

O FENÔMENO DO “FLASH SMS (CLASS 0 SMS)” E A SUA UTILIZAÇÃO COMO PUBLICIDADE ABUSIVA PELAS EMPRESAS DE TELEFONIA DO BRASIL

Manuela de Oliveira Souza Brito¹

RESUMO

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

Palavras-Chave: *Flash SMS*; Mensagem *Pop-Up*; Publicidade Abusiva; Relações de Consumo.

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo discutir brevemente el concepto de "Flash SMS" y la popularización del fenómeno basado en el avance tecnológico de los *smartphones*. La modalidad de mensaje de texto en formato "pop-up" se ha convertido en una de las principales herramientas utilizadas por las compañías telefónicas con fines publicitarios y, a partir de esto, se pretende analizar cómo esta herramienta puede transmitir publicidad abusiva a los consumidores. En este sentido, se examinarán las "notificaciones automáticas" y por qué este tipo de mensaje debe considerarse ilegal en vista del Código de Protección al Consumidor (CDC). Además, el documento también busca analizar el discurso judicial prevaleciente sobre este tema y el Proyecto de Ley 3.154/2015 como un mecanismo para abordar el abuso realizado por las compañías telefónicas.

Palabras Clave: *Flash SMS*; Mensaje *Pop-Up*; Publicidad abusiva; Relaciones con el Consumidor.

¹Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Integrante dos grupos de estudo “Contratos e Responsabilidade Civil”, da OAB/BA Jovem e “Conversas Civilísticas”, da Faculdade de Direito da UFBA. Foi integrante do grupo de pesquisa “Responsabilidade Civil no Comércio Eletrônico e na Proteção dos Dados Pessoais dos Consumidores”, também da Faculdade de Direito da UFBA. Atualmente é estagiária jurídica no Da Maia Python Advogados.

1 INTRODUÇÃO

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

As sociedades de consumo são caracterizadas pelo “desejo socialmente expandido da aquisição do ‘supérfluo’, do excedente, do luxo [...]” (RETONDAR, 2008, p. 3). Desta maneira, este tipo de sistema é marcado pela insaciabilidade e constante necessidade de novos produtos, gerando um ciclo inesgotável de consumo que se retroalimenta pelo desejo cada vez mais fugaz e liquefeito do novo (BAUMAN, 1999, p. 80).

Após a Revolução Industrial, o consumo passou a ser constituído como campo autônomo e se caracterizou como importante área de estudo, visto que, de maneira desenfreada, se tornou uma realidade cultural em meio à sociedade capitalista (BAUMAN, 1999, p. 79). Nesta ótica, Bauman esclarece que estudar o fenômeno da relação de consumo é compreender a própria organicidade da sociedade, entender a nova dinâmica da regularização do tempo e saber que a cultura do consumo envolve, precipuamente, o esquecimento e não o aprendizado (BAUMAN, 1999, p. 79).

Ao analisar as práticas de fomento dessas relações, é possível averiguar que a publicidade é o principal mecanismo de apreensão do consumidor, sendo vital para sustentação econômica, social, cultural e jurídica do mundo contemporâneo (BAGATINI, 2005, p.3)². Infere-se, assim, que a publicidade se encontra inerente à sociedade, de modo que cabe ao Direito, enquanto ciência formulada para tutelar os bens jurídicos fundamentais, regular e fiscalizar a divulgação da oferta de produtos e serviços.

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

2 O “FLASH SMS (CLASS 0 SMS)”: EM QUE CONSISTE ESSA TÉCNICA

O “*Flash SMS*”, “*Class 0 SMS*” ou até mesmo “mensagem *pop-up*” são denominações de uma nova modalidade de mensagem de texto que surgiu a partir do avanço da tecnologia dos *smartphones*. Na contemporaneidade, o *flash SMS* está sendo utilizado de forma recorrente por empresas de telefonia para divulgação e venda dos seus serviços e, conseqüentemente, alcance

²BAGATINI, Idemir Luiz. Os efeitos da oferta e da publicidade nas relações de consumo. *Revista Direito em Debate*, v. 14, nº 24, 2005, p. 3: “A publicidade, para o mundo contemporâneo, passou a ser vital sob os pontos de vista econômico, social, cultural e mesmo jurídico. O Direito despertou, recentemente, para o fenômeno da publicidade e com urgência procurou regulá-la, para que não abusasse de sua força, submetendo o consumidor aos seus caprichos [...] A sociedade de consumo é produto da publicidade, pois esta se encontra em todos os lugares.”

de consumidores. Diferente das mensagens usuais, esse novo dispositivo apresenta características singulares, como: rapidez no envio do conteúdo, fácil acesso do consumidor e, principalmente, inexistência de registros ou histórico após visualização da mensagem de texto.

O *Short Message Service* – o SMS tradicional – é a forma de publicidade em dispositivos móveis mais comum (EHRENBERG, 2012, p. 9)³. No entanto, a nova ferramenta – o *flash SMS* – se popularizou de forma tão expressiva que, atualmente, existem empresas especializadas no envio de mensagens de texto desta modalidade, qualificadas para impulsionarem a comunicação e atraírem novos consumidores com o envio de “notificações *push*”, sendo considerada uma forma de *mobile marketing* (EL-AMME; CEREJA, 2010, p. 15)⁴ muito eficaz.

Os “*pop-ups*” podem ser definidos como janelas independentes que se abrem de forma automática quando o usuário visualiza alguma página na *internet* (CANESSO; AMADO, 2004, p. 3)⁵. Assim, é possível inferir que as “*mensagens pop-up*” podem ser conceituadas de forma semelhante, uma vez que consistem em mensagens de texto que aparecem na tela do *smartphone* de forma instantânea, e se abrem de forma espontânea, sem precisar de comandos por parte do usuário do aparelho móvel. Anota-se que a ferramenta de *mobile marketing* foi pensada para proporcionar o conhecimento e interação dos clientes perante as ofertas das empresas, sendo utilizada principalmente no setor de bens de consumo de médio a longo prazo, tendo em vista que esse tipo de propaganda é reconhecida por ser de rápido acesso e visualização pelos consumidores digitais (CANESSO; AMADO, 2004, p. 9).

Os SMS tornaram-se grandes aliados para concretização do *mobile marketing*. Este veículo proporciona maior rentabilidade financeira para as empresas, tendo em vista que o envio de mensagens de texto apresenta menor gasto e maior facilidade no recebimento da resposta pelo consumidor, pois consiste em um *marketing* direto, em que a resposta pode ser fornecida através de comandos de tela e em tempo real (EL-AMME; CEREJA, 2010, p. 27).

Ao observar de forma crítica essa nova realidade – a propaganda através de mensagens instantâneas – depreende-se que diversas operadoras de telefonia do Brasil utilizam esse mecanismo, de forma abusiva, para expandir o número de consumidores e, conseqüentemente, angariar clientes vinculados aos seus serviços e produtos. Todavia, observa-se, também, alto grau de reprovabilidade da propaganda digital em dispositivos móveis pelos consumidores, vez que não respeita os preceitos do *marketing* de permissão (GODIN, 2000, p. 39 *apud* EL-AMME; CEREJA, 2010, p. 37)⁶.

³EHRENBERG, Karla Caldas. O processo comunicacional móvel brasileiro sob o ponto de vista dos profissionais de publicidade. In: *Anais do Intercom–Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação–XXXV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Fortaleza. 2012*, p. 9 “As ações que envolvem a troca de mensagens via SMS são as mais comuns e normalmente fazem parte de alguma campanha promocional. Muitas vezes devem ser enviadas frases ou pincodes para que o consumidor concorra a prêmios.”

⁴EL-AMME, Michel Leite; CEREJA, Carlos. *Mobile Marketing-Marketing de Mobilidade*, p. 15. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k213420.pdf>. (14 de outubro de 2019): a expressão “*mobile marketing*” se refere a toda atividade de *marketing* e publicidade que se utiliza de dispositivos móveis, sendo o celular o equipamento mais utilizado para aplicação dessa estratégia.

⁵CANESSO, Natacha; AMADO, Faculdades Jorge. Publicidade na *Internet*. Um estudo dos formatos de anúncios on-line. *XXVII Intercom*, 2004, p. 3: “Os *pop-ups* são janelas independentes, menores que o *browser*, que se abrem automaticamente quando o internauta visualiza determinada página. São comercializados por dia ou por faixa horária e tendem a custar mais que o *banner* por proporcionarem maior visibilidade ao anunciante.”

⁶Conforme Godin (2000, p. 39) *apud* El-Amme e Cereja (2010, p. 37): “[...] conceitua o *marketing* de permissão como aquele ‘que oferece ao consumidor a oportunidade de aceitar voluntariamente o *marketing* que lhe querem apresentar.’”

Os anúncios publicitários constantes nos *smartphones*, principalmente em telas ociosas, podem gerar diversos desconfortos para os clientes vinculados às redes de telecomunicações. Isto porque as mensagens *pop-up* podem surgir repentinamente, com notificações concernentes à contratação de serviços e produtos. Deste modo, a imprevisibilidade do surgimento das mensagens pode gerar contratações com vícios de vontade, mediante equívocos e distrações, sendo possível inferir que o *flash SMS* é uma ferramenta bastante nociva quando utilizada de forma mal-intencionada e com exagero por parte das empresas.

3 A PUBLICIDADE ILÍCITA NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DAS SUAS CONSEQUÊNCIAS

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

Tal modalidade, conforme será demonstrado adiante, recebe o nome de “publicidade ilícita” e, em que pese a recente expansão do fenômeno, é abarcada pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Compreendida entre os artigos 30 e 38, bem como no artigo 56 do Código em análise, a “publicidade ilícita” viola frontalmente os princípios da identificação e da vinculação contratual da publicidade; da veracidade; da não-abusividade; da inversão do ônus da prova; da transparência da fundamentação publicitária e da correção do desvio publicitário.

3.1 CONCEITO DE PUBLICIDADE DE ACORDO COM A DOUTRINA

O conceito de “publicidade” pode ser definido a partir de três características essenciais, sendo elas: a capacidade informativa, a força persuasiva e o caráter comercial. (GOMES, 2001, p. 5). Nesta ótica, a publicidade é uma atividade que permite o amplo conhecimento dos bens de consumo e serviços, tornando-os públicos através de uma apresentação com forte teor de convencimento para comercialização.

Ainda à luz dos estudos de Gomes (2001, p. 5), depreende-se que somente no século XIX a atividade publicitária passou a utilizar os meios de comunicação de massa e se fez próspera⁷. Desta forma, em meio a necessidade do escoamento de produtos e desequilíbrio a favor da oferta originados na Revolução Industrial, se fez necessária a criação de um instrumento que possibilitasse o crescimento das vendas, ou seja, que fomentasse o consumo e a demanda.

Nesse panorama, surge a materialidade da publicidade, ou seja, a mensagem pública com conteúdo pago veiculado nos meios de comunicação, que objetiva a venda de produtos ou serviços, através de marcas comerciais, visando um públicos-alvo. Por conseguinte, a

⁷GOMES, Neusa Demartini. Publicidade ou propaganda? É isso aí!. Rio Grande do Sul: *Revista Famecos*, v. 8, n. 16, 2001, p. 5: “Já a publicidade em seu sentido atual, em troca, tem pouco mais de cem anos. Ela nasceu da industrialização, com o advento da revolução industrial, a produção em série, a urbanização, as grandes lojas de departamentos, os meios de comunicação de massa, os transportes coletivos e, graças a tudo isso, com a elevação do nível de vida: a publicidade fez a prosperidade e a prosperidade fez a publicidade. Ambas, prosperidade e publicidade, são causa e efeito da revolução industrial”.

publicidade se utiliza de diversos recursos linguísticos e estilísticos para convencimento e persuasão dos consumidores (TAVARES, 2006, p. 120)⁸.

De acordo com Carvalho (1996, p. 13 *apud* TAVARES, 2006, p. 120), “Toda estrutura publicitária sustenta uma argumentação icônico-linguística que leva o consumidor a convencer-se consciente ou inconsciente. Tem a forma de diálogo, mas possui uma relação assimétrica”. Desta maneira, o emissor utiliza das peculiaridades linguísticas para impor valores, ideias e mitos com o intuito de “seduzir” o receptor, ou seja, o consumidor.

Com isso, entende-se que a publicidade se apropria de uma linguagem de fácil entendimento, seja a partir de símbolos, recursos fonéticos ou lexicais, para conquistar os mais diversos consumidores, formulando uma comunicação atrativa e dinâmica (CARVALHO, 1998, p. 67). Neste sentido, o discurso da sedução e da persuasão através dessas ferramentas é imprescindível para a conquista do público-alvo e eficácia nas vendas dos mais diversos produtos.

Por outro lado, em relação ao entendimento em sentido legal, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), apesar de não abordar de forma positiva o conceito de publicidade, retrata as definições dos conceitos “publicidade enganosa” e “publicidade abusiva”, abordando parâmetros de encaminhamento do conteúdo publicitário, em consonância com os ditames legais e visando a proteção e segurança do consumidor (GONÇALVES, 2002).

A partir disto, a lei de defesa do consumidor se preocupa em controlar a publicidade comercial no exercício de uma atividade profissional (DIAS, 2010, p. 18)⁹. Desta forma, infere-se que o Direito se preocupa em estabelecer parâmetros da publicidade saudável para os consumidores.

3.2 A PUBLICIDADE ILÍCITA: ASPECTOS CARACTERIZADORES DA ABUSIVIDADE

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

De acordo com Gonçalves (2002), observa-se a existência de sete princípios norteadores do conteúdo publicitário no Código de Defesa do Consumidor (CDC), sendo eles: o princípio

⁸TAVARES, Fred. Publicidade e consumo: a perspectiva discursiva. *Comum*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 26, 2006, p. 120: “A publicidade é uma mensagem paga veiculada nos meios de comunicação (mídia) com objetivo de se vender um produto ou serviço, sob a forma de uma marca comercial, para um público-alvo (consumidor) utilizando-se recursos linguísticos e estilísticos de ordenação, persuasão e sedução através de apelos racionais e emocionais.”

⁹DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade. Tese de Doutorado. *Universidade de São Paulo*. 2010, p. 18: “Não obstante as diferenças conceituais acima apontadas, na prática, os termos propaganda e publicidade são utilizadas indistintamente, para designar a publicidade comercial, verificando-se certa confusão até mesmo em nossa legislação, como, por exemplo, a disposição do § 4º do artigo 220 da CF, que utilizou a expressão “propaganda comercial” ao tratar da publicidade comercial, bem como dos artigos 56, XII e 60 do próprio Código de Defesa do Consumidor que regulamentou a imposição da “contrapropaganda”, quando se refere à publicidade enganosa ou abusiva.”

da identificação da publicidade¹⁰; da vinculação contratual da publicidade¹¹; da veracidade¹²; da não-abusividade da publicidade¹³; da inversão do ônus da prova¹⁴; da transparência da fundamentação publicitária¹⁵ e da correção do desvio publicitário¹⁶.

Nesta senda, entende-se como publicidade ilícita o conteúdo de *marketing* que não respeita as normas supracitadas abarcadas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), ou seja, conteúdo publicitário que “[...] viola os deveres jurídicos estabelecidos nesta norma na realização, produção e divulgação de mensagens publicitárias”. (MIRAGEM, 2016, p. 278). Assim, ilícita é a publicidade que desrespeita os princípios supracitados.

Ao analisar o art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, observa-se que o Direito não admite a publicidade enganosa nem a publicidade abusiva. Em relação ao segundo tipo de publicidade, é possível inferir que esse modelo de *marketing* utiliza técnicas que são capazes de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde e segurança e, diferente da publicidade enganosa, a publicidade abusiva não é falaciosa, mas sim distorcida, sendo um conteúdo que viola os princípios morais e éticos do corpo social. Nesse sentido, a má prestação de serviços publicitários pode afetar diversos direitos da personalidade do indivíduo, como a violação do direito ao período de descanso¹⁷ e o direito à privacidade e saúde do usuário, sendo capaz de gerar estado de desequilíbrio psicológico dos consumidores.

Publicidade ilícita pode ser definida como o *marketing* que não respeita os princípios apresentados e, conseqüentemente, manifesta um conteúdo viciado em sua formação (FINKELSTEIN, 2010, p. 110). Destarte, a existência de indução abusiva para o consumidor, a “sedução” desmedida da publicidade indutiva, distorção na informação do objeto veiculado e presença de práticas comerciais contrárias à boa-fé, são os principais requisitos para delimitação deste tipo de publicidade.

¹⁰Art. 36 do CDC “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”

¹¹Art. 30 do CDC “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

Art. 35 do CDC “Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.”

¹²Art. 37 do CDC “É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.”

¹³Art. 37 § 2º do CDC “É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

¹⁴Art. 38 do CDC “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

¹⁵Art. 37, parágrafo único, do CDC “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.”

¹⁶Art. 56, XII do CDC “As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: XII - imposição de contrapropaganda.”

¹⁷Art. 6º, I do CDC “São direitos básicos do consumidor: a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivo.”

Esse tipo de publicidade pode gerar diversos danos morais e materiais aos consumidores e, como resultado, ensejar responsabilidades para os fornecedores que cometeram o fato lesivo. Por conta disso, enquadrando-se neste caso, o consumidor pode optar por “exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente [...]” ou rescindir o contrato (ROQUE, 2010, p. 104)¹⁸. Assim sendo, o consumidor possui direito à restituição da quantia e as perdas e danos.

3.3 A VALIDADE CONTRATUAL E A PUBLICIDADE ABUSIVA EMPREENDIDA PELAS OPERADORAS DE TELEFONIA DO BRASIL

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

O contrato, para ser válido e eficaz, apresenta uma série de elementos fundamentais que devem estar presentes para assegurar maior segurança jurídica entre as partes (GONÇALVES, 2017, p. 68)¹⁹. Nesta ótica, a oferta deve ser inequívoca, de fácil entendimento e em língua portuguesa para melhor compreensão do consumidor e para evitar transtornos no momento da validação do contrato (GONÇALVES, 2017, p. 80-81)²⁰, sendo o consentimento recíproco o requisito de ordem especial (GONÇALVES, 2017, p. 28-29)²¹.

O consentimento deve ser livre e espontâneo (GONÇALVES, 2017, p. 30), isto é, o contratante deve estar ciente, a todo momento, do negócio jurídico a ser realizado. Cumpre anotar que a fase de proposta do contrato realizado pelas empresas de telefonia, ou seja, o momento da manifestação da intenção de provocar uma vontade de negociar, em muitos casos

¹⁸ROQUE, Nathaly Campitelli. A prestação de serviços e o Código de Defesa do Consumidor: os cuidados que devem ser tomados pelo fornecedor. Salvador: *Scientia FAER*, v. 2, n. 2, 2010, p. 104: “Estabelece o artigo 35, CDC, que se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá optar por uma das seguintes formas de ressarcimento: a) exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; b) aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; c) rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.”

¹⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 3-Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: *Editora Saraiva*, v. 3, 17ª Ed., 2017, p. 68: “Algumas regras práticas podem ser observadas no tocante à interpretação dos contratos: a) a melhor maneira de apurar a intenção dos contratantes é verificar o modo pelo qual o vinham executando, de comum acordo; b) deve-se interpretar o contrato, na dúvida, da maneira menos onerosa para o devedor (*in dubiis quod minimum est sequimur*); c) as cláusulas contratuais não devem ser interpretadas isoladamente, mas em conjunto com as demais; d) qualquer obscuridade é imputada a quem redigiu a estipulação, pois, podendo ser claro, não o foi (*ambiguitas contra stipulatorem est*); e) na cláusula suscetível de dois significados, interpretar-se-á em atenção ao que pode ser exequível (princípio da conservação ou aproveitamento do contrato).”

²⁰Ibidem, p. 80-81: “Em conformidade com o art. 30 do diploma consumerista, toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos ou serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor, integrando o contrato. A oferta deve ser clara, precisa, veiculada em língua portuguesa e de fácil entendimento.”

²¹Ibidem, p. 28-29: “Os requisitos ou condições de validade dos contratos são de duas espécies: a) de ordem geral, comuns a todos os atos e negócios jurídicos, como a capacidade do agente, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e a forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104); b) de ordem especial, específico dos contratos: o consentimento recíproco ou acordo de vontades.”

se confunde com a própria publicidade veiculada através de notificações *push*, o que torna o teor do contrato muitas vezes abusivo para o consumidor.

De acordo com o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o fornecedor fica vinculado ao serviço que publiciza e, por este motivo, a publicidade veiculada integra o contrato, sendo o fornecedor obrigado a prestar os serviços oferecidos (GONÇALVES, 2017, p. 80-81). Desta maneira, reitera-se a importância de que a oferta deve ser clara e precisa para melhor compreensão do consumidor e, conseqüentemente, para evitar transtornos no momento da validação do contrato.

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

4 O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O “FLASH SMS (CLASS 0 SMS)”

Devido ao impacto deste novo tipo de mensagem de texto, está se tornando cada vez mais comum os consumidores, afetados pela veiculação da publicidade abusiva, recorrerem ao Poder Judiciário como tentativa de assegurar e efetivar seus direitos, previstos no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e no Código Civil (CC/2002).

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

Para o filtro de busca das decisões judiciais, foram utilizadas as expressões “mensagem *pop-up*” e “*flash SMS*” na plataforma de pesquisa de jurisprudência do Portal JusBrasil. A partir disto, foram encontradas 10 decisões²², sendo elas: 1 (uma) decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 1 (uma) do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 1 (uma) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2 (duas) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 1 (uma) do Tribunal de Justiça do Espírito Santo e 4 (quatro) do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O primeiro caso concerne ao entendimento da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no processo nº 700490-59.2017.8.07.0019, em que o autor moveu ação contra a operadora Claro S.A. e a empresa Americel S.A. para impedir o envio excessivo de mensagens *pop-up (flashes SMS)* e do *SMS* tradicional em seu aparelho móvel.

Nos autos do processo, o autor afirmou ter solicitado inúmeras vezes o cancelamento do envio de mensagens para seu celular, com conteúdo publicitário, propondo, inclusive, reclamações administrativas junto a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

²²Não é o objetivo do trabalho discorrer, minuciosamente, sobre todas as decisões judiciais. O presente artigo abordará apenas alguns entendimentos, a fim de se criar um padrão para avaliar como esse tipo de demanda é julgada nos tribunais brasileiros.

Contudo, as mensagens continuaram sendo enviadas de modo desenfreado, o que causou enorme incômodo e perturbação, ensejando danos morais.

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

O segundo caso²³ refere-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na 20ª Câmara Cível de Porto Alegre, no processo de nº 0311767-25.2018.8.21.7000. Neste caso a parte ré foi condenada ao pagamento a título de indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

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

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

O demandante alegou que estes serviços mencionados foram ofertados através de SMS e mensagens *pop-up*, “[...] muitas pessoas clicam no OK da mensagem e, sem querer, ativam esses serviços. A partir daí, é só dor de cabeça, pois após uma reclamação, o serviço é retirado mas, logo em seguida, é “ofertado” no sistema novamente e volta a ser cobrado. É uma situação que causa grande irritação”.

O juízo de primeiro grau entendeu que esta oferta de serviço induz o consumidor a erro e, por isso, é digna de “alto grau de reprovação”. Em face do exposto, a empresa ré foi condenada, parcialmente, a pagar o valor de R\$ 18,93 (dezoito reais e noventa e três centavos) a título de restituição pelos valores cobrados indevidamente e pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

²³O caso em questão assemelha-se ao julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na 2ª Vara do Juizado Especial de São João Nepomuceno, no processo nº 0000925-85.2018.8.13.0629. Neste caso, o juízo de primeiro grau acolheu o pleito autoral e condenou a empresa ré Vivo S.A. a ressarcir os valores pagos indevidamente e pagamento de indenização a título de danos morais no importe de R\$ 4.5000,00 (quatro mil e quinhentos reais). Para justificar o valor da indenização o juiz afirmou que “[...] a demandante vivenciou uma situação desgastante, inclusive, havendo uma grande perda de tempo na busca da solução de um conflito a que não deu causa, tendo em vista que não requereu o fornecimento dos serviços aqui discutidos, devendo, dessa forma, ser compensada”. Ademais, o caso também assemelha-se ao julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na 4ª Vara Cível da Comarca da Capital, na 26ª Câmara Cível do Consumidor, no processo nº 0015058.86.2015.8.19.0204. O autor pediu revisão da sentença e a condenação passou de R\$ 1.000,00 (um mil reais) para R\$ 5.000 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais com manutenção dos demais termos da sentença, ou seja, condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e cessação dos serviços.

O quarto caso²⁴ concerne a decisão deliberada pela Vara Única de Presidente Bernardes do Tribunal de Justiça de São Paulo, na 12ª Câmara de Direito Privado, no processo nº 1001492-35.2017.8.26.0480. O autor também moveu ação contra a operadora Telefônica Brasil S.A. com objetivo de ser reconhecida a inexigibilidade dos “Serviços TData” em sua fatura. Neste sentido, pleiteou pelo reconhecimento da inexistência de contratação, repetição dos valores cobrados indevidamente e indenização a título de danos morais.

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

O quinto caso²⁵ também diz respeito à decisão proferida pela 2ª Vara Cível de Ibitinga do Tribunal de Justiça de São Paulo, na 18ª Câmara de Direito Privado, no processo nº 1000952-69.2019.8.26.0236. O autor moveu ação contra a operadora Telefônica Brasil S.A. para pleitear indenização por danos morais e cessação dos serviços contratados de forma errônea.

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

O juízo de segunda instância entendeu que inexistia “[...] efetivo impedimento legal para o envio das referidas notificações, contudo, pode ser prontamente obstado através da eficaz via administrativa pelo consumidor interessado, exatamente como se deu o caso ora em discussão”. Deste modo, a turma recursal concluiu que o autor não apresentou provas de que contactou a ré e o “simples” descumprimento contratual não se mostrava suficiente para antever a hipótese de indenização a título de danos morais.

4.1 A ANÁLISE COMPARADA DAS DECISÕES JUDICIAIS

²⁴O caso em questão assemelha-se a outro julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, deliberado pela 2ª Vara Crime de Jales, na 12ª Câmara de Direito Privado, no processo nº 1001373-07.2018.8.26.0297. Neste caso, a ré Telefônica Brasil S.A. teve seu recurso conhecido e provido, sendo reconhecido que, em que pese os chamados SVAs costumem ser ofertados por meio de mensagens *pop-ups*, o consumidor deve se atentar para não contratar o serviço questionado: “[...] E como muitas pessoas são apressadas ou desatentas, acabam clicando em OK [...] e, assim, sem querer ou sem perceber contratam o serviço.”

²⁵O caso em questão assemelha-se ao julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, deliberado pela 1ª Vara do Juizado Especial Cível do Foro Regional I de Santana, no processo nº 0028150-61.2018.8.26.0001. Contudo, neste caso, o juízo de primeira instância condenou a ré Tim Celular S.A. apenas “[...] a cessar definitivamente o envio de mensagens de cunho publicitário, seja nas modalidades SMS ou “*pop-up*” (*flash SMS, push, broadcast*)”. Ressalta-se que a indenização por danos morais não foi deferida, pois “No caso dos autos, não restou configurada a ocorrência de dano moral, mas de mero dissabor. Ainda que a conduta da ré tenha causado algum aborrecimento à autora, certamente não foi capaz de lhe macular a imagem ou causar qualquer tipo de abalo psicológico ou sofrimento que demanda indenização. Aliás, a descrição dos fatos feita na inicial não menciona nenhuma especial circunstância decorrente da conduta da ré.”

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

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

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

Em relação ao recebimento de indenização por danos morais, foi possível observar que dos 10 (dez) casos citados, 5 (cinco) deles apresentaram decisões favoráveis ao consumidor, sendo eles: os 2 (dois) casos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o caso julgado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o caso do Tribunal de Justiça Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Desta forma, cumpre anotar que apenas o Tribunal de Justiça de São Paulo não deferiu a indenização por danos morais em nenhum dos casos citados no presente trabalho.

No tocante às sentenças favoráveis ao consumidor, examina-se que em 5 (cinco) casos as decisões não foram recorridas e/ou recorridas e mantidas em sua integralidade, sendo eles: o caso julgado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ambos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e apenas 1 (um) caso do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em relação às decisões reexaminadas, nota-se que 3 (três) delas foram desfavoráveis ao consumidor, sendo concernentes ao julgado do Tribunal de Justiça do Espírito Santo e 2 (duas) decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. Todavia, 2 (duas) sentenças foram alteradas em benefício do consumidor, sendo elas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e, também, de São Paulo.

No que diz respeito a condenação a título de indenização por danos materiais, 4 (quatro) decisões condenaram as rés ao pagamento da restituição simples ou em dobro para a parte autora, sendo elas atinentes aos 2 (dois) casos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do Rio de Janeiro e de São Paulo.

Diante do exposto, nota-se que 7 (sete) dos 10 (dez) casos analisados foram favoráveis, totalmente ou em parte, ao consumidor na esfera judicial. Nesse sentido, conclui-se que muitos tribunais estão reconhecendo a relação abusiva empreendidas pelas empresas de telefonia e penalizando-as, como forma de assegurar os direitos dos consumidores e tentativa de diminuição do envio de conteúdo publicitário abusivo.

5 O ENFRENTAMENTO A PARTIR DA APROVAÇÃO DO PROJETO DE LEI 3.514/2015

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e a Lei Geral Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) são extremamente importantes para assegurar a privacidade e proteção de milhares de usuários, cidadãos e empresas, muitas vezes consumidores. Desta maneira, surge a necessidade, cada vez maior, de uma legislação que regulamente o comércio eletrônico brasileiro e compreenda as modificações sociais e jurídicas decorrentes do avanço tecnológico.

A modernização do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que visa acrescentar um capítulo sobre *e-commerce*, iniciou-se em 2010 e culminou na edição do Projeto de Lei nº 281/2012. Contudo, em 2015, esta proposta foi convertida no Projeto de Lei nº 3.514/2015 e apensado ao Projeto de Lei nº 4.906/2001 (MARTINS, 2016, p. 215)²⁶.

O PL 3.514/2015 permite disciplinar os contratos de consumo e dar maior segurança para os consumidores no ambiente virtual, garantindo os princípios da dignidade, saúde, segurança, proteção de interesses econômicos, melhoria da qualidade de vida, transparência e harmonia das relações de consumo também nas plataformas digitais, contidos no artigo 4º do CDC²⁷. Neste sentido, a atualização do Código visa fortalecer a confiança, proteger os dados dos usuários e assegurar a autonomia da vontade do consumidor, conforme artigo 45-A do projeto de lei supracitado²⁸.

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

Na seção VII, “Do Comércio Eletrônico”, o artigo 45-B²⁹ traz uma série de condições de como a comunicação, no momento da oferta e conclusão do contrato, deve ser realizada. A partir disso, merece especial atenção o inciso VII, pois nesse tópico é preceituado que as informações devem ser claras e ostensivas, merecendo atenção especial a forma que o conteúdo é passado ao consumidor e se a comunicabilidade é eficiente para ambas as partes.

O artigo 45-D³⁰ também é de extrema relevância para regular o combate à abusividade praticada pelas empresas de telefonia na adoção do *flash SMS*, uma vez que descreve as obrigações do fornecedor ao utilizar meios eletrônicos ou similares. O inciso IV do mesmo artigo destaca que o consumidor deve ter assegurado meios técnicos adequados e eficazes que

²⁶MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. *Grupo Gen-Atlas*, 2016, p. 215: “O movimento de atualização cirúrgica do Código de Defesa do Consumidor, iniciado por meio da equipe de juristas instalada no Senado Federal a partir de 07.12.2010, sob a presidência do Ministro Herman Benjamin, certamente dará àquele diploma legal, 21 anos após a sua promulgação, um novo sopro de vida, num trabalho que resultou na edição do Projeto de Lei nº 281/2012, aprovado em novembro de 2015 pelo Plenário do Senado Federal e posteriormente convertido no Projeto de Lei nº 3.514, da Câmara dos Deputados, atualmente apensado ao Projeto de Lei nº 4.906/2001.”

²⁷Art. 4º do CDC: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida e a proteção do meio ambiente, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo...”

²⁸Art. 45-A do PL 3.514/2015: “Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico e a distância, visando a fortalecer sua confiança e assegurar sua tutela efetiva, mediante a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações e a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.”

²⁹Art. 45-B do PL 3.514/2015: “Sem prejuízo do disposto neste Código, os sítios e demais meios eletrônicos, bem como as comunicações remetidas ao consumidor, utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, entre outras, as seguintes informações: [...] VII - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.”

³⁰Art. 45-D do PL 3.514/2015: “É obrigação do fornecedor que utilizar meio eletrônico ou similar: [...] IV - assegurar ao consumidor meios técnicos adequados, eficazes e facilmente acessíveis que permitam a identificação e a correção de eventuais erros na contratação, antes de finalizá-la, sem prejuízo do posterior exercício do direito de arrependimento.”

lhe permita corrigir erros no momento da contratação de produtos ou serviços, antes de finalizá-la, sem qualquer prejuízo futuro em relação ao direito de arrependimento.

A norma do artigo acima se amolda perfeitamente aos argumentos trazidos pela jurisprudência para deferir a indenização a título de danos morais e materiais para os consumidores, uma vez que – como exposto pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul –, o consumidor não pode ser penalizado pelo sistema falho da prestadora de serviço. Assim, cabe ao fornecedor utilizar plataformas seguras, que consigam garantir a vontade real do cliente, não somente a vontade expressa no momento da contratação.

Por sua vez, o artigo 45-E³¹, inciso II, regulamenta a confirmação do contrato eletrônico, muitas vezes não respeitada pelas empresas de telefonia. De acordo com esse artigo, o fornecedor tem a obrigação de enviar ao consumidor “confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta”, justamente para ratificar a existência do contrato e resguardar os direitos do consumidor, por meio da comprovação da relação entre as partes.

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

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

Diante da análise do exposto, observa-se que o Projeto de Lei apresenta grandes novidades e modificações no cenário do comércio eletrônico, mudanças estas fundamentais para proporcionar maior segurança jurídica nas relações negociais. Avançando no tema, importante esmiuçar também o teor do artigo 45-F³² e seus desdobramentos, pois este dispositivo retrata, de forma específica, sobre o envio de conteúdo publicitário para os potenciais consumidores digitais.

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

³¹Art. 45-E do PL 3.514/2015: “Na contratação por meio eletrônico ou similar, o fornecedor deve enviar ao consumidor: [...] II - confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta; [...] IV - formulário, ou link para formulário, facilitado e específico para preenchimento pelo consumidor em caso de exercício do direito de arrependimento.”

³²Art. 45-F do PL 3.514/2015: “É vedado ao fornecedor de produto ou serviço enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que: I - não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio e expresso em recebê-la; [...] III - tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la.”

O § 1º do artigo 45-F³³ também reforça sobre a necessidade do consentimento no envio de mensagens eletrônicas quando o vínculo contratual é formado, de forma clara e ostensiva, e sobre a indispensabilidade da oportunidade de solicitar o cancelamento de envio por parte dos consumidores.

O § 2º, inciso I do mesmo artigo³⁴, revela o papel informativo do fornecedor ao enviar mensagens eletrônicas aos consumidores, devendo constar nestas mensagens “o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz” que permita ao cliente recusar o envio de mensagens não solicitadas.

Por último, o capítulo VII “Das Sanções” retrata sobre as penalidades em caso de descumprimento dos dispositivos acima por parte dos fornecedores. Conforme preceitua o artigo 56, inciso XIII³⁵, o prestador deverá suportar a suspensão temporária ou proibição da oferta de produtos e serviços em hipótese de infração das normas.

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

6 CONCLUSÃO

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

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

Todavia, conforme observância das decisões judiciais, os fornecedores de produtos e serviços telefônicos continuam utilizando artifícios para driblar as garantias consumeristas,

³³Art. 45-F do PL 3.514/2015: “É vedado ao fornecedor de produto ou serviço enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que: [...] § 1º Se houver prévia relação de consumo entre o remetente e o destinatário, admite-se o envio de mensagem não solicitada, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la.”

³⁴Art. 45-F do PL 3.514/2015: “É vedado ao fornecedor de produto ou serviço enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que: [...] § 2º O fornecedor deve informar ao destinatário, em cada mensagem enviada: I - o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz que lhe permita, a qualquer momento, recusar, sem ônus, o envio de novas mensagens eletrônicas não solicitadas.”

³⁵Art. 56 do PL 3.514/2015: “As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: [...] XIII - suspensão temporária ou proibição de oferta e de comércio eletrônico.”

apesar de todo esforço normativo existente, justamente por não haver uma legislação específica que discipline, de forma elucidativa, as relações negociais no ambiente virtual.

Neste cenário, o Projeto de Lei nº 3.514/2015 veio para somar forças e regular os contratos eletrônicos de consumo, proporcionando maior segurança para os consumidores e equiparidade nas relações negociais na esfera digital. Desta maneira, as obrigações dos fornecedores ao utilizar meios eletrônicos ou similares ficam melhores definidas e com teor enunciativo, tendo em vista o caráter obrigatório da norma.

Por fim, relevante salientar que faz-se necessário a interpretação de modo amplo das normas e preceitos jurídicos, visto que relações inéditas estão sendo formuladas a partir do avanço tecnológico. Nesta senda, imprescindível que os tribunais continuem se posicionando de forma favorável ao consumidor em casos semelhantes aos citados no presente artigo e que o PL 3.514/2015 seja aprovado, pois urge a atualização do Código de Defesa do Consumidor para adequar a interpretação jurídica ao cliente digital e as novas possibilidades de consumo.

7 REFERÊNCIAS

AMAPÁ. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei PL 3.514/2015**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) e o art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Texto Original. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=205248>> (15 maio de 2020).

BAGATINI, Idemir Luiz. **Os efeitos da oferta e da publicidade nas relações de consumo**. Revista Direito em Debate, v. 14, nº 24, 2005, p. 3.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução: Marcus Penchel. 1 Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 80.

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

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Recurso Inominado nº 0700490-59.2017.8.07.0019**. Recorrente: Americel S.A. e Claro S.A. Recorrido: Brenno de Lucena Costa. Relator: Eduardo Henrique Rosas. Data de Julgamento: 11 de abril de 2018. Data de Publicação: 16 de abril de 2018. Disponível em <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/567625251/7004905920178070019-df-0700490-5920178070019/inteiro-teor-567625476?ref=serp>>. (10 de maio de 2020).

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Processo nº 0011157-70.2015.8.13.0239**. Parte Autora: Paulo André de Sales. Parte Ré: Telefônica Brasil S.A. Relator: Arthur Eugênio de Souza. Data do Julgamento: 20 de maio de 2016. Data de Publicação: 24 de maio de 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/110454054/processo-n-00111577020158130239-do-tjmg>>. (10 de maio de 2020).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 0311767-25.2018.8.21.7000**. Apelante/Apelado: Julio Alexandre dos Santos. Apelante/Apelado: Claro

S.A. Relator: Dilso Domingos Pereira. Data de Julgamento: 14 de novembro de 2018. Data de Publicação: 21 de novembro de 2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649644964/apelacao-civel-ac-70079465555-rs/inteiro-teor-649644999?ref=juris-tabs>>. (10 de maio de 2020).

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 1001492-35.2017.8.26.0480**. Apelante: Everaldo Durante. Apelado: Telefônica Brasil S.A. Relator: Jacob Valente. Data de Julgamento: 12 de dezembro de 2018. Data de Publicação: 14 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659436664/apelacao-apl-10014923520178260480-sp-1001492-3520178260480?ref=serp>>. (10 de maio de 2020).

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 1000952-69.2019.8.26.0236**. Apelante: Telefônica Brasil S.A. Apelado: Silvio Luiz Titato. Relator: Henrique Rodriguero Clavasio. Data de Julgamento: 14 de outubro de 2019. Data de Publicação: 14 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768681446/apelacao-civel-ac-10009526920198260236-sp-1000952-6920198260236?ref=serp>>. (10 de maio de 2020).

CANESSO, Natacha; AMADO, Faculdades Jorge. **Publicidade na Internet. Um estudo dos formatos de anúncios on-line**. XXVII Intercom, 2004, p. 3.

CARVALHO, Nelly. **O batistério publicitário**. ALFA: Revista de Linguística, v. 2, n. 1, 1998, p. 67.

EHRENBERG, Karla Caldas. **O processo comunicacional móvel brasileiro sob o ponto de vista dos profissionais de publicidade**. In: Anais do Intercom–Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação–XXXV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Fortaleza. 2012, p. 9.

EL-AMME, Michel Leite; CEREJA, Carlos. **Mobile Marketing-Marketing de Mobilidade**, p. 15. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k213420.pdf>. (14 de outubro de 2019).

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

GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade ou propaganda? É isso aí!**. Rio Grande do Sul: Revista Famecos, v. 8, n. 16, 2001, p. 5.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 3-Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Editora Saraiva, v. 3, 17ª Ed., 2017, p. 68.

GONÇALVES, João Bosco Pastor. **Princípios gerais da publicidade no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3181/principios-gerais-da-publicidade-no-codigo-de-protecao-e-defesa-do-consumidor>>. (16 de outubro de 2019).

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. Grupo Gen-Atlas, 2016, p. 215.

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

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

RETONDAR, Anderson. **A (re) construção do indivíduo: a sociedade de consumo como “contexto social” de produção de subjetividades**, p. 3. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/se/v23n1/a06v23n1.pdf>>. (1 outubro de 2019).

TAVARES, Fred. **Publicidade e consumo: a perspectiva discursiva**. Revista Comum. Rio de Janeiro, v. 11, n. 26, 2006, p. 120.