

Dark Patterns: Um Novo Desafio ao Direito Brasileiro

Heitor Ferreira Gonzaga¹

1. INTRODUÇÃO

Quiçá nunca se viu nos âmbitos dos direitos civil e do consumidor brasileiros um fervor tão grande como o atualmente experimentado. Os ventos, ou melhor, as tormentas da modernidade abalam os alicerces do ordenamento com uma cataclísmica quantidade de novas relações contratuais sem precedentes doutrinários. São os contratos de aluguel de imóveis por aplicativo, termos de uso de aplicações cibernéticas, contrato de transporte por Uber etc. Nessas relações, inúmeras são as peculiaridades que as diferenciam dos contratos usuais, mas destas se destaca o novel elemento genético dessas relações: as interações virtuais, cuja regulação apenas começou a ser definida através do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) e outras normas, todavia com muita modéstia e cautela.

Pois bem, ante o quase total despreparo do direito para receber essas novas relações cibernéticas, muitas intempéries são imediatamente observáveis e, por isso, são mais celeremente trabalháveis. O compartilhamento e colheita de dados pessoais feitos por empresas como Facebook, no famoso escândalo da *Cambridge Analytica* comentado pelo documentário da Netflix “Privacidade Hackeada”, e Instagram, este que recolhe 79% dos dados pessoais e distribui a terceiros, segundo aponta pesquisa conduzida pela “pCloud”², é apenas um dos exemplos de polêmica que circunda as contratações eletrônicas modernas.

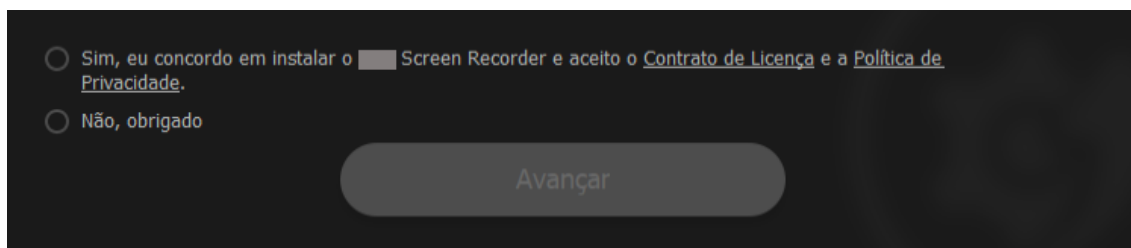
Outros elementos dessas interações virtuais, contudo, passam sorrateiros e despercebidos pelos olhos do jurista, iludindo os desatentos que ante a sua corriqueira aparição no cotidiano possam julgá-lo normal quando,

¹ Graduando em Direito pelo CESUSC/SC. Autor de artigos publicados em sites especializados.

² <https://www.istoedinheiro.com.br/instagram-e-considerada-rede-social-mais-invasiva-por-recolher-dados-dos-usuarios/>

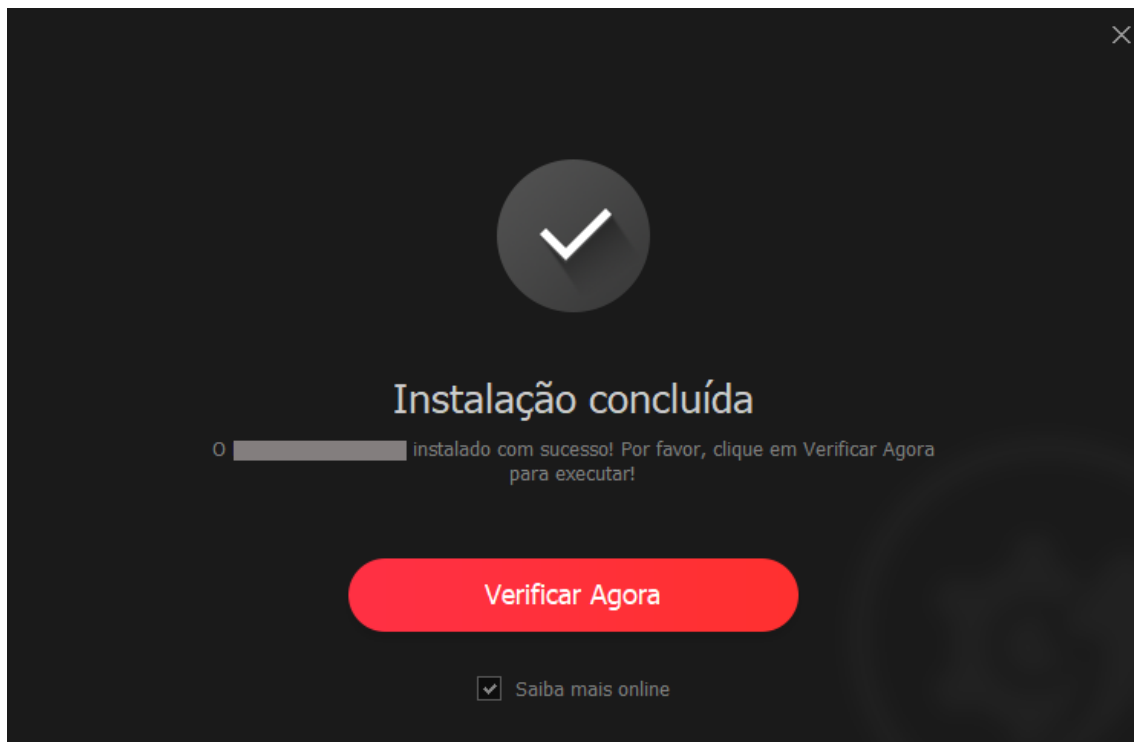
em melhor análise, produzem efeitos nefastos aos consumidores. Neste ano (2021), o Estado da Califórnia dirigiu-se a um desses problemas, editando sua lei de privacidade para incluir a proibição de uma das mais comuns práticas da contratação virtual que ainda não recebeu qualquer atenção da legislação e doutrina brasileiras: os *dark patterns*.

Dark patterns, ou padrões obscuros, em língua vernácula, podem ser definidos como “as interfaces desenhadas com o desiderato de confundir os usuários, tornando difícil expressar suas próprias preferências, ou manipulá-los a tomar certas ações”³. São as opções de design de interfaces que, por exemplo, relevam a escolha de uma opção sob outra, tornando o acesso a esta dificultoso ou cansativo, seja por apresentação de inúmeros anúncios e janelas para dissuadir o usuário ou “esconder” a opção menos vantajosa à empresa usando cores ofuscadas e um tamanho de fonte minúsculo, levando os afetados a consumir os produtos violentamente ofertados ou a praticar ações que favorecem os fornecedores. Por exemplo:



Na instalação do software de determinada empresa a tela acima é mostrada. Se você selecionar “Não, obrigado” e avançar, deixará de aceitar o Contrato de Licença e a Política de Privacidade da empresa? Instalar o “*Screen Recorder*” é requisito para aceitar os contratos? Procura-se justamente confundir o consumidor para que este inadvertidamente concorde com a oferta do novo aplicativo, quando, na realidade, assinalar a segunda opção não importa em rechaçar os contratos de licença e privacidade, mas tão somente a instalação do “*Screen Recorder*”.

³ Do original: “*Dark patterns are user interfaces whose designers knowingly confuse users, make it difficult for users to express their actual preferences, or manipulate users into taking certain actions*”. In: LUGURI, Jamie; STRAHILEVITZ, Lior Jacob. Shining a light on dark patterns. *Journal of Legal Analysis*, v. 13, n. 1, p. 43-109, 2021.



Em seguida a tela acima é mostrada. Note como abaixo de “Verificar Agora”, o comando que executa a aplicação pela primeira vez, há uma soturna e esmaecida opção, já assinalada, “Saiba mais online”, que conduzirá o usuário a uma página da internet com mais opções de serviços e produtos imediatamente ao clicar o botão vermelho se não desmarcada. O viés deste padrão obscuro não é forçar a instalação de um produto, mas o bombardeamento do consumidor com anúncios e propagandas para conduzi-lo, indiretamente, à aquisição de outros *softwares* da empresa.

2. PESQUISAS NA EFICÁCIA DOS PADRÕES OBSCUROS E PRIMEIRAS SOLUÇÕES

A priori, a eficácia dessas práticas é questionável, pois as opções de aceite ou recusa do serviço, mais ou menos acessíveis, não deixam de estar disponíveis ao consumidor, assim como se poderia presumir que os consumidores serão levados por suas próprias vontades ao consumo do serviço ofertado, sem prejuízo da irritante insistência dos fornecedores. A pesquisa

inovadora realizada por Jamie Luguri e Jacob Lior Strahilevitz⁴, entretanto, mostra uma realidade diametralmente oposta à presumida. Com efeito, os acadêmicos conduziram um experimento controlado para averiguar a eficácia de “*mild dark patterns*” e “*agressive dark patterns*” – padrões obscuros amenos ou agressivos - conforme os graus de submetimento do consumidor às técnicas ilusórias aludidas:

Os participantes foram então autorizados a aceitar ou recusar o programa de proteção de dados. Mas as etapas necessárias para fazer isso variaram de acordo com o nível de manipulação do padrão obscuro. Na condição de grupo controle não incluímos qualquer padrão obscuro. Como tal, essa condição serve como uma linha de base para nos ajudar a estabelecer um teto para qual porcentagem da amostra estava intrinsecamente interessada em receber a proteção contra roubo de identidade. Os participantes poderiam clicar em “Aceitar” ou “Recusar”, na primeira tela. Independentemente da opção escolhida, eles seguiram para a etapa final do experimento, que é descrita a seguir.

Na condição de padrões obscuros amenos, os participantes podiam clicar em “Aceitar e continuar (recomendado)” ou “Outras opções” e o botão que aceita a aplicação era selecionado por padrão. Tornamos mais fácil para os usuários aceitarem o programa (porque eles próprios não precisavam selecionar o botão) e mais difícil recusá-lo (porque não havia uma maneira direta e imediata de recusar, apenas para ver outras opções). Adicionar “recomendado” entre parênteses estabelece uma hierarquia falsa. Os parênteses plausivelmente acionam uma heurística em que os consumidores encontram recomendações feitas por um fiduciário neutro em outro lugar e podem não ter certeza de quem está fazendo a recomendação e qual é a base para essa recomendação.

[...]

Na condição de padrão obscuros agressivos, a primeira e a segunda telas eram idênticas àquelas na condição de padrão obscuro fraco. Os participantes que tentaram recusar a proteção contra roubos de identidade foram informados de que, uma vez que indicaram não querer a proteção de seus dados, gostaríamos de fornecer mais

⁴ LUGURI, Jamie; STRAHILEVITZ, Lior Jacob. Shining a light on dark patterns. *Journal of Legal Analysis*, v. 13, n. 1, p. 43-109, 2021., p.1

informações para fazerem uma escolha informada. Pedimos a eles que lessem um parágrafo de informações sobre o que é roubo de identidade. Os participantes podem escolher “Aceitar o plano de proteção de dados e continuar” ou “Gostaria de ler mais informações”. Eles foram forçados a permanecer na página por pelo menos dez segundos antes de poderem avançar e foram mostrados um cronômetro de contagem regressiva durante esse período. Esta tela criou um motel de baratas significativo. Ou seja, obstruiu a capacidade dos respondentes de recusar o programa, tornando-o mais oneroso recusar do que aceitar. Também brincou com as emoções dos respondentes usando uma linguagem vívida e assustadora no texto. Por exemplo, os participantes leram que o roubo de identidade “pode prejudicar seu status de crédito e custar tempo e dinheiro para restaurar o seu bom nome”.

Se os entrevistados optassem por ler mais informações (em vez de aceitar o programa), a próxima tela teria informações sobre por que o roubo de identidade é importante e o que um ladrão poderia fazer com suas informações pessoais. As opções e a contagem regressiva eram as mesmas da tela anterior. Uma terceira tela de informações explicou como é comum o roubo de identidade, com as mesmas opções e contagem regressiva exibida antes que eles pudessem avançar. O efeito cumulativo dessas telas resultou em um padrão obscuro incômodo.

Se os participantes suportassem todas as três telas de informações e escolhessem “Eu gostaria de ler mais informações”, eles eram direcionados a uma pergunta destinada a confundir-los. Foi perguntado a eles: “Se você recusar este serviço gratuito, nosso parceiro corporativo não poderá ajudá-lo a proteger seus dados. Você não receberá proteção contra roubo de identidade e poderá se tornar um dos milhões de americanos que foram vítimas de roubo de identidade no ano passado. Tem certeza de que deseja recusar esta proteção gratuita contra roubo de identidade?” As duas opções eram “Não, cancelar” e “Sim”. Esta pergunta capciosa tentou intencionalmente confundir os participantes sobre qual opção eles deveriam selecionar para recusar o programa. Marcar a caixa que inclui a palavra “cancelar” contra-intuitivamente aceita o programa de roubo de identidade. Os participantes que escolheram “Sim” foram direcionados para a mesma última tela da condição de padrão obscuro leve, que lhes pedia para indicar o motivo da recusa do programa. Depois disso, eles foram

enviados para as mesmas telas finais que todos os participantes viram.⁵

Os resultados da pesquisa foram surpreendentes. No total, as respostas de 1762 participantes foram computadas, sendo que 644 participaram do grupo controle, 600 do grupo submetido a padrões obscuros fracos e 518 do grupo submetido a padrões obscuros fortes. Do primeiro grupo, 73 pessoas aceitaram a oferta, totalizando 11,3% deste grupo; do segundo, submetido a padrões obscuros fracos, 155 pessoas aceitaram, totalizando 25,8% deste

⁵ Do original: *"In the mild dark patterns condition, subjects could either click "Accept and continue (recommended)" or "Other options," and the button that accepted the program was selected by default. We made it easier for users to accept the program (because they did not have to select the button themselves) and harder to decline it (because there was not a straightforward and immediate way to decline, only to see other options). Adding a "recommended" parenthetical is a form of false hierarchy. The parenthetical plausibly triggers a heuristic where consumers encounter recommendations made by a neutral fiduciary elsewhere and may be uncertain as to who is making the recommendation and what the basis for that recommendation is*

[...]

In the aggressive dark pattern condition, the first and second screens were identical to those in the mild dark pattern condition. Participants attempting to decline the identity theft protection were then told that since they indicated they did not want to protect their data, we would like to give them more information so they could make an informed choice. We asked them to read a paragraph of information about what identity theft is. Participants could either choose "Accept data protection plan and continue" or "I would like to read more information." They were forced to remain on the page for at least ten seconds before being able to advance, and they were shown a countdown timer during this period. This screen created a significant roach motel. Namely, it obstructed respondents' ability to decline the program by making it more onerous to decline than accept.³⁴ It also toyed with respondents' emotions by using vivid, frightening language in the text. For example, participants read that identity theft "can damage your credit status, and cost you time and money to restore your good name."

If respondents chose to read more information (rather than accept the program), the next screen had information about why identity theft matters and what a thief could do with their personal information. The options and countdown timer were the same as the previous screen. A third information screen explained how common identity theft is, with the same options and countdown timer displayed before they could advance. The cumulative effect of these screens amounted to a nagging dark pattern.

If participants endured all three information screens and chose "I would like to read more information," they were then directed to a question designed to confuse them. They were asked, "If you decline this free service, our corporate partner won't be able to help you protect your data. You will not receive identity theft protection, and you could become one of the millions of Americans who were victimized by identity theft last year. Are you sure you want to decline this free identity theft protection?" The two options were "No, cancel" and "Yes." This trick question intentionally tried to confuse participants about which option they should select to decline the program.³⁵ Checking the box that includes the word "cancel" counterintuitively accepts the identity theft program. Participants choosing "Yes" were directed to the same last screen as in the mild dark pattern condition, which asked them to indicate their reason for declining the program. After that, they were sent to the same final screens that all subjects saw." In:

LUGURI, Jamie; STRAHILEVITZ, Lior Jacob. Shining a light on dark patterns. *Journal of Legal Analysis*, v. 13, n. 1, p. 43-109, 2021.

grupo; e por fim, 217 pessoas do grupo submetido a padrões obscuros fortes aceitaram a oferta, totalizando 41,9% destes.⁶

Os resultados obtidos de um experimento em ambiente controlado não sintetizam a integralidade dos variadíssimos cenários de aplicação de padrões obscuros, como assumido pelos próprios autores, mas revelam os potencialmente nocivos efeitos dos padrões obscuros ao mercado de consumo e ao próprio consumidor, constatando-se uma crescente irritação nos participantes conforme eram submetidos a padrões obscuros mais agressivos, na mesma proporção caminhando o número de desistências do experimento. O valor da oferta não foi elemento determinante na contratação do serviço fictício ofertado, pois o seu preço foi progressivamente acrescido conforme aumentava a agressividade dos *dark patterns*. Por fim, a educação dos participantes, em sentido oposto, demonstrou-se fator de substancial importância, constatando-se que os indivíduos de menor escolaridade foram mais vulneráveis aos padrões obscuros.⁷

Não obstante a ausência de maiores pesquisas no tópico, visando a proteção de seus consumidores, o Estado da Califórnia foi contundente ao emendar, em 2021, o seu “California Consumer Privacy Act (CCPA)” (Ato Californiano de Privacidade do Consumidor) de 2018, vedando a utilização de padrões obscuros no seguinte estilo:

1798.140. Definições

Para os fins deste título:

(h) "Consentimento" significa qualquer indicação dada livremente, específica, informada e inequívoca dos desejos do consumidor, por meio da qual este, ou o responsável legal do consumidor, procurador, ou tutor, inclusive por meio de uma declaração ou de uma ação afirmativa clara, concorda com o processamento de informações pessoais relacionadas ao consumidor para uma finalidade específica estritamente

⁶ LUGURI, Jamie; STRAHILEVITZ, Lior Jacob. Shining a light on dark patterns. *Journal of Legal Analysis*, v. 13, n. 1, p. 43-109, 2021.

⁷ LUGURI, Jamie; STRAHILEVITZ, Lior Jacob. Shining a light on dark patterns. *Journal of Legal Analysis*, v. 13, n. 1, p. 43-109, 2021.

definida. A aceitação de termos de uso gerais ou amplos, ou documento semelhante, que contém descrições de processamento de informações pessoais junto com outras informações não relacionadas, não constitui consentimento. Passar o mouse sobre, silenciar, pausar ou fechar um determinado conteúdo não constitui consentimento. **Da mesma forma, a concordância obtida por meio do uso de padrões escuros não constitui consentimento.** (grifos nossos)

(I) “Padrão obscuro” significa uma interface de usuário projetada ou manipulada, com o efeito substancial de subverter ou prejudicar a autonomia do usuário, tomada de decisão ou escolha, conforme definido posteriormente por regulamento. (grifos nossos)

1798,185. Regulamentos

(a) Em ou antes de 1º de julho de 2020, o Procurador-Geral deve solicitar ampla participação pública e adotar regulamentos para promover os objetivos deste título, incluindo, mas não se limitando, às seguintes áreas:

(20) A emissão de regulamentos para determinar como uma empresa que optou por cumprir a subdivisão (b) da Seção 1798.135 responde ao sinal de preferência de exclusão e fornece aos consumidores a oportunidade de, subsequentemente, consentir com a venda ou compartilhamento de suas informações pessoais ou o uso e divulgação de suas informações pessoais sensíveis para fins além daqueles autorizados pela subdivisão (a) da Seção 1798.121. Os regulamentos devem:

(C) Certificar-se de que qualquer link para uma página da web ou seu conteúdo de suporte que permita ao consumidor consentir:

(iii) Não faz uso de nenhum padrão obscuro. (Grifos nossos)⁸

⁸ Do original: “1798.140. Definitions
For purposes of this title:

O enquadramento de condutas destinadas à manipulação do consumidor ao consentimento como *dark patterns*, ou padrões obscuros, depende, portanto, da interferência substancial destes na capacidade do consumidor de manifestar sua vontade. Dessa forma, o elemento dos padrões obscuros que foi principalmente repugnado pela legislação americana é sua propriedade de interromper e manipular o consentimento destinado à perfeição da relação jurídica com o fornecedor, acabando por viciá-la. Isto é especialmente pertinente ao direito brasileiro.

3. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Num estudo preliminar da legislação pátria, a aplicação de padrões obscuros seria defesa tanto em relação ao contido no Código Civil, quanto aos vícios no negócio jurídico que permitem a anulação do contrato, e no Código de Defesa do Consumidor, no tocante à violação de direitos básicos do consumidor e práticas abusivas, com algumas restrições em ambos os casos.

(h) “Consent” means any freely given, specific, informed, and unambiguous indication of the consumer’s wishes by which the consumer, or the consumer’s legal guardian, a person who has power of attorney, or a person acting as a conservator for the consumer, including by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal information relating to the consumer for a narrowly defined particular purpose. Acceptance of a general or broad terms of use, or similar document, that contains descriptions of personal information processing along with other, unrelated information, does not constitute consent. Hovering over, muting, pausing, or closing a given piece of content does not constitute consent. Likewise, agreement obtained through use of dark patterns does not constitute consent.

(l) “Dark pattern” means a user interface designed or manipulated with the substantial effect of subverting or impairing user autonomy, decisionmaking, or choice, as further defined by regulation.

1798.185. Regulations

(a) On or before July 1, 2020, the Attorney General shall solicit broad public participation and adopt regulations to further the purposes of this title, including, but not limited to, the following areas:

(20) Issuing regulations to govern how a business that has elected to comply with subdivision (b) of Section 1798.135 responds to the opt-out preference signal and provides consumers with the opportunity subsequently to consent to the sale or sharing of their personal information or the use and disclosure of their sensitive personal information for purposes in addition to those authorized by subdivision (a) of Section 1798.121. The regulations should:

(C) Ensure that any link to a web page or its supporting content that allows the consumer to consent to opt in:

(iii) Does not make use of any dark patterns.” In: LUGURI, Jamie; STRAHILEVITZ, Lior Jacob. Shining a light on dark patterns. *Journal of Legal Analysis*, v. 13, n. 1, p. 43-109, 2021.

3.1. VÍCIO NO NEGÓCIO JURÍDICO - DOLO

Em relação à primeira legislação apontada, o Código Civil, as disposições pertinentes a este estudo são as constantes de seus arts. 145 a 150, no tocante ao dolo como vício do negócio jurídico. Clóvis Beviláqua assim conceitua o Dolo: “Dolo é artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato jurídico, que o prejudica, aproveitando ao autor do dolo ou a terceiro”⁹. O dolo, portanto, guarda próxima relação com o erro, com a diferença de este ser causado por equívoco da própria parte afligida, enquanto aquele é dirigido, intencional. Contudo, a despeito da literalidade do art. 145 do CC ao dispor serem “os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa”, duas distinções influem na possibilidade de anulação do negócio: sua interferência factual na perfeição do negócio e gravidade.¹⁰

Influindo o dolo ou não concretização do negócio jurídico, será classificado como essencial ou accidental. No dolo essencial, os pontos sobre os quais se debruçou o vício cambiaram fundamentalmente a decisão da parte no aceite do negócio, que não teria sido realizado não fosse o artifício da contraparte. No dolo accidental a manifestação da vontade permaneceria com ou sem o vício, mas porque o dolo iludiu a parte quanto às circunstâncias do negócio, cambiando o que poderia razoavelmente esperar de sua execução, a afligida é onerada com encargos e prejuízos. Desta feita, enquanto na primeira hipótese a regra do art. 145 do CC é aplicável, o dolo accidental permite tão somente a “satisfação em perdas e danos”, segundo a regra do art. 146 do CC.¹¹

Em se tratando de dolo essencial, todavia necessária é a avaliação de sua gravidade – a proporção com que profana a manifestação da vontade da parte -, podendo obstar a anulabilidade do negócio conforme se manifesta em níveis aceitáveis (*dolus bonus*) ou inaceitáveis (*dolus malus*). Os anúncios que publicizam um produto como o melhor da espécie são um clássico exemplo de *dolus bonus*, enquanto incorreria em *dolus malus* a empresa que anuncia o seu

⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. 1980; *apud*. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. Vol. 1. Ed. 7. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. Vol. 1. Ed. 7. São Paulo: Atlas, 2007.p. 383-393

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. Vol. 1. Ed. 7. São Paulo: Atlas, 2007.p. 383-393

produto como eficaz para determinadas situações quando, na realidade, não o é.

Os padrões obscuros são enquadráveis em algumas espécies de dolo a depender do intuito a que se destinam e a intensidade com que interferem na manifestação da vontade do consumidor. Afinal, podem ser destinados tanto à indução da aquisição de um produto como à prática de ações favoráveis ao fornecedor, assim como poderão ser empregados de forma amena ou agressiva, em diferentes níveis de eficácia. Portanto, a anulação de negócios jurídicos fundados no emprego de *dark patterns*, nas configurações atuais da norma jurídica brasileira, deverá ser analisada conforme a casuística, lançando as demandas judiciais à inevitável discricionariedade de cada magistrado.

3.2. OS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Da segunda legislação alvo, o Código de Defesa do Consumidor, primeiramente ressalta-se a violação dos direitos do consumidor, constantes de seu art. 6º, que poderá implicar a utilização de padrões obscuros. Efetivamente o caso concreto dirá quais direitos serão afetados por cada padrão obscuro, mas é possível destacar com antecedência a alta possibilidade de violação aos direitos à informação e liberdade de escolha (CDC, art. 6º, II e III), à proteção contra publicidade enganosa (CDC, art. 6º, IV) e à proteção contra danos (CDC, art. 6º, VI).

Adicionalmente, os padrões obscuros podem acarretar a violação do disposto nos arts. 30 a 38 do CDC, conforme empregados em ofertas e demandas, assim como incidir em um dos dispositivos referentes às práticas abusivas, particularmente ao prevalecer-se da ignorância e do desconhecimento do consumidor para fornecer produtos ou serviços (CDC, art. 39, IV).

O enquadramento dos padrões obscuros nessas categorias, entretanto, ainda é casuístico e experimental, pois suas qualidades – agressividade, recorrência, objeto etc. – são cientificamente incertas e sua conceituação doutrinária praticamente inexistente, pelo que apenas maiores pesquisas revelarão o necessário manejo jurídico da prática.

4. CONCLUSÃO

Esta pequena exposição teve o desiderato de introduzir o jurista brasileiro ao problema que os *dark patterns*, ou padrões obscuros, apresentam à sociedade de consumo, mesmo que seus efeitos ainda sejam relativamente incertos, sendo necessárias maiores pesquisas transdisciplinares a respeito. Para a área jurídica, como exposto, intentou-se apontar alguns dispositivos legais e doutrinas aplicáveis por analogia à espécie do calvário, baseado em acepções doutrinárias preexistentes, inspirando-se no já consolidado pela legislação californiana. O direito elencado, contudo, não se pretende definitivo ou muito menos adequado para todos os tipos de padrões obscuros.

Com efeito, a própria conceituação do que se entende por padrão obscuro não é certa na doutrina brasileira, assim como é muito recente na doutrina norte-americana, considerando-se a precocidade no estudo do tema e a imaturidade do direito, em geral, para tratar de questões digitais. Somente após a exaustão do tema em solo brasileiro poderemos solucionar adequadamente o caso concreto. Deve-se, portanto, e com urgência, pois tamanha a celeuma, estudar a matéria para alcançar uma definição concreta do que se entende por padrões obscuros, apontar os limites em que suas utilizações são aceitáveis e, havendo abuso, quais serão os remédios jurídicos ministráveis.