação a respeito das características, usabilidade, fruição e especialmente da segurança do serviço que, de qualquer forma ou natureza, induza o consumidor a erro, ainda que por omissão de informações relevantes, é enganosa (art. 37, §1º e 3º, CDC). E por isso, **é ato ilícito por si só**, independente da comprovação de seus efeitos concretos negativos. As informações enganosas nos termos de uso e nas políticas de privacidade do WhatsApp configuram infração administrativa ao Código de Defesa do Consumidor (arts. 31 e 37, §1º e 3º, da Lei 8.078/1990 e art. 14 do Decreto 2181/1997).

E. Novas categorias de dados e novos serviços

87. Dentre as principais alterações nos termos de uso e política de privacidade de 2021, conforme relatado pela própria empresa, estão a inclusão de novos serviços oferecidos no WhatsApp. Faltam, contudo, informações sobre a prestação desses serviços, conforme detalhado a seguir.

1. Gerenciamento e hospedagem da comunicação no WhatsApp Business

88. A política de privacidade prevista para 15 de maio de 2021 traz a seguinte inovação:

> **"Empresas no WhatsApp**. As empresas com as quais você interage usando nossos Serviços podem fornecer dados sobre as interações delas com você.

> Solicitamos que cada uma dessas empresas aja de acordo com as leis aplicáveis ao fornecer dados para nós.
> Lembre-se de que quando você troca mensagens com uma empresa no WhatsApp, o conteúdo que você compartilha pode ser visualizado por diversas pessoas naquela empresa. Além disso, **algumas empresas podem trabalhar com provedores de serviços terceirizados (o que pode incluir o Facebook) para ajudar a gerenciar suas comunicações com seus clientes. Por exemplo, uma empresa pode fornecer acesso às suas comunicações para esses provedores de serviços terceirizados para enviar, armazenar, ler, gerenciar ou processar essas comunicações para a empresa**. Para entender como uma empresa trata seus dados, inclusive como ela pode compartilhá-los com terceiros ou com o Facebook, consulte a política de privacidade da empresa em questão ou entre em contato com ela."[37] (grifos nossos)

89. O Facebook passa a oferecer serviços de hospedagem e gerenciamento da comunicação de empresas no WhatsApp Business. Em outras palavras, **o Facebook passa a ter acesso à comunicação entre cliente e empresa que tenha contratado este serviço, ou seja, sem criptografia de ponta a ponta.**

90. Considerando que tanto a criptografia ponta-a-ponta quanto a ideia de que o Facebook não tem acesso ao conteúdo da conversa são atributos extremamente propagandeados pelas empresas e tidos em alta estima pelo consumidor, essa alteração e suas consequências para a proteção de dados do consumidor deveriam estar muito mais detalhadas e informadas nos documentos e comunicações da empresa.

91. Há uma imensa transformação na governança dos dados do WhatsApp, na qual o Facebook passará a ter acesso a conteúdos de certas conversas, mas há pouca informação sobre em que termos isso vai se dar.

92. Não se sabe, por exemplo, se o Facebook poderá utilizar o acesso a estes novos (e valorosos) dados somente para a execução do serviço de hospedagem, ou se poderá utilizá-los para integrá-los ao seu modelo de negócios, isto é, para realizar análises de comportamento e aprimorar ferramentas de marketing e publicidade, ou ainda para aprimorar seus algoritmos de Inteligência Artificial - em suma, incorporar esses dados em seu ciclo produtivo.

93. Não há limitação nítida nos termos de uso ou na política de privacidade que impeçam essa integração e inserção excessiva na esfera privada do consumidor. Não está expresso, por exemplo, que o Facebook atua como operador na prestação do serviço e, portanto, às ordens do controlador (empresa que o contratou) no tratamento destes dados. Não está expresso,

[37] https://www.whatsapp.com/legal/updates/privacy-policy/?lang=pt_br

também, que o Facebook não pode usar estes dados para finalidades próprias e alheias ao contexto de coleta.

94. Destaca-se que o contexto de coleta pode envolver informações sensíveis. Embora o WhatsApp frequentemente atribua uma separação entre conversas pessoais e conversas com empresas (dando a entender que somente a primeira merece a manutenção de seus status de proteção), conversas com empresas também revelam informações pessoais. Em conversas com empresas se realizam pedidos de compra, revelando hábitos e gostos pessoais; realizam-se reclamações em Serviço de Atendimento ao Cliente (SAC), onde pode-se revelar situações de discriminação, envolvendo dado sensível; e uma infinidade de usos que revelam uma infinidade de dados monetizáveis.

95. Considerando que o modelo de negócios da *Big Tech* é movido a dados (vide item III), a premissa que se deve adotar (pelos consumidores e pelas autoridades) é de que, em tendo acesso, estes dados serão integrados e monetizados pelo Facebook em toda sua diversidade de funcionalidades.

96. Soma-se a essa suspeita - fundada em sua lógica de negócios -, a informação dada em artigo sobre a política de privacidade no site da empresa:

> "Serviços de hospedagem do Facebook: [...] **o conteúdo da sua conversa (seja por telefone, e-mail ou WhatsApp) pode ser visto/lido pela empresa, e algumas informações compartilhadas na conversa podem ser utilizadas pela própria empresa para fins de marketing, inclusive para fazer publicidade no Facebook**"[38]

97. Não fica claro como as empresas podem utilizar estas informações para fins de marketing, tampouco como isso pode ser utilizado para publicidade no Facebook. Outra motivação para acender o alerta é a retirada do seguinte trecho que havia na política de privacidade de 2016 e de 2019 e não há mais na política de privacidade prevista:

> However, your WhatsApp messages will not be shared onto Facebook for others to see. In fact, **Facebook will not use your WhatsApp messages for any purpose other than to assist us in operating and providing our Services.**

98. Pode-se supor, dessa forma, que as mensagens acessadas pelo Facebook podem ser utilizadas para propósitos diversos daqueles necessários para operar e prover o serviço, isto é,

---

38 https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/answering-your-questions-about-whatsapps-privacy-policy

para monetizar, integrar aos demais dados do Facebook e incorporar ao seu modelo de negócios.

99. Assim, os graves problemas de informação presentes somente no anúncio deste novo serviço de hospedagem de comunicações do *WhatsApp Business* são suficientes para configurar violação ao art. 6º, III do CDC e do art. 6º, VI da LGPD.

100. Caso se confirme que o acesso ao conteúdo das mensagens e chamadas pode ser utilizado para fins de marketing-publicidade analytics, ou acessado de qualquer maneira que não na função de operador no tratamento dos dados, restará configurada violação a uma série de dispositivos da LGPD. Primeiro ausência de base legal - não há consentimento livre e informado, nem legítimo interesse e tampouco é necessário para a execução do serviço de intermediar a comunicação. Haveria violação dos princípios da finalidade, adequação e necessidade (art. 6º, I, II e III).

2. Facebook Pay e "WhatsApp" Shops

101. Outro ponto importante da atualização de 2021 é referente aos **dados de transação e de pagamento**. Há tanto menções ao serviço de pagamento que poderá ser feito diretamente no WhatsApp, por meio do programa Facebook Pay[39], quanto menções a outras formas de presença de empresas no aplicativo, como o catálogo de empresas - que se supõe que, quando implementado o pagamento no aplicativo, serão integrados de modo a constituir uma "loja" no que era, até então, somente um aplicativo de mensagens.

102. Acerca do serviço de pagamento, a política de privacidade explica da seguinte forma:

> **Dados de transações e pagamentos**. Caso você use os serviços de pagamento, nossos Serviços de compra ou outras transações financeiras, tratamos dados adicionais sobre você, como conta para pagamento e dados da transação. **Os dados de conta para pagamento e transação incluem informações necessárias para concluir a transação (como informações sobre sua forma de pagamento, dados de envio e valor da transação)**. Se você usar nossos serviços de pagamento disponíveis em seu país ou território, nossas práticas de privacidade serão descritas na política de privacidade do recurso pagamentos aplicável. (grifos nossos)

103. Estes dados são compartilhados com as empresas do Grupo Facebook, já que *Dados de transações e pagamentos* estão inseridos em *Dados que coletamos*, seção da política de privacidade que pode ser inteiramente compartilhada, como descrito no artigo do site (vide

[39] Recém aprovado pelo Bacen, conforme: **BC autoriza dois arranjos e uma instituição de pagamentos relacionados ao WhatsApp.** Disponível em: https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/17359/nota

item IV, B). O que também está descrito em:

> **Como trabalhamos com outras empresas do Facebook**: Como parte das Empresas do Facebook, o WhatsApp recebe e compartilha dados (acesse este artigo) com as demais Empresas do Facebook. **Podemos usar os dados fornecidos por essas empresas, e essas empresas podem usar os dados compartilhados por nós para** nos ajudar a operar, executar, aprimorar, entender, personalizar, dar suporte e anunciar nossos Serviços e as ofertas das Empresas do Facebook, inclusive os Produtos das Empresas do Facebook. Isso inclui: [...]
> - Aprimoramento dos serviços das Empresas do Facebook e sua experiência ao usá-los, como [...] **ajuda para realizar compras ou transações e exibição de ofertas e anúncios relevantes sobre os Produtos das Empresas do Facebook**.
> - Fornecer integrações que possibilitem a conexão de suas experiências do WhatsApp com outros Produtos das Empresas do Facebook. Por exemplo, permitir que você conecte sua conta do Facebook Pay para realizar pagamentos no WhatsApp

104. Nesse sentido, a política de privacidade de 2021 traz uma governança dos dados referentes a transações extremamente ampla, onde os dados necessários para concluir a transação (como informações sobre sua forma de pagamento, dados de envio e valor da transação) podem ser compartilhados com as empresas do Facebook sem qualquer limitação aparente, como o compartilhamento estar atrelado adequada e necessariamente à finalidade do tratamento de dados. Em outras palavras, os dados de transações feitas no WhatsApp não deveriam ser compartilhados com qualquer empresa do grupo Facebook (e sua infinidade de funcionalidades), mas apenas com a Facebook Payments.

105. Contudo, os termos de uso da Facebook Payments[40] são mais restritos:

> A Facebook Payments recebe apenas as Informações Pessoais limitadas cedidas por você, especificamente as **informações de número de cartão de crédito ou de outras formas de pagamento.** [...]
> A Facebook Payments não compartilhará suas Informações Pessoais com nenhuma outra pessoa para fins comerciais, sem o seu consentimento expresso. [...]
> **Não vamos vender ou alugar suas Informações Pessoais a nenhuma outra pessoa de fora da Facebook Payments, nem mesmo da nossa empresa controladora, a Facebook Inc. Forneceremos essas informações somente quando for necessário processar seus pagamentos ou quando se tratar de uma exigência legal**, como em resposta a uma intimação ou a uma auditoria independente. **Exigimos das pessoas que recebem essas informações que as utilizem somente para tais fins**.
> P**odemos compartilhar suas Informações Pessoais com nossa empresa controladora, a Facebook Inc**. Isso ocorrerá pelas seguintes razões

[40] https://web.facebook.com/payments_terms/privacy?_rdc=1&_rdr

> específicas: para processar seus pagamentos; p**ara manutenção da sua conta de pagamentos; ou para detectar, evitar ou, de outra forma, lidar com questões técnicas ou relacionadas à fraude e segurança**.
> Exigimos que a Facebook Inc. use essas informações somente para essas finalidades específicas.

106. É evidente que **a governança de dados de transações no Facebook Payments e no WhatsApp divergem**, causando confusão acerca de qual é de fato a política de compartilhamento desses dados. O desenho de que os dados financeiros não podem ser compartilhados com o Facebook Inc. para fins alheios à finalidade de segurança e manutenção (que é aos princípios da proteção de dados) deveria estar informado na política de privacidade do WhatsApp.

107. Assim, a política de privacidade demonstra, mais uma vez, falha na prestação de uma informação clara e adequada ao consumidor. Ainda, dependendo de qual é, verdadeiramente a política de compartilhamento de informações financeiras com a empresa Facebook, há violação aos princípios da finalidade, adequação e necessidade, bem como tratamento de dados sem base legal.

108. Outro ponto relevante da atualização da política de privacidade de 2021 é referente ao Catálogo para empresas no WhatsApp. Embora apresentado timidamente, com a adição de uma frase em *interações comerciais*, os catálogos representam uma mudança importante no modelo de negócios do aplicativo:

> **Como usamos os dados: Interações comerciais**. Possibilitamos que você e empresas terceirizadas se comuniquem e interajam usando nossos serviços, ***como o Catálogo para empresas no WhatsApp, no qual é possível visualizar produtos e serviços***, bem como realizar pedidos. (itálico nosso)

109. Os catálogos, que mostram a lista e preço de produtos ou serviços oferecidos por empresas, se assemelham às lojas do Facebook (presentes no Instagram e no Facebook) e já estão disponíveis com a última atualização. No entanto, **há poucas informações sobre quais dados gerados com este novo serviço são coletados e compartilhados, sob qual finalidade, com o Facebook**. Os produtos escolhidos pelo consumidor são automaticamente compartilhados, por exemplo? Ou então, os catálogos visualizados são compartilhados com o Facebook Inc. para influir nos serviços de publicidade-marketing e analytics?

110. Os catálogos se assemelham muito às lojas do Facebook (que também oferecem catálogos de produtos e serviços), conforme explicação contida no site da empresa[41]. Ou seja, são um passo necessário para abrir uma loja do Facebook. Assim, frente à completa falta de informações sobre este serviço no WhatsApp, poder-se-ia considerar que a política de privacidade aplicável às lojas do Facebook é aplicável também às lojas implementadas no WhatsApp. Ocorre que essa política é extremamente ampla acerca das possibilidades de uso dos dados.

111. Assim, considerando o pouco detalhamento acerca do tratamento dos dados de transação no WhatsApp e seu aparente conflito com a política de privacidade do Facebook Pay e, considerando também, a completa falta de informação sobre os catálogos de empresa no WhatsApp e a perspectiva de que estes serviços se integrem gerando mais dados, é mais do que evidente a violação dos direitos de informação do consumidor e do princípio de transparência da LGPD.

3. WhatsApp Status: o que acontece com as publicações no Status?

112. Outra informação nova na política de 2021 é acerca da funcionalidade do *Status,* que não existia em 2016[42]:

> **Dados de status**. Você pode compartilhar conosco seu status caso decida adicioná-lo à sua conta. Saiba como usar o status no Android, no iPhone ou no KaiOS. [...]
>
> **Dados de uso e de registro.** Coletamos dados sobre sua atividade em nossos Serviços, como dados de serviços, de diagnóstico e de desempenho. Essa coleta inclui dados sobre sua atividade [...] os recursos que você usa, como nossos recursos de grupos, **Status**, ligações ou mensagens (incluindo nome do grupo, imagem do grupo e descrição do grupo), recursos comerciais e de pagamentos; foto de perfil; recado; se você está online;

[41] "Um catálogo é um local em que você armazena informações sobre os itens que deseja anunciar ou vender no Facebook e no Instagram. Você pode criar catálogos para diferentes tipos de inventário, como produtos (comércio eletrônico), hotéis, voos, destinos, classificados de imóveis ou veículos. O Gerenciador de Comércio é a plataforma na qual é possível criar e gerenciar catálogos" https://www.facebook.com/business/help/890714097648074?id=725943027795860

[42] As informações existentes na política de 2016 sobre status se referiam a se a pessoa está online no aplicativo, já que não existia a funcionalidade do status enquanto publicação de fotos e mensagens disponíveis aos contatos do usuário: Status Information. We collect information about your online and status message changes on our Services, such as whether you are online (your "online status"), when you last used our Services (your "last seen status"), and when you last updated your status message. (Política de privacidade de 2016, disponível em:https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy/revisions/20160825)

113. Faltam informações acerca de como são tratados os dados gerados com essa funcionalidade. Como os dados de *status* estão inseridos na seção "Dados que coletamos sobre você", infere-se que são compartilhados com empresas do Facebook (vide item IV, B). No entanto, não é claro para o consumidor que mensagens e fotos postadas ali serão compartilhadas com o grupo Facebook e utilizadas para finalidades alheias ao WhatsApp.

114. O recurso *Status* do WhatsApp já possui meio bilhão de usuários ativos diariamente no mundo[43], onde são postadas diversas informações pelos usuários que revelam uma série de dados sensíveis, de convicções religiosas a opiniões políticas. Recentemente, os usuários brasileiros foram escolhidos como público-alvo para testar um novo algoritmo do WhatsApp capaz de exibir as atualizações da ferramenta *Status* por ordem de relevância, que é baseada na frequência de mensagens trocadas entre dois números e na interação com os contatos que publicam no *Status*[44]. Além disso, pronunciamentos públicos da companhia indicam a realização de análises para a inserção de anúncios nessa ferramenta, que serão sugeridos com base no comportamento do usuário[45].

115. Considerando ainda a comunicação intensa e destacada acerca do não acesso pelo WhatsApp ou Facebook a conversas pessoais e considerando a enorme falta de informação sobre o *status*, o consumidor pode facilmente compreender que estas mensagens são pessoais e portanto criptografadas e inacessíveis pelas empresas.

F. Conclusão: vulnerabilidade do consumidor, assimetria de informações e impactos em outros direitos

116. Em suma, os termos de uso e as políticas de privacidade do WhatsApp (2016 e 2021) possuem graves e diversas violações ao direito de informação do consumidor e ao princípio da transparência da LGPD.

117. Em primeiro lugar, **não há correlação entre as informações apresentadas** (dados coletados, finalidades apresentadas e compartilhamento com empresas do Facebook), esvaziando de sentido estas mesmas informações, vez que não é possível compreender o

[43] Ver: https://www.statista.com/chart/10558/daus-instagram-stories-whatsapp-status-snapchat/
[44] https://tecnoblog.net/278610/whatsapp-status-algoritmo-brasil/
[45] https://indianexpress.com/article/technology/social/whatsapp-will-show-ads-to-users-starting-2020-how-it-will-work-6200629/

contexto, a movimentação e a finalidade do fluxo informacional. Isto é, qual dado do consumidor será usado em quê, para quê, por qual justificativa e por quem?

118. Em segundo lugar, **há uma série de lacunas nos textos, em verdadeira afronta à LGPD (art. 9º e incisos[46]): (i)** não há lista de empresas e das ferramentas alimentadas pelos dados; **(ii) não é informada a base legal de cada compartilhamento**; **(iii) não há separação entre dados necessários e dados para usos secundários**; **(iv)** faltam **informações sobre exercício de direito dos usuários**, como acerca da situação de quem optou por não compartilhar certos dados com o Facebook em 2016, ou de quem não possui conta vinculada ao Facebook e ao Instagram; **(v) há pouquíssima informação sobre tratamento dado à criança e adolescente e aos idosos**, grupos hipervulneráveis.

119. Em terceiro lugar, **informações prestadas em notificações enviadas aos usuários podem ser consideradas ambíguas e/ou enganosas**, como exemplo, **(i)** ao vincular com destaque que as mensagens e chamadas pessoais não são acessadas pelo Facebook separadamente da informação de que em conversas com empresas podem ser acessadas; **(ii)** ou ao informar, também com destaque, que a localização compartilhada não é acessada pelo WhatsApp ou Facebook, mas sem informar que a localização aproximada é coletada e compartilhada.

120. Por fim, **há gravíssimos problemas de informação nas explicações sobre os novos serviços existentes no WhatsApp: (i)** no serviço de hospedagem do WhatsApp Business, oferecido pelo Facebook, não fica claro como as empresas podem utilizar estas informações para fins de marketing, tampouco como isso pode ser utilizado para publicidade no Facebook, ou para qualquer fim alheio aos interesses da empresa contratante; **(ii)** no serviço do Facebook Pay e das "lojas do WhatsApp", há pouca informação acerca do tratamento dos dados de transação e aparente conflito com a política de privacidade do Facebook Pay e há uma completa falta de informação sobre os catálogos de empresa no WhatsApp; e **(iii)** Também faltam informações sobre o funcionamento do *Status.*

121. **A falta dessas informações específicas, correlacionadas e completas impossibilita uma avaliação da adequação do tratamento de dados, dos benefícios ou**

---

[46] LGPD. Art. 9º O **titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados**, que **deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva** acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso: I - finalidade específica do tratamento; II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III - identificação do controlador; V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei."

riscos oferecidos, dificulta o exercício de direitos e macula qualquer manifestação de vontade, qualquer teste de legítimo interesse e qualquer delimitação necessária para a base de execução de contrato (como se verá nos próximos itens)[47]. A falta de informações claras e transparentes, que remetem a falta de um consentimento prévio por parte do consumidor brasileiro, acabam por dificultar a sua compreensão sobre o sentido e alcance dos termos contratuais para utilização do aplicativo. Isso encontra óbice claro e específico no art. 46 do CDC.

122. É importante frisar novamente que é enganosa qualquer informação ou comunicação a respeito das características, usabilidade, fruição e especialmente da segurança do serviço que, de qualquer forma ou natureza, induza o consumidor a erro, ainda que por omissão de informações relevantes (art. 37, §1º e 3º, CDC). É **ato ilícito por si só**, independente da comprovação de seus efeitos concretos negativos. Portanto, as informações enganosas nos termos de uso e nas políticas de privacidade do WhatsApp configuram infração administrativa ao CDC (arts. 31 e 37, §1º e 3º da Lei 8.078/1990 e art. 14 do Decreto 2181/1997), ao MCI (arts. 11 e 12 c/c Decreto n. 8.771/2016, art. 18).

V. AUSÊNCIA DE BASE LEGAL PARA O COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS COM EMPRESAS DO GRUPO FACEBOOK

123. O WhatsApp não informa qual a base legal para os compartilhamentos realizados com as empresas do Facebook. Razão pela qual analisaremos aqui três hipóteses legais que poderiam ser utilizadas pelas empresas para justificar o compartilhamento para as finalidades explicitadas na política de privacidade: o **consentimento** (art. 7º, I), o **legítimo interesse** (art. 7º, IX) e **execução do contrato** (art. 7º, II).

A. Ausência de consentimento livre, específico expresso e informado e violação ao direito de escolha

124. É possível que o WhatsApp considere que o compartilhamento de dados com as empresas do Facebook tenha **o consentimento como base legal** (disposto no Art. 7º, inc. I,

[47] "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". (Parecer anexo Maria Cecília Oliveira Gomes, p. 33)

LGPD), que seria, supostamente, exercido com o aceite aos termos de uso e política de privacidade. No entanto, o tratamento de dados pessoais mediante o fornecimento de consentimento, para ser válido, precisa preencher uma série de qualificações previstas em lei. **Só é válido o consentimento que exprime uma manifestação de vontade livre, informada e inequívoca**.

125. Também no Marco Civil da Internet (MCI, Lei nº 12.965/14), **o consentimento é largamente adjetivado**, devendo ser **livre**, **informado** e **expresso**, **previsto em cláusula destacada** (art. 7º, VII e IX)[48]. A extensa adjetivação do consentimento na legislação brasileira tem como objetivo dar um maior controle ao titular dos dados sobre os tratamentos dos seus dados pessoais, bem como reduzir a assimetria de poder entre o controlador e o titular.

126. A rica adjetivação do consentimento deve, ainda, ser interpretada conjuntamente aos parâmetros constituídos no CDC, em esforços de reduzir a assimetria informacional e de poder, bem como do direito privado brasileiro que se debruça sobre os defeitos do negócio jurídico para garantir uma manifestação de vontade livre e consciente.[49]

127. No caso do WhatsApp, todas as qualificações exigidas para o consentimento, como base legal para o tratamento de dados, foram prejudicadas, tornando-o inválido mesmo quando o usuário clica em "aceitar" as alterações nos termos de uso e na política de privacidade, por se tratar de manifestação de vontade viciada.

1. Não há consentimento informado

128. O consentimento tem como pressuposto que o titular dos dados passe por um processo de tomada de decisão, que envolve uma manifestação de vontade consciente. Dessa forma, para que uma manifestação de vontade seja válida, isto é, para que o titular tenha controle sobre seu fluxo de dados, é preciso que esta decisão seja informada. Nesse sentido, explica Bruno Bioni:

> O dever-direito de informação deve propiciar, portanto, ao usuário os elementos necessários para o *início* de um processo de tomada de decisão no

[48] Sobre a adjetivação do consentimento no Marco Civil da Internet, v. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; BIONI, Bruno Ricardo. A proteção dos dados pessoais na fase de coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada pelo Artigo 7, incisos VIII e IX do marco civil da internet a partir da Human computer interaction e da Privacy by default. In: **Direito e internet III: marco civil da internet, lei n. 12.965/2014**, 2015.

[49] BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 179.

> que tange ao futuro de seus dados. A prestação de uma informação clara, adequada e suficiente é o *portal de entrada* para capacitar o cidadão com o controle dos seus dados, sendo o próprio *adimplemento (satisfatório)* do dever-direito de informação.
> O pagamento da obrigação de informar deve estar, assim, vinculado a um resultado ótimo: a transparência do fluxo de dados pessoais. Se, ao final, o titular for empoderado com o controle de seus dados pessoais, ter-se-á, então, o seu adimplemento perfeito. [50]

129. No entanto, as informações sobre as alterações não foram disponibilizadas de maneira suficientemente clara aos usuários do WhatsApp para que houvesse plena consciência sobre a coleta e o tratamento dos dados, bem como as implicações do aceite. Conforme visto em item anterior, a política de privacidade do WhatsApp não é suficientemente clara para propiciar elementos acerca do futuro dos dados do titular e não é transparente sobre o fluxo de dados. Faltam diversas informações fundamentais sobre o tratamento de dados, como finalidades determinadas e correlacionadas à categoria de dados coletada e compartilhada, ou informações sobre o exercício de direitos.

130. Assim, eventual consentimento dado para compartilhamento de dados com o grupo Facebook seria considerado nulo, nos termos do art. 9º, § 1º da LGPD, vez que as informações não foram fornecidas previamente ao titular com transparência, de forma clara e inequívoca e devido a existência de padrões maliciosos ("*dark patterns*")[51] na arquitetura do aplicativo, que enganam e distraem o usuário, buscando fazer com que ele aceite os termos. Frisa-se que a qualidade da experiência do usuário tem papel fundamental para a materialização do princípio da transparência (art. 6º, VI), para a correta obtenção do consentimento (art. 5º, XII) e para o exercício dos direitos dos titulares.

---

[50] BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 184. No trecho, o autor faz referência ao texto BIONI, Bruno: O dever de informar e a teoria do diálogo das fontes para a aplicação da autodeterminação informacional como sistematização para a proteção dos dados pessoais dos consumidores: convergências e divergências a partir da análise da ação coletiva promovida contra o Facebook e o aplicativo 'Lulu'. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 94, p. 283-326-2014.

[51] "[Padrões] criados para fazer com que o usuário realize ações de interesse do aplicativo/empresa sem que ele se dê conta ou tenha como evitar. (...) Os DP [*dark patterns*] se caracterizam pela intencionalidade obscura, desenvolvidos para obtenção de resultados específicos sem explicações ao usuário. (...) Essas estratégias se baseiam na exploração de atributos cognitivos e psicológicos dos usuários, fazendo com que estes não percebam que há um agenciamento do seu comportamento. LEMOS, A.; MARQUES, D. Interfaces Maliciosas: estratégias de coleta de dados pessoais em aplicativos. **V!RUS**, São Carlos, n. 19, 2019. [online]. Disponível em: <http://www.nomads.usp.br/virus/virus19/?sec=4&item=2&lang=pt>. Acesso em: 07 Mai. 2021.

131. Portanto, a interface é enganosa por induzir o titular a concordar com as alterações sem conhecer detalhadamente os termos de uso e a política de privacidade e, ainda, por não dar a ele a possibilidade de se opor a determinados usos de seus dados.

2. Não há consentimento inequívoco, nem expresso-específico

132. Um consentimento inequívoco está atrelado ao princípio da finalidade, segundo o qual todo tratamento deve se basear em um propósito específico e explícito (Art. 6º, I, LGPD). No consentimento, o conceito ganha importância, vez que a manifestação de vontade deve ter um direcionamento, não podendo ser declarada num vazio e de forma genérica. Exigências referentes à clareza e à completude das informações referentes ao tratamento de dados pessoais do titular estão espraiadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, nomeadamente, na própria LGPD (art. 5°, XII e art. 6°, caput), no MCI (art. 7°, VII e IX) e no CDC (art. 6º, III; art. 39 e art. 43).

133. Nesse sentido, as lacunas presentes nas políticas de privacidade (vide item IV) impossibilitam que o consentimento seja dado com direcionamento adequado, isto é, inequivocamente. Não saber para quais empresas e para quais produtos vão os dados gerados no WhatsApp, por exemplo, faz com que qualquer autorização seja dada genericamente.

134. Por fim, quando há o compartilhamento com outros controladores, o consentimento deve ser *específico* (art. 7º, § 5º, LGPD), estabelecendo uma camada adicional de proteção, por considerar que há um risco anormal. Considerando a impossibilidade de compreender como ocorre o compartilhamento de dados com as empresas do grupo Facebook, é evidente que o consentimento tampouco é específico.

3. Não há consentimento livre

135. O adjetivo livre ao consentimento remete à ideia de uma manifestação de vontade fornecida sem pressões, pelo exercício do livre-arbítrio, como a escolha de uma opção dentre outras, isto é, não como uma única escolha mandatória. Nesse sentido, a análise para verificar se um consentimento é verdadeiramente livre passa por dois pontos essenciais: **(i)** a análise da assimetria de poder e se ela impõe uma subordinação; e **(ii)** quais são as escolhas oferecidas ao titular de dados, se lhe é imposto uma escolha binária, pegar ou largar, ou se lhe é ofertado uma diversidade de opções que lhe oferecem controle sobre seus dados de fato:

> O ponto central do qualificador livre é investigar qual é o nível de assimetria de poder em jogo. Deve-se verificar **qual é o "poder de barganha" do**

> **cidadão com relação ao tratamento de seus dados pessoais,** o que implica considerar **quais são as opções do titular com relação ao tipo de dado coletado até os seus possíveis usos.** Em síntese, o "cardápio de opções" à disposição do cidadão calibrará o quão livre é o seu consentimento, na exata medida em que esse "menu" equaliza tal relação assimétrica.[52]

136. Sobre o primeiro ponto, é evidente que há uma enorme assimetria de poder entre o WhatsApp e seu usuário. A empresa goza amplamente de **posição dominante no mercado** que ocupa: **99% dos celulares possuem o aplicativo, 93% das pessoas o utiliza todos os dias**[53].

137. Assim qualquer escolha ofertada deve ser analisada considerando que a imensa maioria da população brasileira utiliza o aplicativo para comunicações básicas e que **há um forte efeito de rede[54] e efeito de aprisionamento (*lock-in*)[55] no aplicativo, de modo que escolhas binárias, de pegar ou largar, não são verdadeiramente escolhas**, tendo em vista que o consumidor brasileiro, na prática, não tem a opção de não utilizar o WhatsApp. Como bem analisa Danilo Doneda, há casos como esse em que não compartilhar os dados pode ser ainda mais brutal, pois significa na verdade uma "renúncia a bens ou serviços", diante da "*disparidade de meios e de poder entre a pessoa de quem é demandado o consentimento para utilização dos dados pessoais em contemplação da realização de um contrato e aquele que os pede faz com que a verdadeira opção que lhe reste seja, tantas vezes, 'tudo ou nada', 'pegar ou largar*'."[56]

---

[52] BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 185.

[53] 99% dos celulares possuem o aplicativo, 93% das pessoas o utiliza todos os dias e quase a totalidade dos planos de telefonia móvel inclui o aplicativo em acordos de zero rating – prática que permite a navegação em determinados sites ou aplicativos sem desconto na franquia de dados móveis –, informação especialmente relevante pelo fato de o celular ser o dispositivo mais utilizado para acesso à internet no país (concentra 99% do uso e 58% da população acessa somente por esse meio). Cf: Tecnoblog. WhatsApp chega a 99% dos celulares no Brasil. Disponível em: <https://tecnoblog.net/326932/whatsapp-chega-a-99-por-cento-celulares-brasil-telegram-cresce/> e Pesquisa Tic Domicílios 2019, publicada em 2020. Disponível em: <https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf>

[54] Ou seja, o valor da rede aumenta pela adesão de mais usuários: quanto mais usuários na plataforma, mais popular é a plataforma e há mais incentivos para que outras pessoas também a integrem. Em um exemplo concreto, só faz sentido usar uma plataforma de mensagens se meus amigos, familiares e negócios preferidos também o utilizam. Ressalta-se que o efeito de rede também pode ocorrer de maneira indireta: quanto mais usuários, mais atrativo é para um anunciante também integrar a plataforma.

[55] Lock-in é o efeito (ou a estratégia) de "aprisionamento" do usuário, tornando-o cativo. Este é um resultado da exacerbação das externalidades de rede, somada aos altos custos de migração para outra plataforma (switching costs) e pode acarretar barreiras à entrada de novos competidores que rivalizem efetivamente contra plataformas dominantes.

[56] DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

138. Nesse sentido, como bem explica Maria Cecília Oliveira Gomes em seu parecer, 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***" (Doc. Anexo, p, 18).

139. Cumpre, portanto, analisar o segundo ponto no aplicativo WhatsApp: as escolhas que são ofertadas.

140. A política de privacidade do WhatsApp estabelece uma coleta imensa de dados (em suma, exceto as conversas pessoais, todos os movimentos são monitorados no aplicativo), um amplo compartilhamento com as empresas do grupo Facebook e ainda uma diversidade alta de finalidades para o uso dos dados. No entanto, **assimetricamente**, não é ofertado qualquer controle granular sobre estas decisões. A jornada do aplicativo evidencia se tratar de um arranjo contratual por adesão e sem qualquer espaço de escolha pela parte contratual vulnerável.

141. No caso do WhatsApp, estão ausentes esses mecanismos, ausência que é verificada principalmente no fato de não haver direito de revogação ao consentimento[57], ou seja, possibilidade de o usuário não consentir, de forma total ou parcial, sobre o compartilhamento de dados da nova política. Destaca-se que a revogação do consentimento não se confunde com eliminação dos dados, de modo que deve ser possível revogar consentimento de um tratamento de dados específico e ainda assim seguir utilizando o aplicativo.

142. Tampouco há, na política de privacidade do WhatsApp, a oferta de um "menu de opções". Não há granularidade na escolha - isto é, "*a possibilidade de emitir autorizações fragmentadas no tocante ao fluxo de seus dados*"[58] - para que o usuário pudesse escolher especificamente com qual coleta e finalidade de dado concorda, de modo que:

> **Ao tornar a escolha binária e imperativa, sem compartimentação na coleta e oferecendo uma solução universal (aceite total das mudanças ou perda de acesso ao serviço), a manifestação de vontade não é livre**. A

[57] LGPD, Art. 8º, § 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, **por procedimento gratuito e facilitado**, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.
§ 6º Em caso de alteração de informação referida nos incisos I, II, III ou V do art. 9º desta Lei, o controlador deverá informar ao titular, com destaque de forma específica do teor das alterações, podendo o titular, nos casos em que o seu consentimento é exigido, revogá-lo caso discorde da alteração.
[58] BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 185.

impossibilidade de barrar o compartilhamento de dados, sem ter o acesso ao serviço restringido, faz com que o consentimento não seja livre.

143. Considerando que, em 2016, havia a possibilidade, mesmo que extremamente limitada, de escolher não compartilhar os dados para finalidades de publicidade-marketing[59], há uma nítida piora na política de privacidade de 2021, que sequer oferta qualquer opção de não compartilhamento. A situação fica pior quando considerado o expressivo aumento de utilização do aplicativo, conforme verificado anteriormente.

144. Por fim, acerca dos tratamentos de dados realizados no WhatsApp Business, a empresa afirma ser opcional. Deve-se considerar, novamente, a assimetria informacional e de poder entre os usuários e as empresas, de forma que a comunicação pode se tornar mandatária, na prática.

145. Portanto, as alterações de políticas de privacidade de 2016 e 2021 não ofertam qualquer tipo de controle dos usuários sobre seus dados. O resultado é uma política de dados que viola a liberdade de escolha do consumidor (art. 6º, II, CDC) e uma manifestação de vontade viciada, de modo que o consentimento não pode ser considerado livre.

B. Ausência de legítimo interesse

146. Especificamente sobre o compartilhamento de dados pessoais do usuário do WhatsApp com outras companhias vinculadas ao Facebook, poderia haver amparo de outras bases legais previstas pela LGPD que não o consentimento, como o legítimo interesse.

147. Para utilização do legítimo interesse como base legal, no entanto, devem ser cumpridos determinados requisitos legais (não sendo uma carta em branco para a empresa usar dados em seu interesse), bem como não é aplicável aos casos em que "*prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais*" (art. 7º, IX).

148. Os parâmetros para a aplicação do legítimo interesse são definidos pela LGPD (**art. 10**), tais como (i) existência de finalidades legítimas; (ii) respeito às expectativas do titular e de seus direitos e liberdades fundamentais; (iii) uso de dados estritamente necessários para a finalidade pretendida; e (iv) a adoção de medidas que garantam a transparência do tratamento de dados.

[59]ZANATTA, Rafael. **Consentimento forçado?** Uma avaliação sobre os novos termos de uso do WhatsApp e as colisões com o Marco Civil da Internet. Idec, 2016. Disponível em: https://www.idec.org.br/pdf/relatorio-whatsapp-termos-de-uso.pdf

149. A base legal do legítimo interesse é uma hipótese de tratamento disciplinada por diversos dispositivos da LGPD, além dos art. 7º, IX e art. 10 supramencionados. Isto se deve especialmente ao grande poder de liberdade de ação conferido ao agente de tratamento. Desta maneira, no uso desta base legal, exige-se uma manutenção de registros das operações de tratamento de dados pessoais realizados (**art. 37**). Tal imposição está intimamente conectada com o dever de obediência ao princípio da responsabilização e prestação de contas (**art. 6, X**), ou seja, o agente de tratamento deve demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

150. No caso do WhatsApp, como se demonstra a seguir, não há robustez em relação às previsões da LGPD sobre o legítimo interesse para sua aplicação enquanto base legal para compartilhamento de dados com outras empresas do grupo econômico Facebook.

1. *Finalidades não adequadas de acordo com o contexto (art. 10, caput, LGPD)*

151. É possível identificar 5 (cinco) finalidades expressas nos tópicos contidos em "**Como usamos as informações**" da política de privacidade disponível no site do WhatsApp[60]. Ainda que essas finalidades estejam dispostas como ações a serem realizadas pela empresa com os dados coletados, não há transparência sobre a correlação entre os tipos de dados coletados para cada uma das finalidades. Como visto no item IV, B, não há uma listagem pelo WhatsApp das referidas "Empresas do Facebook", assim como indicação específica do tipo de conteúdo ou recursos que utilizarão as categorias de dados por cada uma delas.

152. Em consonância com o parecer da requerido pela Sum of Us à Prof. Maria Cecília sobre o caso, duas questões fundamentais não são contempladas pela política da privacidade do Facebook: "*Qual conjunto de dados é estritamente necessário para garantir a entrega dos*

[60] São elas: (i) suporte ao cliente, aprimoramento e personalização de serviços; (ii) segurança dentro e fora dos serviços, seja investigando atividades suspeitas e violações dos termos de uso ou garantindo que os serviços sejam utilizado de forma lícita; (iii) possibilidade de envio de anúncios sobre os serviços do aplicativo e das empresas do grupo Facebook; (iv) embora esteja expresso que não são autorizados banners de anúncios de terceiros no aplicativo e não haja intenção em mudar isso, também consta que "caso venhamos a fazer, nós iremos atualizar esta política"; (v) mensagens com terceiros, como empresas, em comunicações sobre pedidos, transações, informações de agendamento e notificação de envio e entrega. Política de Privacidade do WhatsApp. Disponível em: <https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy?lang=pt_br>. Acesso em: 05 mai. 2021.

serviços do WhatsApp?" e "*Qual conjunto de dados é tratado para finalidades não relacionadas aos serviços de mensageria?*" (Doc. Anexo, p. 21)

153. Na base legal do legítimo interesse, dada um certo nível de discricionariedade do controlador, são de extrema importância a articulação entre os requisitos dessa base legal, aos princípios da transparência e da finalidade, ou seja, não deve haver somente a disponibilização de informações, mas o encadeamento preciso entre elas de modo a revelar uma compreensão do fluxo informacional e estando atreladas a situações concretas. Nesse sentido, os artigos 6º, I, e VI e 10, caput, da LGPD, reiteram o dever do responsável pelo tratamento de dados em delinear o contexto em que se dará a operação, a fim de coibir situações futuras que podem existir com o amparo de termos abstratos ou genéricos.

154. Assim, a vagueza da política de privacidade do WhatsApp em admitir situações futuras (como nos dados que podem ser compartilhados) e a falta de articulação entre cada conjunto de dados, o propósito que justifica seu uso e a forma do compartilhamento, **demonstram a incapacidade de atrelar o tratamento de dados a situações concretas de modo a inviabilizar o uso da hipótese de legítimo interesse como um todo**.

2. Dados não são estritamente necessários para a finalidade pretendida (art. 10, §1º)

155. Quando o tratamento de dados for baseado no legítimo interesse, "somente os dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida poderão ser tratados" (art. 10, §1º). Nesse sentido, o legítimo interesse é especialmente conectado aos princípios da adequação[61] e da necessidade[62]. Devem ser tratados, portanto, o mínimo de dados, que devem guardar uma relação de proporcionalidade e pertinência em relação às finalidades do tratamento de dados.

156. O WhatsApp não publicou qualquer teste ou critério adotado pela plataforma que possibilite a análise da correlação entre as categorias de dados coletados e compartilhados e as respectivas finalidades pretendidas, tampouco diferenciou quais dados eram estritamente necessários para o funcionamento do serviço e quais servem a usos secundários. Sem essas

[61] Art. 6º, II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento.
[62] Art. 6º, III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

informações articuladas, não é possível saber, dessa forma, se é possível atingir os mesmos resultados com uma quantidade menor de dados.

157. Ou seja, o WhatsApp não demonstra que os dados coletados e compartilhados sob a base do legítimo interesse são estritamente necessários para atingir as finalidades almejadas, de modo que, também sob o requisito da necessidade, o legítimo interesse não pode ser utilizado.

3. Usos secundários ferem a legítima expectativa do titular e a boa-fé

158. Para a utilização do legítimo interesse, deve-se sopesar os interesses do controlador e de terceiros (supostamente delimitados na primeira fase do teste) com os interesses do titular de dados. Deve-se analisar, portanto, se estes novos usos estão dentro das legítimas expectativas do titular de dados e se são compatíveis com o uso que originou a coleta dos dados[63].

159. No caso do compartilhamento de dados com o Facebook, é verificável a inadequação das finalidades do compartilhamento de dados em relação às expectativas do consumidor. Nesta etapa de análise, consideram-se as atividades que o usuário espera que sejam realizadas com seus dados.

160. Os usos secundários, distintos daqueles para que o serviço de mensageria seja prestado (uso primário), não são intuitivos para o cidadão comum, uma vez que (i) não estão relacionados com a funcionalidade do aplicativo; (ii) não fazem parte da interação padrão entre usuário e plataforma; e (iii) não há correlação direta entre o serviço de mensageria e usos secundários, especialmente compartilhamento de informações com empresas do grupo Facebook para fins de *marketing*-publicidade e *analytics*. **Ao utilizar o WhatsApp, portanto, o usuário não tem clareza, sequer meios para deduzir, que os dados coletados para a entrega do serviço de mensageria são também tratados para outros fins, como a personalização de conteúdo por terceiros**.

161. A expectativa do consumidor é também construída por promessas sobre proteção de dados feitas inicialmente pelo WhatsApp aos usuários e aos órgãos reguladores como a *Federal Trade Comission* (FTC), dos EUA, – contrastante à postura da empresa no período da aquisição pelo Facebook. Ou mesmo dos posicionamentos da empresa, anteriormente à

[63] BIONI, Bruno. p. 237.

compra pelo Facebook, que se colocava contrária ao modelo de negócios baseado em anúncios e monetização de dados[64].

162. Maria Cecília Oliveira Gomes também aponta a impossibilidade do titular de dados compreender e, por consequência, esperar os usos secundários para os quais seus dados são compartilhados com as empresas do Facebook, considerando a complexidade do seu modelo de negócios:

> 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 tratamento de dados é inesperado por acumular e cruzar informações de diferentes contextos experimentados pelo titular, que não apenas o do WhatsApp.** (Doc. Anexo, p. 24)

163. Por isso, como aponta Maria Cecília no parecer elaborado a pedido da *Sum of Us*, "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 (*verine contra factum proprium*) do WhatsApp" (Documento anexo, p. 24).

164. O compartilhamento de dados ainda que realizado para atender a fins relacionados diretamente com a execução do serviço de mensageria, como o de segurança, não precisam ser compartilhados numa base controlador-controlador, de modo que tampouco se enquadram nesta base legal. Em outras palavras, qualquer acesso aos dados, pelo Facebook, deve ser feito na posição de operador, em nome do WhatsApp e com procedimentos rígidos e pré-estabelecidos.

165. A análise da autoridade britânica de proteção de dados (*Information Comission's Office* – ICO)[65] vai no mesmo sentido. Verificou-se que **o WhatsApp não poderia utilizar a base legal do legítimo interesse, pois o compartilhamento seria incompatível com a finalidade para a qual os dados estavam sendo coletados**. Adiciona que o escopo do tratamento de dados excedia as expectativas dos usuários, além de as mudanças não terem sido apresentadas com clareza e objetividade, o que levou à conclusão de que o WhatsApp

---

[64] Disponível em: https://blog.whatsapp.com/why-we-don-t-sell-ads. Acesso em: 06 mai 2021.
[65] 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: 05 mai. 2021.

não atende aos requisitos das fases do Teste de Legítimo Interesse (LIA) estipuladas pela autoridade.

166. O Tribunal Administrativo de Hamburgo[66], na Alemanha, determinou a cessão do compartilhamento de dados entre o WhatsApp e o grupo econômico Facebook pela invalidade da base legal do consentimento utilizada pela empresa, indicando a impossibilidade de alegação do legítimo interesse, pois **a troca de um volume impreciso de dados para o melhoramento de funcionalidades do Facebook não contempla as expectativas dos usuários do WhatsApp**.

4. Exacerbamento dos riscos a direitos e liberdades, sem oferecimento de salvaguardas

167. Por fim, a avaliação da pertinência do legítimo interesse exige uma avaliação dos impactos sobre os direitos e liberdades do titular, o que envolve uma análise dos riscos oferecidos e medidas de salvaguardas adotadas para sua minimização. Os dados coletados somente no WhatsApp já representam um volume de dados alto - com mais categorias de dados que outros aplicativos similares. Somados ao compartilhamento de dados com o grupo econômico Facebook, configura-se como tratamento de dados de alto risco.

168. Isso porque, o compartilhamento dos dados tem como resultado o cruzamento de dados obtidos em contextos distintos, de maneira inesperada ao usuário e sem qualquer controle. Como explica Maria Cecília Oliveira Gomes: "*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"* (Doc. Anexo, p. 25).

169. O WhatsApp **não especifica medidas de salvaguarda** que estejam em curso ou em vias de implementação. Essas medidas são essenciais para garantir o compromisso da empresa com a proteção dos dados de seus usuários, em uma ponderação constante entre o impacto do tratamento e os direitos e liberdades fundamentais do titular. Essas medidas

[66] 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.pdf. Acesso em: 05 mai. 2021.

também precisam estar à altura do volume de dados que o WhatsApp e o Facebook detém e dos processos de compartilhamento pretendidos.

170. A ausência de salvaguardas para a minimização dos riscos faz com que não haja previsão de medidas para lidar com vulnerabilidades, monitorar ameaças que podem potencializá-las ou identificar de forma rápida e eficaz quando ocorre algum incidente para que sejam realizadas ações imediatas de contenção de danos. A ausência de um Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais, em cenário de tratamento de alto risco, é especialmente preocupante.

171. Além de violar o princípio da prevenção da LGPD (Art. 6º, VIII) e da responsabilização e prestação de contas (Art. 6º, X), a postura do WhatsApp também fere o princípio da transparência (Art. 6º, VI) e o compromisso de adoção de medidas especiais que garantam sua aplicação no tratamento de dados quando baseado no legítimo interesse (Art. 10, § 2º), comprometendo a visibilidade sobre o fluxo informacional.

172. São exemplos dessas violações (i) a ausência de um painel de controle para exercício dos direitos dos titulares nas configurações de privacidade do aplicativo; (ii) a não adoção de mecanismos de mitigação de riscos, como anonimização, ou minimização da coleta de dados, (iii) a não indicação, nas políticas e termos de uso, das categorias de dados coletadas divididas entre essencial ou não para o fornecimento do serviço. Diante da falta de mecanismos de mitigação de risco e de medidas que garantam a transparência em todo o processo, é ainda mais alarmante a impossibilidade de o usuário não concordar com as alterações (*opt-out*).

C. Compartilhamento desnecessário para a execução do serviço

173. A identificação das situações em que deve ser aplicada a base legal de execução de contratos deve orientar-se pelos princípios da finalidade, necessidade e adequação e boa-fé objetiva. O princípio da finalidade, quando conjugado com o princípio da necessidade e adequação, aponta para a noção de **minimização**, segundo a qual o tratamento de dados pessoais deve se restringir ao estritamente necessário. Como aponta Maria Cecília Oliveira Oliveira Gomes, "*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*" (Doc. Anexo, p. 28).

174. Assim, levando em conta que objeto principal do contrato firmado entre o WhatsApp e o usuário é a prestação de serviço de mensageria, as mudanças das políticas de privacidade da companhia, sobretudo o compartilhamento de dados com o grupo Facebook para marketing-publicidade e analytics, ou mesmo para qualquer finalidade numa base controlador-controlador - isto é, que permitam o Facebook tratar estes dados em interesse próprio sem atuar como operador -, não podem se justificar pela base legal prevista pelo art. 7, V, da LGPD.

175. No que concerne ao princípio da boa-fé, é por meio dele que se refletem as expectativas das partes contratantes, harmonizando os interesses dos participantes da relação de consumo e impondo limites à relação contratual (art. 4, III, CDC). Nesse sentido, no surgimento do WhatsApp, a empresa se comprometeu a não monetizar ou utilizar os dados de seus usuários para a personalização do conteúdo. Mais do que isso, o WhatsApp se apresentou como uma plataforma segura, capaz de garantir a privacidade completa dos seus usuários por meio da criptografia de ponta a ponta. Com essa promessa, a corporação cativou larga audiência e conquistou uma posição dominante no mercado.

176. No entanto, desde 2016 tais promessas foram quebradas. Isso porque uma nova política de privacidade foi apresentada pela empresa, tornando possível o compartilhamento dos dados pessoais dos usuários do WhatsApp com o Grupo Facebook, frustrando, portanto, a legítima expectativa dos titulares de dados e o princípio da boa-fé.

177. Nesse contexto, em 2019, o **Comitê Europeu de Proteção de Dados** (EDPB) publicou algumas diretrizes estabelecendo que a necessidade contratual não pode ser mobilizada como fundamento legal para a construção de perfil comportamental dos usuários, levando em conta que a expectativa do usuário é de que apenas os dados necessários para a entrega de serviços ou produtos específicos sejam tratados. Além disso, o EDPB estabelece que os usuários devem consentir para que os controladores coloquem os *cookies* relativos à publicidade comportamental.

178. Dado o panorama apresentado, nas palavras de Maria Cecília Oliveira Gomes:

> 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 (Doc. Anexo, p. 30).

VI. OS TERMOS DE USO E POLÍTICAS DE PRIVACIDADE DO WHATSAPP SÃO ABUSIVOS: EXIGEM VANTAGEM MANIFESTAMENTE ABUSIVA, COLOCAM O CONSUMIDOR EM DESVANTAGEM EXAGERADA E O OBRIGAM A DISPOR DE DIREITOS

179. Os termos de uso e as políticas de privacidade do WhatsApp, em síntese, constituem *abuso de direito,* em plena contradição com os direitos básicos do consumidor (art. 6º, CDC). Tal prática ocorre, em especial, por infringir a **liberdade de escolha do consumidor** (art. 6, II, CDC), expondo-o a **métodos comerciais coercitivos e desleais e a práticas abusivas** (art. 6, IV, CDC). Não é demais lembrar que, segundo Laura Schertel Mendes, "*a concretização do dever de proteção do consumidor numa sociedade de informação somente pode ser atingida com o reconhecimento de um direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais*"[67].

180. Como elucidado em tópicos anteriores, a corporação nasceu com a premissa de oferecer um serviço de mensageria seguro e confiável, com a promessa de não monetizar os dados pessoais dos seus usuários. Em 2014, na época da aquisição da empresa pelo Facebook, foi assumido o compromisso de manutenção do seu modelo de negócio, sobretudo em relação à privacidade e proteção de dados. No entanto, em 2016 o Facebook quebrou a sua promessa, apresentando uma nova política de privacidade que, entre outras coisas, objetivava habilitar o compartilhamento de dados entre o WhatsApp e o grupo Facebook.

181. Diante deste contexto, organizações estadunidenses como a *Electronic Privacy and Information Center* (Epic), peticionaram o FTC alegando que a coleta de dados violaria o *FTC Act*. Como resposta, o FTC emitiu uma ordem contra o Facebook, sob a justificativa de que a empresa teria violado os termos sob os quais a aquisição teria ocorrido. As mudanças na política de privacidade, para a autoridade, se enquadraram 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

[67] MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. Saraiva, 2014, p. 202.

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[68].

182. No Brasil, em caso semelhante, em 2017, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a coleta de informações pessoais de clientes do HSBC sem o seu consentimento para compartilhamento para terceiros é ilegal, sendo de rigor se **evitar cláusulas e práticas abusivas** que coloquem o consumidor em desvantagem exageradas perante o fornecedor.

183. Nas palavras do nobre Relator, Min. Luis Felipe Salomão, a coibição de práticas abusivas "***é um dos mais importantes instrumentos de defesa daqueles direitos, conforme dispõe o art. 6, inciso IV, do CDC***". Ao analisar a conduta do HSBC na coleta de informações pessoais de consumidor e compartilhamento para terceiros sem consentimento do mesmo, o relator assim fundamentou seu voto:

> "Nesse rumo de ideias, anoto que o **abuso de direito** se caracteriza sempre que identificada **determinada ação pelo seu titular**, que **ultrapassa os limites do direito que lhe foi concedido** e, nessa esteira, ofende o ordenamento, acarretando um resultado ilícito. De fato, o abuso ocorre sempre que, aparentemente usando de um direito regular, **haja uma distorção do mesmo, mesmo que por um desvio de finalidade**, de modo a prejudicar a outra parte interessada ou a terceiros. (...) Nesse panorama, **sobressai o direito básico do consumidor à proteção contra práticas e cláusulas abusivas**, que consubstanciam prestações desproporcionais, cuja adequação deve ser realizada pelo Judiciário, a fim de garantir o equilíbrio contratual entre as partes, afastando-se o ônus excessivo e o enriquecimento sem causa porventura detectados, providência concretizadora do princípio constitucional de defesa do consumidor, sem olvidar, contudo, o princípio da conservação dos contratos".[69]

184. Partindo-se do precedente firmado pelo STJ, e adaptando ao caso em tela, tem-se precisamente os elementos que configurariam o abuso de direito, dando ensejo à proteção pelo judiciário do direito básico do consumidor contra práticas abusivas nos termos do art. 6, IV, do CDC.

185. Em analogia ao precedente firmado pelo STJ no REsp n. 1.348.523-SP, é notório que há distorções e desvios de finalidades (usos secundários, por terceiros, não esperados pelo consumidor), com limites do direito inicialmente concedido (o tratamento de dados

---

[68] 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 05/05/2021.
[69] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial nº 1.348.523-SP, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 30/11/2017, p. 15.

necessário para a execução do serviço de troca de mensagens e ligações). Nesse contexto, há necessidade de aplicação imediata dos princípios e fundamentos do CDC para que o abuso de direito seja interrompido.

186. Portanto, além da notória aplicação do art. 6, IV, do CDC, a conduta do WhatsApp consiste em **prática abusiva**, nos termos do art. 39, V do CDC, pois **exige do consumidor vantagem manifestamente excessiva** na medida em que amplia o negócio a partir do tratamento de dados para finalidades que extrapolam a prestação de serviços de mensageria.

187. Além de serem práticas abusivas, também podem ser entendidas como cláusulas abusivas, presumidamente exageradas (art. 51, § 1º e incisos, CDC), já que podem implicar a renúncia ou disposição de direitos (art. 51, inc. I, CDC), assim como têm o condão de colocar o consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, inc. III, CDC) e de alterar unilateralmente o conteúdo e a qualidade do contrato (art. 51, inc. XII, CDC), o que, por si só, já é motivo suficiente para aplicação das penalidades administrativas descritas nos art. 22 e 56, do Decreto n.º 2.181/1997.

188. No caso em tela, também é aplicável o art. 39, X, levando em conta que a mudança da lógica econômica e do modelo de negócio gerada pela aquisição da empresa pelo Facebook quebrou a confiança do consumidor, atraído pela promessa de privacidade e segurança.

189. Tampouco é respeitado o princípio de "compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores", previsto no art. 4, inciso II, do CDC.

190. A inovação tecnológica implantada pela corporação deixa o consumidor desprotegido, ao explorar seus dados sem o seu consentimento, e se aproveita (e intensifica) do imenso desequilíbrio da relação entre consumidor e o fornecedor.

191. Além disso, **é possível inferir que as mudanças nas políticas e termos de uso do WhatsApp incorrem nas nulidades das cláusulas contratuais,** conforme definido pelo artigo 51 do CDC. Isso porque o consumidor, para utilizar o serviço, é obrigado a aceitar a cláusula que estipula as diversas finalidades do tratamento de dados. Considerando que o WhatsApp se tornou um dos aplicativos mais utilizados no país a partir da promessa de não monetização de dados, e que ao comprá-lo o Facebook assumiu o compromisso de

continuidade das salvaguardas adotadas pelo modelo de negócio em que a corporação foi fundada, tal cláusula é incompatível com a equidade e boa-fé.

192. Nessa toada, como elucida Maria Cecília Oliveira Gomes:

> "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 o 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. Seguindo a lógica do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, tais cláusulas contratuais são nulas de pleno direito". (Doc. Anexo, p. 36)

193. Conclui-se, portanto, que a monetização de dados para fins de marketing-publicidade e *analytics* ou qualquer compartilhamento de dados numa base controlador-controlador deve ser acompanhada de mecanismos de controle que possibilitem ao usuário barrar a coleta de suas informações para certas finalidades, sob pena de arranjo contratual abusivo nos termos dos art. 6, II e IV, art. 39, V e X, art. 51, incisos I, III e XII, restando evidente também a violação por abuso de direito.

VII. CONCLUSÃO E PEDIDOS

194. Portanto, este Instituto requer à Senacon, à ANPD e ao MPF, em manutenção e expansão das providências estabelecidas na Recomendação de 07 de maio, que atuem para garantir o direito fundamental à proteção do consumidor e à autodeterminação informativa, garantindo ainda o direito de controle, meio de comunicação essencial, transparência e finalidade adequada às expectativas legítimas e aos dados necessários, transparência; proteção do consumidor vulnerável (art. 170, CF), diminuir assimetrias de informação, evitar práticas abusivas, garantindo acesso do consumidor a meio de comunicação fundamental.

195. O presente requerimento está fundamentado em conformidade com o ordenamento jurídico vigente, especificamente na **Constituição Federal**, arts. 5º, XXXII; 129, 170 e 227; Lei nº 8.625/1993; na **Lei Geral de Proteção de Dados**, art. 6º, I, II, III, VI, VIII e X ; art. 7°, inc. I, II, V, IX e § 5º; art. 9º e incisos; art. 8º, §4º § 5º e 6°; art. 9º, § 1º; art. 10; art. 14, art. 18, inc II, VIII e IX e §2º e art. 55-J, inciso I, VII, VIII, IX, X, XIX, § 3º e 4°; no **Código de Defesa do Consumidor**, art. 4º, inc. I, II, III e IV; art. 6º, inc. II, III, IV e par. único; art. 31; art. 37, §1º e 3º; art. 39, inc. V, IV, V; X art. 51, inc. I, III, XII e § 1º e art. 106; no **Marco**

Civil da Internet (MCI, Lei nº 12.965/14), art. 7º, VII e IX; art. 11; art. 12 e art. 18 Decreto n. 8.771/2016; no **Decreto n. 9.662/2019**, art. 17; no Estatuto da Criança do Adolescente, art. 3º; na **Convenção sobre os Direitos da Criança:** art. 32, parágrafo 1° e; por fim, no Decreto 2181/1997: art. 14; art. 22; art 56, conforme exposto no desenvolvimento dos parágrafos acima.

196. Ressalta-se que a Recomendação, com todos seus méritos, solicita ao Facebook que não realize qualquer tratamento ou compartilhamento dos dados recebidos pelo WhatsApp com base nas alterações da política de privacidade de 2021. Contudo, pelas razões de fato e de direitos expostas, é fundamental que o Facebook sequer tenha acesso a estas informações, não somente que deixe de compartilhar; bem como é preciso que não seja permitido, cautelarmente, quaisquer compartilhamentos com o Facebook dos dados dos consumidores, independente se embasados na política de privacidade de 2016 ou de 2021.

197. Assim, como **medida liminar e impositiva**, requer, com fundamento no **art, 56, par. único, CDC**, no **art. 45, Lei 9784/1999**, nos arts. 11 e 12, do Marco Civil da Internet; no art. 18 do **Decreto n. 8.771/2016**; e no **Decreto n. 9.662/2019** em respeito à autodeterminação informativa, com consentimento como manifestação livre, informada e inequívoca para uma finalidade específica, respeitado o direito de oposição (*opt-out*) e o direito de revogação do consentimento, para que **cautelarmente:**

i. seja suspensa a alteração da política de privacidade do WhatsApp até o julgamento final pelas autoridades administrativas;
ii. determine à empresa que avise aos consumidores que a mudança da política de privacidade está suspensa até decisão das autoridades competentes;
iii. determine à empresa que se abstenha de compartilhar os dados e metadados dos consumidores com as demais empresas do Grupo Facebook, exceto para fins de segurança em que o Facebook atue como operador;
iv. determine à empresa que se abstenha de limitar a usabilidade do aplicativo em razão da não aceitação dos novos termos da política de privacidade, até a conclusão dos processos administrativos.

198. No mérito, requer:

i. seja condenada a empresa a realizar o tratamento regular dos dados, para que a política de privacidade cumpra com os princípios da finalidade, adequação, necessidade e transparência, com indicação das bases legais aplicáveis a cada

uma das finalidades e os tipos de dados pessoais necessários para cada uma das finalidades, apresentados de maneira articulada, e com a criação de um canal de atendimento que facilite ao titular o exercício dos seus direitos.

ii. E por fim, que cesse com o compartilhamento de dados de seus usuários com o grupo Facebook, só sendo permitido, adequadamente atrelados às expectativas legítimas do consumidor, com **consentimento expresso**, **livre** e **informado** do titular dos dados (na modalidade *opt-in*), ou somente admitido, de maneira restrita e para fim de segurança, somente no caso em que o Facebook atue como operador, isto é, às ordens do WhatsApp, sem utilizar os dados em benefício de seus próprios negócios.

199. Requer ainda, a condenação das empresas pela infração ao Marco Civil da Internet (arts. 7º, VII e IX, 11 e 12, II c/c Decreto n. 8771/2016, art. 18). Ressalta-se que a Senacon possui legitimidade e competência para a aplicação das sanções do MCI, nos termos do Parecer n. 00299/2021/CONJUR-MJSP/CGU/AGU (NUP: 08012.000668/2021-62).

200. Requer a juntada desta manifestação em processo administrativo aberto pelas autoridades para tratar do caso, em específico pela Senacon, pela ANPD (Processo NUP 00261.000012/2021-0) e pelo MPF.

201. Com fundamento no art. 9º, inc. III e IV, da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999), este Instituto: (i) Requer habilitação do Idec como terceiro interessado em procedimento administrativo no MPF; e (ii) Reitera o pedido de habilitação do Idec como terceiro interessado nos processos administrativos abertos, em específico pela Senacon e pela ANPD (Processo NUP 00261.000012/2021-0), em especial tendo garantido o acesso à Nota Técnica 02/2021/CGTP/ANPD e ao Relatório nº 9/2021/CGF/ANPD.

202. Diante da urgência do caso, requer seja encaminhada a este Instituto a resposta dada pelas empresas WhatsApp e Facebook, que, conforme as Recomendações, tinham o prazo até 10 de maio último para resposta, como forma de garantir a transparência de informação relevante para toda a sociedade.

203. Desde já, para consecução do efetivo acesso à justiça dos consumidores, o Idec se coloca à disposição do MPF para uma atuação conjunta no Judiciário, caso não aconteça um desfecho favorável aos consumidores na atuação administrativa.

204. Por fim, pede-se que as comunicações escritas relacionadas ao caso sejam feitas por meio do e-mail (coex@idec.org.br), aos cuidados de Michel Roberto de Souza e Christian Tárik Printes.

205. Certos de sua atenção, e prontos para prestar mais esclarecimentos, aguardamos sua manifestação e agradecemos antecipadamente.

Respeitosamente,

Teresa Liporace
Diretora Executiva

Diogo Moyses Rodrigues
Coord. Programa de Direitos Digitais

Juliana Oms

Juliana Oms
OAB/SP 442.657

Michel Roberto Oliveira de Souza
OAB/SP 323.983

Christian Tárik Printes
Coordenador Jurídico
OAB/SP 316.680

Igor Rodrigues Britto
Diretor de Relações Institucionais
OAB/DF 54.565

Camila Leite Contri
OAB/SP nº 453.466

Fábio Machado Pasin
OAB/SP n°401.618

Julia de Carvalho Catão Dias
OAB-E/SP nº 233083

Larissa Rosa
Pesquisadora (RG nº 43.653.232-3)

Nagila Camila Felix de Oliveira
Pesquisadora (RG nº 22.225.374)

Luã Fergus Oliveira da Cruz
Pesquisador (RG nº 2275729-5)

Anexos

1. Carta Coex n. 80/2021, de 31 de março de 2021
2. Parecer sobre as alterações na política de privacidade e termos de uso do WhatsApp, Prof. especialista em Privacidade e Proteção de Dados, Maria Cecília Oliveira Gomes, de 25 de março de 2021