**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

FABÍOLA MEIRA DE ALMEIDA SANTOS

O MARKETING DIGITAL E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

FABÍOLA MEIRA DE ALMEIDA SANTOS

O MARKETING DIGITAL E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais – Direitos Difusos e Coletivos, sob a orientação da Professora Doutora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi.

SÃO PAULO

2009

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho aos meus pais, aos meus irmãos e ao meu sobrinho João Gabriel, pela compreensão da necessidade de minha distância.

AGRADECIMENTOS

À Professora Suzana, orientadora e amiga, que acreditou em minha capacidade, ofereceu desafios a serem enfrentados e, principalmente, por sua confiança.

Ao Professor Marcelo Gomes Sodré, por me apresentar o Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, iniciando a paixão pelo tema.

Aos professores e amigos Frederico da Costa Carvalho Neto, Patrícia Caldeira, Vitor Moraes de Andrade e Alexandre David Malfatti pelo incentivo, oportunidades e credibilidade.

Aos amigos Vinicius Zwarg, Pedro Paulo Barradas Barata, Christiane Hessler Furck, Daniel Orfale Giacomini, Marcelo Gaido Ferreira, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes Nery e Sunara Midory Kajiya Catalano.

Aos meus alunos do Curso de Especialização em Relações de Consumo – Cogeeae – PUC/SP, razão da minha vontade de lecionar e que semanalmente me trazem a certeza de que este é o caminho.

Aos amigos do escritório Braga Nascimento e Zílio Antunes Advogados Associados, pela convivência diária e apoio para a realização deste trabalho.

"O objetivo das questões ou da discussão não deve ser a vitória e sim o aperfeiçoamento".

(Joseph Joubert)

RESUMO

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *O marketing digital e a proteção do consumidor*. 2009. 181f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

O presente estudo traz como objeto de investigação o marketing digital e a proteção do consumidor e pretende abordar e analisar as recentes técnicas de marketing digital e as consequências para as relações de consumo. Para adentrar o tema, o trabalho traça, primeiramente, um perfil da sociedade de consumo e da evolução tecnológica surgida nos últimos anos, necessário para entender a razão da alteração de comportamento do consumidor e das técnicas de oferecimento de produtos e serviços. Com a análise do mercado de consumo passa-se a discorrer sobre o Código de Defesa do Consumidor, sua natureza de norma principiológica e cogente, por se tratar de norma ordem pública, especialmente os preceitos que regem as relações de consumo, desde os previstos no artigo 4º da Lei nº 8.078/90, ou seja, aqueles atinentes à política nacional das relações de consumo até os demais que podem ser extraídos do Código e, neste contexto, os princípios concernentes à publicidade, o marketing e as práticas comerciais. Outra abordagem alude à evolução do marketing, suas características principais e breves considerações sobre a relação dos anúncios publicitários com a semiótica, chegando ao estudo do marketing na era digital e das atuais técnicas de publicidade on-line. Com esse pano de fundo o estudo encontra subsídios para discorrer sobre os principais problemas que as técnicas de marketing digital, quando utilizadas sem o respeito ao Código de Defesa do Consumidor, acarretam para a sociedade, entre eles: a formação de banco de dados, a customização de produtos e formação de perfis por meio da violação da intimidade e da vida privada em razão da busca incessante de dados sensíveis e a concorrência desleal. O resultado da pesquisa aponta no sentido de que referidos atos configuram práticas comerciais abusivas em razão das crescentes vantagens manifestamente excessivas exigidas pelo fornecedor da era digital e apresenta algumas sugestões e projetos de lei que tentam impedir que a vulnerabilidade do consumidor reste por demais exacerbada e sua privacidade corrompida.

Palavras-chave: Marketing digital. Direito do consumidor. Direito à privacidade. Banco de dados. Práticas comerciais abusivas.

ABSTRACT

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. *The digital marketing and consumer protection*. 2009. 181f. Dissertation (Master in Law)-Pontifícia Universidade Católica São Paulo, São Paulo, 2009.

The purpose of this study is to investigate digital marketing and consumer protection. It seeks to scrutinize recent digital marketing techniques and respective consequences towards consumer relations. In order to address the issue, the study firstly draws the profile of consumer society and technological development verified in the last few years, which is necessary to understand the reasoning for alterations in consumers' behavior and of the techniques adopted by suppliers to place its products and services in the market. Through the analysis of consumer market, the study then scrutinizes Brazilian Consumer Protection Code, a statutory Law full of principles, as a public order Law, specially the provisions of article 4 of Law No. 8078/90, that is, those pertaining to Brazilian policy of consumer relations, to the other principles that might be gathered from the Code and, within this context, the principles relating to advertisement, marketing and commercial practices. Another approach refers to marketing development, its main characteristics and brief considerations regarding the relation between advertisement and semiotics, through the study of marketing in the digital age and of current online advertisement techniques. This background allows the analysis of main issues deriving from digital marketing techniques, when they are undertaken without observation to Consumer Protection Code, such as: creation of consumer databases, products customization and building up of consumer profiles by means of violating consumers' privacy as a result of the non-stopping seek of sensitive information, besides unfair competition. The results of the research indicate that such practices should be deemed as deceptive commercial practices by virtue of the increasing unreasonable advantages demanded by suppliers of digital age, and presents suggestions and legislative bills that aim to avoid aggravation of consumers' vulnerability and protect its privacy.

Keywords: Digital marketing. Consumer law. Right of privacy. Consumer database. Deceptive commercial practices.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Evolução do marketing.....	76
---------------------------------------	----

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A SOCIEDADE DE CONSUMO	17
3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS PRINCÍPIOS QUE REGEM AS RELAÇÕES DE CONSUMO	26
3.1 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR.....	31
3.2 PRINCÍPIO DA INICIATIVA ESTATAL NA TUTELA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	33
3.3 PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	34
3.4 PRINCÍPIO DO INCENTIVO À CRIAÇÃO DE MEIOS EFICIENTES DE CONTROLE DE QUALIDADE E SEGURANÇA DE PRODUTOS E SERVIÇOS.....	36
3.5 PRINCÍPIO DA COIBIÇÃO E REPRESSÃO DE ABUSOS, INCLUSIVE DA CONCORRÊNCIA DESLEAL E DA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE MARCAS	37
3.6 PRINCÍPIO DA RACIONALIZAÇÃO E MELHORIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	42
3.7 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO	43
3.8 PRINCÍPIO DA VERACIDADE.....	46
3.9 PRINCÍPIO DA LEALDADE PUBLICITÁRIA.....	48
3.10 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA.....	48
3.11 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA MENSAGEM PUBLICITÁRIA (Art. 36 do CDC)	51
3.12 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL DA PUBLICIDADE (Arts. 30 e 35 do CDC)	52
3.13 PRINCÍPIO DA NÃO ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE (Art. 37, §2º, do CDC)	55
3.14 PRINCÍPIO DA CORREÇÃO DO DESVIO PUBLICITÁRIO (Art. 56, XII, do CDC)	57
3.15 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA	58
3.16 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	59

4 O MARKETING	63
4.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS	63
4.2 O MARKETING E A SEMIÓTICA.....	71
5 O MARKETING DIGITAL	75
5.1 AS TÉCNICAS DE MARKETING DIGITAL	80
5.1.1 <i>Cookies</i>	82
5.1.2 <i>Spams</i>	89
5.1.3 <i>Banners</i>	97
5.1.4 <i>Metatags</i>	99
5.1.5 <i>Cybersquatting</i>	103
5.1.6 Publicidade mascarada.....	104
5.1.7 <i>Affiliations</i>	108
5.1.8 Mensagens subliminares.....	109
5.1.9 <i>Links patrocinados</i>	114
6 O DIREITO À PRIVACIDADE E AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS	116
6.1 A PROTEÇÃO DOS DADOS SENSÍVEIS.....	123
6.2 OS SISTEMAS <i>OPT-IN</i> E <i>OPT-OUT</i> : OS MODELOS AMERICANO E EUROPEU DE ENVIO DE MENSAGENS.....	131
6.3 OS BANCOS DE DADOS E AS EXIGÊNCIAS DE FORNECIMENTO DE DADOS PARA CONCLUSÃO DAS TRANSAÇÕES ELETRÔNICAS COMO PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA.....	141
6.4 A LIBERDADE DE ESCOLHA E AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS	153
6.5 PRIVACIDADE EM AMBIENTE ELETRÔNICO: PROJETOS DE LEI EM TRÂMITE.....	161
7 CONCLUSÃO	166
REFERÊNCIAS	170
REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES	180

1 INTRODUÇÃO

Desde o início do curso de mestrado e das aulas de práticas comerciais no mercado de consumo, a matéria que sempre nos inquietou estava relacionada às novas técnicas de marketing como recurso de acesso, pelos fornecedores, aos consumidores da Era Digital. Essa inquietude ensejou a elaboração de estudo para investigar o marketing digital e a necessária proteção do consumidor.

Pode-se afirmar que, atualmente, a Internet é um serviço essencial e que, cada vez mais, as relações contratuais, sociais ou de trabalho utilizam processos eletrônicos, ou seja, as relações são frequentemente firmadas pelo meios digitais.

O mercado de consumo e precisamente os meios publicitários, por sua vez, precisaram se adequar a essa nova forma de contratação e de comunicação, oportunidade em que foram desenvolvidos métodos capazes de atingir diretamente os usuários da rede.

Nesse contexto se insere o presente trabalho que, ao discorrer sobre a publicidade na Era Digital, pretende analisar as principais questões referentes ao marketing eletrônico, as técnicas utilizadas, os modos de abordagem do consumidor, entre outras, sem olvidar que ditas práticas devem obediência aos princípios constitucionais e à legislação consumerista, muitas vezes desrespeitados.

Ademais, é necessário bem compreender que no momento em que o fornecedor insere na mídia eletrônica uma mensagem publicitária, esta deve estar em consonância com a ordem constitucional e com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), sob pena de se sujeitar às sanções impostas por referidas normas.

A ideia de persuadir o consumidor de maneira que este adquira produtos ou serviços oferecidos é o grande intuito dos profissionais do marketing. Contudo, deve-se ter em mente que as técnicas publicitárias não podem ser ilimitadas, ou

seja, devem obediência aos limites impostos pela legislação consumerista, sob pena de serem caracterizadas como práticas comerciais abusivas.

Diz-se práticas comerciais abusivas, pois entre as técnicas de marketing digital, tem-se o monitoramento intrusivo das condutas do consumidor na rede, o que, por certo, viola a sua privacidade, posto que os fornecedores se apropriam, indevidamente, de informações pessoais do internauta, ou seja, captam os dados do consumidor para a criação de perfis e análises de hábitos de consumo, tais como “frequência de compra, penetração e consumo por segmento, sobreposição das marcas no consumo, *heavy-user*, grau de fidelidade, condições sócio-econômicas e demográficas, fatores de compra”¹. A elaboração desses perfis, vale lembrar, visa oferecer produtos e serviços personalizados e direcionados.

As técnicas de marketing utilizadas na rede, abordadas no decorrer deste trabalho, revelam como as empresas virtuais alcançam o desejo do consumidor e obtêm êxito no oferecimento de seus produtos e serviços com extensa facilidade, ou seja, as técnicas atualmente difundidas pelos meios digitais se mostram muito mais agressivas do que outrora, pois, em poucos segundos alcançam a intimidade do consumidor, com métodos nem sempre transparentes e leais.

Não é por outra razão que referido tema tem sido alvo de grande preocupação na União Europeia. É o caso da Espanha, país que conta a “Agência Espanhola de Proteção de Dados”, órgão que auxilia o cidadão na proteção de sua privacidade, conforme será relatado neste trabalho.

Importante anotar que o ordenamento jurídico considera lícito apenas o marketing que conjugue a observância do princípio da livre iniciativa e o alcance do lucro com o respeito e proteção do consumidor. Assim, qualquer prática diversa será caracterizada um desvio, como por exemplo, a concorrência desleal e a violação ao artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

¹ MARTINS, José S. *O Poder da imagem: o uso estratégico da imagem criando valor subjetivo para a marca*. São Paulo: Intermeios, Comunicação e Marketing, 1992, p. 12.

No aspecto de geração de riqueza, circulação de mercadorias e desenvolvimento econômico, não há que se falar em ilicitude do marketing. Ao contrário, ele atua como instrumento de exploração da atividade econômica e alcance do lucro, o que é constitucionalmente assegurado.

A grande preocupação em matéria de marketing eletrônico, no entanto, surge quando princípios são violados e quando técnicas vão de encontro com a defesa do consumidor, constitucionalmente garantida no inciso V do artigo 170 da CRFB/88.

Algumas das técnicas que aqui serão abordadas atuam de forma com que o consumidor, hipossuficiente e vulnerável frente ao marketing persuasivo, não atente para questões de grande relevância que estão por trás do comércio eletrônico, na maioria das vezes, deixando-o desprotegido pela falta de informação – dever do fornecedor – e que não é veiculada conforme determina a legislação.

Um dos temas de grande preocupação é a formação de banco de dados com informações íntimas dos consumidores, captadas por meio das técnicas de marketing, sem falar que o consumidor, em muitos casos, não tem ciência de que seus dados pessoais estão sendo “fiscados” e repassados a terceiros.

Com efeito, pode-se até equiparar a ilicitude do uso indevido de imagem, vedado pelos artigos 12 e seguintes do Código Civil, com o uso e o repasse indevidos de informações. Não há dúvidas quanto à ilegalidade da utilização de imagem sem autorização, motivo pelo qual é difícil entender as razões pela qual a utilização indevida de informações pessoais não seja vista, até o momento, como um ato contrário ao direito.

No tocante ao tema que nos propomos investigar, pode-se dizer que, entre os bens jurídicos protegidos estão a privacidade, a liberdade de escolha e de expressão, a intimidade, a honra e a vida privada, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a repressão contra o preconceito e qualquer forma de discriminação em razão da transferência de dados sensíveis dos consumidores, entre outros.

Relativamente à privacidade, importa debater questões tais como: existe privacidade do que é público? Um dado público pode ser considerado sensível? O aproveitamento, por longos anos, do histórico de compras de um consumidor pelo fornecedor pode ser considerado ilícito? Quais os limites para que se entenda como violada a privacidade? Quais os dados solicitados que fogem dos critérios objetivos, ou seja, os relacionados à compra virtual? A negativa de venda de um produto em razão da falta de informação sobre dados subjetivos do consumidor é justa causa para a recusa ou configura uma prática comercial abusiva?

A propósito, considerando que a colisão entre desenvolvimento tecnológico e direitos difusos e coletivos é o grande mote da atual sociedade de consumo, procuramos, por meio do disposto no item 06 da Directiva 2002/58 da Comunidade Europeia, que aborda diretamente a questão, demonstrar que “os serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis através da Internet abrem novas possibilidades aos utilizadores, mas suscitam igualmente novos riscos quanto aos seus dados pessoais e à sua privacidade”².

Conhecer as práticas que vêm sendo adotadas pelas empresas na sua sanha de competir no mercado – agora também abrangendo o espaço virtual – contribuirá para que consumidores permaneçam atentos aos dados fornecidos quando das transações eletrônicas, assim como os fornecedores possam, na tarefa de coleta e armazenamento de dados, atuar sem distanciamento dos princípios constitucionais e daqueles que estão no bojo da legislação consumerista, evitando abusividades. Além disso, o estudo colabora para o desenvolvimento de tutelas protetivas da privacidade de toda a sociedade.

Vale ressaltar que o presente estudo não versa sobre o comércio eletrônico em geral nem prega a ilicitude da publicidade. O que se pretende é trazer à baila a discussão sobre as técnicas de marketing digital que podem ser caracterizadas como práticas comerciais abusivas e até mesmo publicidade abusiva.

² EUR-lex. Disponível em < <http://eur-lex.europa.eu> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:PT:HTML>>. Acesso em: 26 jan. 2008.

Como é cediço, tais práticas ofendem valores sociais como a privacidade e infringem a disciplina do CDC, sobretudo quando dados sensíveis dos consumidores são vendidos e transferidos diariamente sem qualquer proteção, conhecimento e controle de seus titulares, além de patente afronta ao acesso ao consumo, sem olvidar que os consumidores que recusam fornecer seus dados estão fadados a não lograrem êxito em sua expectativa de consumo.

Para empreender a tarefa então proposta organizou-se o estudo em sete capítulos. O primeiro, de natureza introdutória, visa apresentar o tema de pesquisa e sua contextualização, as questões-problema identificadas, os objetivos traçados e as justificativas. O segundo capítulo destaca os principais aspectos e as transformações sofridas pela sociedade de consumo até o atual momento, também chamado de Era Digital. No terceiro capítulo, com a intenção de deixar claro que o trabalho visa analisar especificamente as relações de consumo, discorre-se sobre a natureza do diploma legal consumerista como norma especial e principiológica, além de abordar os princípios que devem reger as relações consumeristas. Adiante, no quarto e quinto capítulos, o estudo adentra a temática do marketing, sua importância para a sociedade de consumo e discorre sobre as técnicas digitais utilizadas. Por fim, o sexto capítulo ingressa no estudo da privacidade do consumidor, formação de banco de dados, impossibilidade de controle destes cadastros, seja pelo Estado, seja pelos consumidores, com especial interesse em verificar se a captação de dados de consumo, atividade atualmente utilizada no mercado virtual, configura prática comercial abusiva.

2 A SOCIEDADE DE CONSUMO

A sociedade de consumo, dinâmica e veloz, representa, em síntese, uma sociedade que visa à criação de necessidades, como forma de circulação de riquezas e alcance do lucro.

Em passado distante, as relações se perfaziam mediante o oferecimento de bens produzidos artesanalmente e de forma única e personalizada ao comprador. Ocorre que, com o aumento da população, o desenvolvimento urbano e de técnicas industriais que passaram a facilitar a produção em série e a consequente distribuição a uma parcela cada vez maior de pessoas dispostas a consumir, altera-se também a forma tradicionalmente utilizada por produtores para conquistar os compradores de seus produtos.

Nesse período, em razão da massificação da produção, surgem os primeiros contratos de adesão, gerando relações desprovidas de igualdade e de equilíbrio, ou seja, a vulnerabilidade dos consumidores torna-se visível, dando ensejo à necessidade de criação de instrumentos que os resguardassem.

O discurso do então Presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, em março do ano de 1962, foi um dos marcos da proteção do consumidor, principalmente no tocante à segurança e ao direito à informação, restando claro que a vulnerabilidade e o desequilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores de bens e serviços estavam presentes e necessitavam de proteção. Assim, considerando que desequilíbrio e falta de informação podem gerar consequências ameaçadoras, tornou-se imperiosa a criação de normas capazes de proteger as relações desequilibradas.

No Brasil, a elaboração de uma legislação específica para as relações de consumo decorreu da própria CRFB/88, que além de determinar que o Estado deve promover a defesa do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII), contemplou, no inciso V do art. 170, a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica.

A sociedade capitalista atual, nominada como sociedade de risco, enfrenta o problema do desenvolvimento tecnológico, que, no afã de colocar mais e mais produtos e serviços no mercado, não raro, descarta da necessária segurança quanto ao uso e consumo destes mesmos bens. Em outros termos, os consumidores são diariamente colocados à frente de novos produtos e serviços e, na maioria das vezes, não têm o pleno conhecimento dos riscos que apresentam relativamente aos direitos e garantias individuais e coletivos.

Frise-se que os riscos mencionados, não são apenas os riscos não informados pelo fornecedor, mas sim riscos desconhecidos e até inimagináveis pelos próprios fornecedores, que, por certo, a atual sociedade não conseguirá evitar.

Essa proliferação de inventos não atua em paralelo com a certeza de qualidade e segurança, no entanto, impedir a produção industrial e o desenvolvimento tecnológico torna-se uma utopia, além de não servir para a resolução do problema.

Assim, uma questão que se coloca é a de saber como se poderá implementar a proteção do consumidor diante da sociedade de risco. A resposta para este questionamento encontra respaldo na disciplina do art. 4º da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

Convém anotar que o consumo, embora pareça ser o reflexo da liberdade de escolha, acaba por ter um significado diverso, revelando o aprisionamento do indivíduo frente às diversas práticas de persuasão para o consumo.

Nesse contexto, vale mencionar, o aludido “risco” torna-se latente, tendo em vista que a exposição do consumidor aos produtos acaba por ser involuntária e despercebida.

A lição de Jean Baudrillard ratifica essa assertiva quando pontua que o indivíduo não vive apenas com aquilo que o permite sobreviver, mas com aquilo que acredita que o faz “ser”, o que acaba gerando uma busca pela felicidade, não em valores, mas em produtos transformados em valores. Essa mesma observação é

feita por Gilles Lipovetsky³, na obra “A felicidade paradoxal. Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo”.

Mais adiante, Jean Baudrillard⁴ assevera que:

Actualmente, nada se consome de modo puro e simples, isto é, nada se compra, possui e utiliza para determinado fim. Os objectos não servem para qualquer coisa; acima de tudo, destinam-se a servir V. Exa. sem o complemento de objecto direto, o ‘V. Exa.’ personalizado, sem a ideologia total da prestação pessoal, o consumo não seria o que é. Revela-se como o calor da gratificação e do conforto pessoal que lhe confere todo o seu sentido, não se tratando de satisfação pura e simples. Os consumidores modernos bronzeiam-se ao sol da solicitude.

Da leitura do trecho da obra citada extrai-se a questão-problema que permeia este trabalho, ou seja, os produtos e serviços atualmente disponíveis são oferecidos de forma cada vez mais personalizada e trazem a ideia de que foi feito “para você”. Este é o intuito da sociedade de consumo no mundo contemporâneo – incentivar o consumo individualizado, customizado, dividir a sociedade em nichos.

Com efeito, ao contrário do que se imagina, o consumo é o avesso do que se concebe com a apregoada “liberdade” de escolha. O atual sistema, não raro, contrasta constrangimentos morais e psicológicos com a felicidade que se imagina alcançar com o consumo de determinado produto ou serviço. Esse conflito pode provocar sentimento de angústia e até causar depressão quando o indivíduo, por não conseguir adquirir – ter – determinado “bem”, sente-se frustrado ante a impossibilidade de realizar tal “desejo”.⁵

A sociedade baseada na abundância revela que valores e ideais se perdem em proveito dos prazeres criados. Do mesmo modo, os produtos adquiridos não são vistos como produto do trabalho, mas sim como objetos de poder.⁶

³ Cf. LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*. Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

⁴ BAUDRILLARD, Jean. *Sociedade de consumo*. Lisboa: Arte e Comunicação, 2007, p. 169.

⁵ BAUDRILLARD, Jean. *Sociedade de consumo*, p. 35.

⁶ BAUDRILLARD, Jean. *Sociedade de consumo*, p. 35.

Nessa ordem de ideias, Jean Baudrillard⁷ ressalta que o problema posto pelo consumo diz respeito à necessidade que tem o indivíduo de abundância e de saber que pode desperdiçar. Assim é que o indivíduo passa a não viver apenas com o necessário para a sua sobrevivência, mas com aquilo que acredita que o faz “ser”. O autor arremata o raciocínio com a seguinte questão: “onde acaba o útil e começa o inútil?”⁸.

Como exemplo pode-se citar o que ocorre no mercado de telefones móveis. Pois bem, no íntimo o que se deseja é que o aparelho “deixe de funcionar”, para ter um motivo para comprar um novo e mais moderno, que, por certo, desempenhará a mesma função. O consumo, sob este enfoque, seria o intermédio entre querer um objeto, o seu desperdício e o poder.

Atualmente já se fala em hiperconsumo⁹, observável com a mercantilização da vida em sociedade, ou seja, os apelos de consumo acompanham o consumidor desde o despertar até o repouso. O fato é que o indivíduo está ininterruptamente recebendo ofertas, que cada vez mais se adaptam às suas necessidades, ora inovando antigos e ultrapassando padrões de mercadoria, ora gerando o desejo do novo, na busca de uma aparente felicidade caso alcance o objeto aspirado, criado de acordo com seu estilo e perfil.

Quadra registrar, porém, que não são apenas críticas que devem ser lançadas à sociedade de consumo. De fato, não obstante os riscos que apresenta, ela certamente acabou por trazer e fomentar exigências de padrões de qualidade superiores aos até então existentes, inclusive, como asseverado, com o dever do Estado de atuar na proteção da relação de consumo, de forma preventiva e repressiva, auxiliando os fornecedores na busca de excelência na qualidade de produtos e serviços colocados no mercado, com vistas à dignidade do consumidor.

⁷ BAUDRILLARD, Jean. *Sociedade de consumo*, p. 39.

⁸ BAUDRILLARD, Jean. *Sociedade de consumo*, p. 40.

⁹ Cf. LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*. Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo, p. 20.

Bem a propósito, a legislação existente é capaz de proteger o consumidor, tanto que grandes modificações no mercado foram geradas a partir da edição do citado código consumerista (Lei nº 8.078/90).

A segurança de produtos e serviços também se consolida, o bloco de direitos e garantias do consumidor já está formado e as repressões legais ao causador do dano são de valia. No entanto, os riscos desconhecidos que determinados produtos possam vir a causar e a falta de transparência por parte de fornecedores, ainda são os principais inimigos do consumidor, razão pela qual, atualmente, resta imperiosa a adoção de medidas preventivas à comercialização de produtos e serviços, sendo primordial o impedimento do dano e não apenas a tentativa de recompensa ao consumidor pelo dano sofrido.

Mas não é só. A atual sociedade de consumo está se tornando uma sociedade digitalizada e a todo momento o consumidor quer descobrir as novas tecnologias que se desenvolvem diariamente, revolução tecnológica esta distanciada da possibilidade de controle pelo ordenamento jurídico.

Na interpretação de Newton de Lucca¹⁰:

[...] parece inquestionável admitir-se o surgimento de uma nova era para a humanidade, caracterizada pelo advento das novas tecnologias da informação. Fala-se, assim, recorrentemente, na chamada Sociedade da Informação ou Sociedade Digital.

Patrícia Peck Pinheiro¹¹, ao abordar a questão relacionada a Direito e Internet, destaca:

Se a Internet é um meio, como é o rádio, a televisão, o fax, o telefone, então não há que falar em Direito de Internet, mas sim em um único Direito Digital cujo grande desafio é estar preparado para o desconhecido, seja aplicando antigas ou novas normas, mas com a capacidade de interpretar a realidade social e adequar a solução ao caso concreto na mesma velocidade das mudanças da sociedade.

¹⁰ LUCCA, Newton de. Aspectos Atuais da Proteção aos consumidores no âmbito dos contratos informáticos e telemáticos. In: _____; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*, vol. II. São Paulo. Quartier Latin, 2008, p. 04.

¹¹ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.

O consumidor internauta – como denomina Newton de Lucca¹² – sente-se inferiorizado quando não possui o aparelho de última geração, daí a crescente demanda por produtos altamente descartáveis e de mínima duração, justo para criar a necessidade de aquisição de outros tecnologicamente mais desenvolvidos. A tarefa da Internet, nesse contexto, é contribuir para a necessidade de “descoberta do atual” e da “nova geração”, que descarta produtos tão-somente para que um novo seja consumido. O consumidor, por sua vez, sente-se “infeliz” quando não consegue adquirir determinado bem.

Nessa trilha, a sociedade de consumo acaba sendo guiada pelo oferecimento de produtos e serviços que dizem estar relacionados com valores como a felicidade, o alcance da vida perfeita, a qualidade de vida, a espiritualidade etc. O indivíduo, enquanto não consegue adquirir o “novo bem”, é tomado por um sentimento de insatisfação, ainda que possua um produto similar e com idêntica finalidade.

Essas ilações, importante mencionar, não têm o condão de afirmar que o consumo e a Era Digital sejam malélicas aos hábitos da sociedade contemporânea, ao contrário, o desenvolvimento que hodiernamente se experimenta, fruto da revolução tecnológica, trouxe inúmeras facilidades para a vida das pessoas. Aos usuários da Internet, consumidores ou não, foi disponibilizada quantidade, quase infinita, de informações sobre produtos e serviços, modernas técnicas de comunicação de baixo custo, entre outros.

Ocorre que nem todas as formas de abordagem do consumidor são transparentes, fazendo com que a sociedade vivencie um dos maiores problemas da Era Digital, qual seja, a violação de sua privacidade. De fato, a violação da privacidade do consumidor decorre de práticas comerciais abusivas, tornando ilícita, em muitas ocasiões, a própria oferta de produtos e serviços, situação esta, merecedora de controle¹³.

¹² LUCCA, Newton de. Aspectos Atuais da Proteção aos consumidores no âmbito dos contratis informáticos e telemáticos. In: _____; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*, p. 04.

¹³ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 69. Nas palavras do autor: “O controle da licitude é um dos elementos que inspiraram a defesa do

Com a difusão da Internet, as empresas perceberam que a oferta de seus bens e serviços poderia se realizar de forma menos custosa, atingir um maior número de pessoas e explorar diferentes segmentos. O crescimento do número de consumidores que atualmente têm acesso à rede e que optam por adquirir um produto por este meio eletrônico aumenta diariamente, o que justifica a ânsia dos fornecedores em angariar novos “fiéis”.

A propósito, em pesquisa realizada pelo IBOPE/NetRatings¹⁴, publicada em 16/01/2009, o número de usuários ativos de Internet em residências chegou a 24,5 milhões em dezembro de 2008, apresentando um aumento de 100% em relação a dezembro de 2005, quando havia pouco mais de 12,2 milhões de internautas ativos em domicílios.

Chris Anderson¹⁵, ao abordar a transição ocorrida pós-Internet – do mercado de massa para o mercado de nicho –, destacou a possibilidade de os fornecedores terem produtos nas suas prateleiras “virtuais” para todo e qualquer gosto e não apenas os “hits”: os produtos do momento. Afirmou, na mesma obra, que os consumidores buscam produtos relacionados a gostos pessoais e individualizados, de acordo com seu próprio perfil e não apenas o que busca a “massa”. Por sua vez, fornecedores que estivessem atentos ao mercado virtual teriam, inclusive, a oportunidade de diminuir seus custos.

Ao observar o comportamento dos consumidores da Era Digital, o citado autor assim escreveu:

consumidor. Visa, em regra, a salvaguarda do interesse público (razões da coletividade contra as dos contraentes), restringindo – como se viu – opções da autonomia privada. O controle da funcionalidade tutela o interesse privado sob a ótica preponderante do consumidor, contra o interesse do fornecedor, seja como produtor do bem ou prestador de serviço, seja – ainda nessa condição – como patrocinador ou veiculador da propaganda”.

¹⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Aumenta participação de adultos entre internautas domiciliares. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=6&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=caldb&comp=pesquisa_leitura&nivel=null&docid=9457B242579C653A832575400043B82D>. Acesso em: 09 fev. 2009.

¹⁵ ANDERSON, Chris. *The long tail*. A cauda longa: do mercado de massa para o mercado de nicho. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 02.

Mas para onde estão debandando aqueles consumidores volúveis, que corriam atrás do efêmero? Em vez de avançarem como manada numa única direção, eles agora se dispersam ao sabor dos ventos, à medida que o mercado se fragmenta em inúmeros nichos. A única grande área em crescimento acelerado é a Internet, mas nesse caso trata-se de um oceano sem categoria própria, com milhões de destinos, cada um desafiando, à sua maneira, a lógica convencional da mídia e do marketing.¹⁶

Como se pode observar, com o passar do tempo, a coletividade vem se adaptando ao comércio eletrônico e adquirindo confiança nas contratações virtuais, além de vislumbrar aspectos positivos, facilidades e até melhores preços. No entanto, ainda há muito o que ser feito até que as contratações digitais estejam aptas a atuar em um mercado de consumo sadio, ou seja, até que a inteira disciplina do CDC seja respeitada.

Com efeito, em um primeiro momento, pode-se dizer que o oferecimento de produtos e serviços pela rede Internet não é repudiado pelo ordenamento jurídico brasileiro. O que não se pode admitir é que, em razão da grande facilidade de divulgação de produtos e a necessidade de venda a qualquer custo, neste ambiente se desenvolvam práticas que deixem de observar regras, desrespeitar valores éticos ou abandonar o respeito mútuo que deve existir entre as partes de qualquer relação contratual. Esse fato, por si só, tem levado os operadores do Direito a chamarem a atenção da sociedade para a necessidade de regramento das relações digitais.

A sociedade digital, impulsionada pela informática e pela tecnologia, como antes comentado, trouxe um novo conceito de consumo: o consumo do atual, do novo, do descarte, da agilidade na compra e na possibilidade de comparação célere entre dois produtos ou serviços. Não é por outro motivo que os publicitários, em especial, procuram sempre atingir esta geração de consumidores; pessoas que se sentem infelizes enquanto não consomem.

Assim, em razão do crescente acesso dos consumidores aos meios de comunicação digital, aperfeiçoam-se as técnicas de webmarketing, de maneira a captar e a atrair a manifestação de vontade e desejo de consumo de determinado

¹⁶ ANDERSON, Chris. *The long tail*. A cauda longa: do mercado de massa para o mercado de nicho, p. 02.

produto ou serviço, com um simples acesso às páginas da rede, em determinado site.

Diante desse quadro é que devem ser resguardados os direitos e as garantias individuais e coletivos do cidadão, aqui denominados consumidor-internauta. Trata-se, pois, de um direito difuso, que ultrapassa até mesmo barreiras geográficas, bastando um simples acesso à Internet. Essa “facilidade”, ao mesmo tempo que incita o mercado publicitário, preocupa os operadores do Direito.

Assim, no capítulo seguinte discorre-se sobre os princípios que regem as relações de consumo e adiante são apontadas as violações que merecem ser combatidas. Essa abordagem é importante para que se possa entender as consequências das novas técnicas de marketing na sociedade de consumo, bem como demonstrar os direitos que devem ser respeitados para que o marketing digital seja considerado uma prática lícita.

3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS PRINCÍPIOS QUE REGEM AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Conforme já explicitado, o objeto do presente trabalho é o estudo da proteção do consumidor diante das técnicas de marketing eletrônico difundidas atualmente.

O CDC é considerada uma lei multidisciplinar, repositório de diretrizes e mecanismos próprios às relações de consumo. É lei de ordem pública e de interesse social (artigo 1º), ou seja, possui contorno imperativo, de caráter cogente e obrigatório, apto a regular as relações entre fornecedor e consumidor, incluídos os consumidores equiparados e também atingidos pela relação de consumo (artigos 2º, 17 e 29).

A ideia de que o diploma legal consumerista é um microsistema reflete a organização de seu conteúdo, bem como a sua especialidade e prevalência em relação a qualquer outra norma que trate de uma questão de consumo, naquilo que a contrarie.

Certo é que se está diante de um sistema aberto, dinâmico, que acolhe a entrada de novos valores, admitindo, por exemplo, a integração do contrato pelo juiz, *ex officio*, de forma que a proteção do consumidor esteja assegurada.

Desse modo, amolda-se a norma aos interesses sociais surgidos com a evolução da sociedade, conquanto a ideia de sistema aberto é de evolução e integração, com a possibilidade de incidência de novos princípios. A presença de cláusulas gerais no CDC, por exemplo, atesta a existência de um sistema aberto, com mobilidade, ao contrário do sistema fechado, em que eventuais lacunas devem ser supridas dentro do próprio sistema.

Assim, toda e qualquer relação de consumo, ainda que regida por lei posterior e especial, deverá observar os ditames ali previstos, não podendo contrariá-los, sendo considerados nulos de pleno direito.

O CDC foi elaborado desta forma para evitar que leis posteriores acabassem por revogá-lo ou derrogá-lo e, aos poucos, os mais básicos direitos do consumidor não mais existissem no ordenamento jurídico, além de, com o tempo, perder-se a finalidade de um microsistema de interesse social.

Destarte, qualquer norma posterior e especial que apresente aspectos contrários ao dever de informação ou revele a falta de boa-fé, por exemplo, não poderá prevalecer sobre as normas contidas na Lei nº 8.078/90, pois se trata de norma principiológica e de ordem pública. Em outros termos, o CDC, em razão destas peculiaridades não poderá ser contrariado por qualquer norma posterior e conduzirá, obrigatoriamente, todas as espécies de relações e contratos de consumo.

O microsistema do CDC servirá de norte não apenas para situações particulares e individualizadas, mas de toda a sociedade de consumo, em razão de o Estado ter o dever constitucional de resguardar os direitos dos consumidores, intervindo na autonomia privada.

Ricardo Luis Lorenzetti¹⁷, a respeito do microsistema protetivo das relações de consumo, assevera que:

[...] é um conjunto de normas imperativas que controla a licitude do que é pactuado entre as partes, principalmente sua adequação a valores essenciais do ordenamento jurídico. A autonomia privada conduz ao individualismo e à ruptura da ordem social se não houver um mínimo de controle público sobre as ações privadas; a ordem pública que examinamos obedece a este propósito. Dentro deste quadro axiológico, refere-se a princípios mínimos: à pessoa e seus atributos, à moral e aos bons costumes, à liberdade de comércio [tradução nossa].

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Consumidores*. p. 29. “[...] es un conjunto de normas imperativas que controla la licitud de lo pactado por las partes, principalmente su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico. La autonomía privada conduce al individualismo y la fractura del orden social si no hay un mínimo de perspectiva pública sobre las acciones privadas; el orden público que examinamos obedece a este proposito. Dentro de esta cuadrícula axiológica, se refiere a principios mínimos: la persona, sus atributos, la moral y las buenas costumbres, la libertad de comercio.”

Não se pode perder de vista que os princípios são estruturas, orientações de interpretação dos interesses em jogo e regras de conduta norteadoras da interpretação da norma. Bem por isso, não há como uma lei ordinária contrariar o CDC, pois não estão contidos ali apenas normas e dispositivos mas princípios e cláusulas gerais.

Eros Roberto Grau¹⁸ destaca que “princípio jurídico não é senão uma regra jurídica particularmente importante, em virtude das conseqüências práticas que dele decorrem”.

Paulo Bonavides¹⁹, a seu modo, aduz que “os princípios são as normas-chaves de todo o sistema jurídico”.

Valendo-se das lições de Dworkin e Larenz, José Joaquim Gomes Canotilho²⁰ diferencia os princípios das normas e leciona que: “Os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de Direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional”.

René Descartes²¹, ao conceituar princípios, coloca-os próximos ao termo “começo”, “início” e não como “regras convencionais”. É o que se depreende do seu ensinamento:

Os princípios devem ser tão claros e evidentes que o espírito humano não possa duvidar de sua verdade ao aplicar atentamente a considerá-los; por outro lado é preciso que deles dependa o conhecimento das outras coisas, de forma que eles possam ser conhecidos sem elas, mas não reciprocamente elas sem eles.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 97.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 257.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.086.

²¹ DESCARTES, René. *Carta-Prefácio dos Princípios da Filosofia*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. XXII.

Para o filósofo, o princípio se assemelha a uma verdade absoluta, sendo imperiosa a sua auto-suficiência. Bem por isso, deve-se negar a qualidade de princípio a todo enunciado que se mostrar duvidoso. Admite-se, no entanto, que os princípios dependem de outros conhecimentos, de forma a servir como base de interpretação.

Como já destacado, além dos princípios, o CDC conta com cláusulas gerais. Conforme leciona Nelson Nery Junior²², as cláusulas gerais são princípios positivados, atuam com o intuito de dar mobilidade aos Códigos e são fonte criadora de direitos e obrigações, devendo ser aplicadas de ofício, em razão do caráter de norma de ordem pública.

Diante disso, a revogação de uma norma principiológica ou a desobediência de uma cláusula geral por outra norma jurídica, será de difícil ocorrência. Uma das observações que se faz é no sentido de que a maioria das proibições e condutas tidas como abusivas no CDC fazem parte de um rol apenas exemplificativo, ou seja, ainda que uma prática ou uma cláusula não esteja expressamente arrolada como abusiva, referida conduta (cláusula ou prática) será considerada ilícita em razão do caráter principiológico do referido Código (Lei nº 8.078/90).

O CDC apresenta como princípio, por exemplo, a exigência de que as partes que figuram na relação de consumo atuem de acordo com a boa-fé objetiva, que também é tida como uma cláusula geral, pois já positivada. Assim, qualquer conduta, prática ou cláusula que se distancie de uma conduta leal e proba, esperada na relação entre as partes da relação, será considerada violadora da Lei nº 8.078/90. Vale repetir, na hipótese de uma lei posterior que trate de uma relação de consumo, ainda que específica (seguros, por exemplo), tenha por lícita uma conduta que fira a boa-fé objetiva esta não poderá prevalecer e será nula de pleno direito, pois violou uma norma de ordem pública (artigo 1º da Lei nº 8.078/90).

²² NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil. NETTO, Franciulli; MENDES, Domingos Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (coords.). In: *O Novo Código Civil – Homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006, p. 418-464.

Importante destacar que os princípios que regem as relações de consumo nos auxiliarão a compreender as razões pelas quais determinadas práticas de marketing digital tendem a violar o CDC, sendo incompatíveis com as diretrizes deste microsistema.

Cumpra observar, por oportuno, que o marketing não pode ser visto como um inimigo da sociedade, do contrário estar-se-ia admitindo que dita prática é prejudicial à coletividade. Além disso, referida afirmativa é inverídica, pois as relações comerciais – a maioria – se iniciam em função do marketing, dando impulso ao desenvolvimento das atividades econômicas, à criação de empregos, ao aumento do poder econômico e à geração de lucro e riquezas, o que não é vedado.

Saliente-se, no entanto, que a atividade publicitária, por influenciar mentes e, por consequência, manifestações de vontade, deve ser limitada e regrada por princípios e normas protetivas da parte mais fraca, vulnerável, qual seja, o consumidor.

Convém ressaltar que, embora o objeto deste estudo seja a publicidade “on line” e as práticas comerciais, optou-se por relacionar os princípios regentes, não só da atividade publicitária mas de toda a principiologia do CDC.

Muito se discute quanto à necessidade de criação de legislação específica concernente ao comércio eletrônico. Em alguns aspectos pode-se dizer que eventual legislação possa suprir lacunas deixadas pela legislação pátria existente. Contudo, por meio do estudo dos princípios deste microsistema, dá-se como certa e clara a existência de legislação que resguarda o consumidor-internauta contra determinadas técnicas de marketing digital.

Em que pese arrolarmos em seção própria os principais projetos de lei sobre o tema, quadra consignar o entendimento de que a aplicação das normas já existentes no ordenamento jurídico são capazes de coibir os abusos que vêm sendo perpetrados no mercado de consumo.

O intuito de abordar os princípios trazidos pelo CDC é justamente chamar atenção para o fato de que qualquer técnica de marketing digital contrária à principiologia do referido diploma legal será considerada uma prática abusiva.

Posta assim a questão, passa-se à análise dos seguintes princípios: (i) vulnerabilidade do consumidor; (ii) iniciativa estatal na tutela das relações de consumo; (iii) harmonização das relações de consumo; (iv) incentivo à criação de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços (v) coibição e repressão de abusos, inclusive da concorrência desleal; (vi) racionalização e melhoria dos serviços públicos; (vii) informação; (viii) veracidade; (ix) lealdade; (x) transparência; (xi) identificação; (xii) vinculação; (xiii) não-abusividade; (xiv) correção da mensagem publicitária; (xv) confiança e, (xvi) boa-fé objetiva.

Interessante assinalar, que todos os princípios apresentam relação entre si, não sendo certo afirmar que um ou outro seja mais relevante ou importante, pois o liame entre eles é primordial para a compreensão do tema. Observa-se, ainda, que embora apresentados individualmente em razão da didática, os princípios deverão ser considerados como sistema único e como regramento básico da matéria, sem olvidar a característica de microssistema aberto, que autoriza a integração naquilo que não o contrarie.

3.1 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

O princípio da vulnerabilidade do consumidor está previsto no caput do artigo 4º do CDC. Dito princípio estabelece uma assertiva, uma realidade contra a qual não cabem argumentos ou tentativas de prova em contrário.

Com efeito, o Código assegura que todo consumidor é vulnerável. O legislador partiu da ideia de que, frente ao fornecedor, o consumidor tem menos condições de lidar com a relação de consumo, de fixar pontos em seu favor ou de afastar os que são impostos em desvantagem aos seus interesses.

Dessa feita, pode-se afirmar que o CDC foi criado em razão da verificação da extrema desproporção existente entre consumidores e fornecedores, que permaneciam impotentes e submissos às práticas mercadológicas, ou seja, sem qualquer controle sobre a produção e sobre o que efetivamente consumiam.

O princípio em comento afiança que todos os consumidores, independentemente do fornecedor ou do objeto da relação de consumo, são vulneráveis, são frágeis e sem estrutura para enfrentar a relação propriamente dita ou um litígio.

Antes de aprofundar o estudo é necessário bem compreender o que significa vulnerabilidade. Vulnerabilidade é um estado do indivíduo que em razão da posição que ocupa em uma determinada relação é considerado como alguém sem forças e desprovido de qualidades para atuar, litigar ou figurar em posição de igualdade com o outro pólo relacional.

Alexandre David Malfatti²³, com precisão, leciona:

A vulnerabilidade do consumidor deve ser compreendida como o princípio geral que presume a fraqueza do consumidor no mercado de consumo. Entendo que a vulnerabilidade traduz uma fraqueza geral, tanto técnica como econômica, pois o fornecedor é considerado o detentor do conhecimento técnico (titular da tecnologia que produz os bens e presta os serviços) e possui condições econômicas favoráveis (poder econômico). Os demais princípios acabam, de certa forma, configurando um desdobramento da admissão da vulnerabilidade do consumidor.

Portanto, deve-se ter como premissa, que na relação de consumo todo consumidor é vulnerável, seja pessoa física ou jurídica, tenha conhecimentos técnicos sobre o assunto ou não, tenha plena capacidade financeira ou não. Cumpre anotar ainda que em se tratando de relações desenvolvidas por meio da Internet esta fragilidade permanece.

Nesse sentido, vale colacionar a lição de Elsa Dias de Oliveira²⁴:

²³ MALFATTI, Alexandre David. *Direito de Informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabético Jurídico, 2003, p. 224.

Os consumidores que acedem à Internet para celebrar contratos, tendencialmente considerados como sendo mais cultos e informados do que aqueles que recorrem à métodos tradicionais são ainda contratantes mais débeis em relação aos fornecedores, pois estes são detentores de mais e melhores informações, de maior poder negocial e económico. Esta debilidade justifica que também a estes consumidores (ciberconsumidores) sejam aplicadas medidas de protecção, as quais, no entanto, deverão ser adaptadas e adequadas às especificidades decorrentes da utilização da Internet.

Érika Tinajejeros Arce²⁵ destaca que neste ambiente, devido a vulnerabilidade do consumidor, teria surgido uma nova nomenclatura para se referir ao consumidor que navega pela rede em razão da organização de sistemas complexos e “hipertecnológicos” da sociedade globalizada. A autora relata que se firmou o conceito de “consumidor eletrônico”, que seria entendido como o consumidor *hiper-vulnerable*²⁶, pois o mercado virtual oferece variadas opções, em razão da difusão da tecnologia, tornando o consumidor ainda mais fraco.

Portanto, a análise do tema em foco deve levar em conta que todo consumidor, em relação ao mercado e às práticas exercidas pelos fornecedores, é considerado vulnerável, frágil.

3.2 PRINCÍPIO DA INICIATIVA ESTATAL NA TUTELA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Certo é que no rol de direitos e garantias individuais previstos no artigo 5º da CRFB/88 está inserida a defesa do consumidor (inciso XXXII). Embora no texto constitucional não conste um capítulo específico referente à tutela do consumidor, o artigo 170 traz como princípio da atividade econômica a defesa do consumidor.

²⁴ OLIVEIRA, Elsa Dias de. “A *protección dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 343.

²⁵ ARCE, Érika Tinajejeros. *Protección del Conumidor en el Mercosur: primeiras observaciones sobre publicidad y oferta en el comércio eletrônico*. *Revista de Derecho Informático*. Argentina, Alfa Redi, n. 78, janeiro 2005. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=983>>. Acesso em 06 fev. 2009.

Adiante, o Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias estabeleceu a necessidade de elaboração de um diploma específico para a proteção e defesa do consumidor (art. 48), o que foi cumprido, embora com atraso.

Diante disso, está pacificado que a tutela do consumidor decorre de mandamento constitucional, devendo o Estado garanti-la, seja por meio de fiscalização, regulação, normatização ou criação de órgãos especializados, seja incentivando associações ou impondo sanções.

Entre os princípios da ordem econômica, além do princípio da defesa do consumidor, previsto no inciso V do artigo 170 da CRFB/88, está o princípio da livre iniciativa.

Pois bem. A partir deste aparente “conflito” entre princípios surge a seguinte questão: quais seriam os limites da intervenção do Estado nas relações de consumo? A resposta alude à ideia de que o conceito de interesse público é “aberto” e indeterminado. Diante disso, quem ditará o que será interesse público para fins de intervenção será o próprio Estado, o que tornará, muitas vezes, inviável a tutela e intervenção em todas as relações de consumo que possam estar aparentemente viciadas.

Assim, pode-se afirmar que o Estado tem o dever de resguardar o mercado de consumo em face da atividade empresarial. Portanto, deve zelar para que os interesses se integrem e não se excluam, sempre com vistas ao interesse público, sem olvidar que são as escolhas do consumidor e a saúde do mercado de consumo que norteiam a atividade econômica de um país.

3.3 PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Ao contrário do consumidor, que é considerado a parte vulnerável, por óbvio, o outro pólo da relação de consumo é quem detém as condições mais

²⁶ Consumidor “super vulnerável”.

favoráveis para atuar no mercado. Todavia, o simples fato de possuir melhor posicionamento no mercado de consumo, na qualidade de fornecedor, não significa que não estará sujeito a riscos ou longe de situações que causem desequilíbrio. Assim, pretendeu o legislador consumerista quando dispôs que ambas as partes – consumidor e fornecedor – participassem da relação em situação de equilíbrio, de igualdade.

No tocante à harmonização, essa determinação legislativa visa resguardar o próprio mercado de consumo. A falta de equilíbrio ou eventual retaliação sofrida por uma das partes refletirá não apenas naquela situação individualizada, mas todo o mercado começará a sofrer as consequências pela ausência da pretendida harmonização, no entanto, harmonização não significa socialização de riscos, pois estes, obviamente, recaem sobre o fornecedor.

Oportuno mencionar que a previsão de harmonização das relações de consumo não significa que os riscos não devam ser suportados pelo fornecedor. Os riscos da atividade, pela própria sistemática do CDC, deverão ser suportados pelo fornecedor, assim como o consumidor merece uma efetiva reparação (art. 6º, VII, CC). A efetiva reparação, no entanto, deve estar em consonância com o princípio *sub examine*.

O princípio da harmonização da relação de consumo será atendido na medida em que previamente estejam sendo analisados, concomitantemente, o direito e a necessidade de desenvolvimento tecnológico e alcance do lucro com o respeito aos direitos do consumidor.

A harmonização traduz a própria aplicação dos princípios da ordem econômica, conforme disciplina o artigo 170 da CRFB/88: defesa do consumidor e livre iniciativa.

Vale mencionar que a Directiva 2002/58 da Comunidade Europeia “relativa ao tratamento de dados pessoais e a protecção da privacidade no sector

das comunicações electrónicas²⁷”, claramente destaca que a harmonização deve ser buscada.

Adiante, o disposto no item 08 das considerações introdutórias da citada Directiva registra o seguinte:

As disposições legislativas, regulamentares e técnicas aprovadas pelos Estados-Membros em matéria de proteção dos dados pessoais, da privacidade e dos interesses legítimos das pessoas coletivas no setor das comunicações eletrônicas, devem ser harmonizadas, por forma a evitar obstáculos ao mercado interno das comunicações eletrônicas, em consonância com o disposto no artigo 14º do Tratado. A harmonização deve limitar-se aos requisitos necessários para que a promoção e o desenvolvimento de novos serviços e redes de comunicações eletrônicas entre Estados-Membros não sejam prejudicados [tradução nossa].²⁸

Desses ensinamentos extrai-se, pois, que revolução tecnológica e consumo devem estar em constante harmonia e equilíbrio.

3.4 PRINCÍPIO DO INCENTIVO À CRIAÇÃO DE MEIOS EFICIENTES DE CONTROLE DE QUALIDADE E SEGURANÇA DE PRODUTOS E SERVIÇOS

A busca pela harmonização da relação de consumo, conforme verificado, pode se dar por meio de diversos instrumentos. Para atingir esse intento, o próprio princípio do incentivo à criação de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, previsto no inciso V do artigo 4º do CDC servirá de auxílio.

²⁷ EUR-lex. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:PT:HTML>>. Acesso em: 26 jan. 2008.

²⁸ ARCE, Érika Tinajejeros. Protección del Consumidor en el Mercosur: primeras observaciones sobre publicidad y oferta en el comercio electrónico. *Revista de Derecho Informático*. Argentina, Alfa Redi, n. 78, janeiro 2005. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=983>>. Acesso em 06 fev. 2009.

Referido princípio pode ser analisado em conjunto com o disposto no inciso VIII do artigo 39 do CDC, que considera como prática comercial abusiva a seguinte hipótese:

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).

O princípio em comento determina que o fornecedor deva contar com o auxílio dos integrantes do Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor quando da construção e implantação de rigoroso padrão de qualidade de seus produtos e serviços. Além disso, ao aplicar rigoroso controle e padronização de normas técnicas produtivas e métodos de organização e segurança no desenvolvimento de produtos, o fornecedor estará colaborando para fomentar a pesquisa tecnológica nesta área.

Em rigor, compete ao fornecedor e não ao Estado a qualidade e a segurança de seus produtos, ou seja, a qualidade de um produto é conduta esperada daqueles que estão no mercado.

Contudo, cabe aos órgãos de proteção e defesa do consumidor, às associações e aos órgãos certificadores estabelecer padrões mínimos de segurança para os produtos e serviços inseridos no mercado, tarefa esta que busca não só a satisfação do consumidor, mas também a eliminação de desconformidades como medidas preventivas à ocorrência de danos.

3.5 PRINCÍPIO DA COIBIÇÃO E REPRESSÃO DE ABUSOS, INCLUSIVE DA CONCORRÊNCIA DESLEAL E DA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE MARCAS

Como já asseverado alhures, a defesa do consumidor é princípio da ordem econômica. A livre concorrência, por sua vez, é a faculdade de conquistar clientes e ocupar posição, lícita, no mercado, ou seja, é medida imperiosa para o

próprio mercado de consumo, devendo ser garantida pelo Estado, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, aos fornecedores e aos consumidores, nos termos dos artigos 173, § 4º, e 174 da CRFB/88²⁹.

Certo é que são os consumidores que, direta ou indiretamente, determinam o que deve ser produzido, daí a necessidade de terem assegurada a liberdade de escolha entre os inúmeros produtos e serviços existentes no mercado. Assim, a disputa entre fornecedores de produtos e serviços na busca de clientes é benéfica e imprescindível ao mercado de consumo.

Importante mencionar que um mercado monopolizado ou com baixos níveis de concorrência auxilia apenas os fornecedores, que alcançam lucros exacerbados, em prejuízo, naturalmente, do consumidor, que não possui opções no mercado nem, por consequência, capacidade de escolha. Além disso, ressalta-se, diante de atividades monopolizadas, a vulnerabilidade do consumidor é ainda mais patente.

Nesse sentido são as palavras de Neil W. Averitt e Roberth H. Lande³⁰:

A essência da soberania do consumidor é o exercício da escolha. Ao escolher alguns bens ou algumas opções dentre outras, os consumidores satisfazem seus próprios desejos e enviam sinais para a economia. Portanto, é fundamental que o exercício de escolha do consumidor seja protegido.

Entre as demais espécies de práticas concorrenciais desleais ou competições imperfeitas que ferem as relações de consumo e que nos termos do inciso VI do art. 4º e do inciso IV do art. 6º do do CDC devem ser coibidas estão: (i) o *dumping*; (ii) o truste; (iii) os cartéis etc.

²⁹ Artigo 173, § 4º, CRFB/88: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Art. 174, CRFB/88: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

³⁰ AVERITT, Neil W.; LANDE, Roberth H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, RT, n. 45, 2003, p. 23.

A principal preocupação em relação ao fomento de uma competição leal é evitar a formação de preços exagerados e a colocação no mercado de produtos e serviços de má qualidade. Bem por isso, qualquer prática que viole a livre competição deverá ser reprimida pelo Estado em benefício dos demais competidores e dos consumidores³¹.

O consumidor, por seu vez, principalmente em razão dos diversos serviços de busca existentes na rede e da crescente concorrência desleal, muitas vezes ilícita, deve estar atento às ofertas, exigir o seu cumprimento e denunciar práticas que lhe tenham acarretado algum tipo de confusão, quando da busca por determinado fornecedor.

A propósito, a maioria das técnicas de marketing digital – que serão abordadas em capítulo próprio – têm gerado concorrência desleal.

A técnica, por exemplo, denominada *metatag*, na medida em que se vale de palavras-chaves de outros concorrentes para que o internauta “chegue” em seu site, por óbvio, é desleal em relação aos demais concorrentes e ao próprio consumidor. O fato é que, não raro, o fornecedor acessado sequer comercializa o produto ou o serviço, no entanto, alcançou o consumidor por meio da utilização de palavras referentes a produtos ou serviços de seus concorrentes.

A publicidade mascarada vale-se de indivíduos que se fazem passar por consumidores, opinando sobre as qualidades ou defeitos de determinado produto ou serviço. Pelo simples conceito é fácil perceber que o fornecedor que age nestes moldes atua deslealmente no mercado, ou seja, utiliza práticas comerciais consideradas abusivas na tentativa de alavancar o seu produto em detrimento do produto de seu concorrente, prestando falsas informações aos consumidores.

O tema da concorrência desleal segue também relacionado com o uso indevido de marcas, reprimido não só pelo CDC mas também pela Lei nº 9.279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

³¹ Neste sentido: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial*. Proteção e limites na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 171.

Ricardo Luiz Lorenzetti³², Professor das Universidades de Buenos Aires e de Santa Fé, em artigo sobre a concorrência desleal, destaca que:

Existem numerosos conflitos de concorrência desleal e uso abusivo do nome ou da marca.

Por exemplo, o uso dos *frames*. A tela se divide em diferentes janelas, nas quais são mostradas outras páginas de modo referencial, o que pode ocasionar problemas: a) o titular da página de destino pode considerar que algum prejuízo foi produzido em sua obra, podendo animar-se a fazer uso de seus direitos de propriedade intelectual para impedi-lo; b) pode-se considerar que as páginas estão sendo confundidas, apresentando o conteúdo informativo de outra página como próprio, ou sem esclarecê-lo indevidamente.

Na Espanha, por exemplo, o tema das marcas tem por prioridade a proteção do consumidor. Em rigor, o intuito é evitar que o consumidor seja induzido em erro ou se confunda quando da aquisição ou busca de um produto ou serviço. A propósito, o artigo 6º da Lei Geral de Publicidade da Espanha (34/1998) utiliza o termo “publicidade desleal”, que no Brasil corresponde à publicidade enganosa ou abusiva.

De acordo com Alberto Casado Cerviño³³, o bem jurídico protegido pelo “direito das marcas”, na Espanha, não é nem tanto o direito do titular da marca, mas sim o interesse coletivo dos consumidores de não serem enganados sobre a procedência dos produtos, evitando a ocorrência do chamado “riesgo de confusión³⁴”:

A respeito, o citado autor, ainda anota que:

Nos últimos anos, a jurisprudência do Supremo Tribunal espanhol desenvolveu posições doutrinárias, em grande medida, contrapostas ao tratamento dos erros dos consumidores quanto ao direito das marcas. Tradicionalmente, para determinar se uma marca que surgiu posteriormente poderia ser confundida com uma marca já registrada, o Supremo Tribunal interpreta a doutrina do erro do consumidor

³² LORENZETTI, Ricardo Luiz. Informática, Cyberlaw, E-Commerce. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*, vol. I. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 484.

³³ CERVIÑO, Alberto Casado. *Derecho de marcas y protección de los consumidores – el tratamiento del error del consumidor*. Madrid: Tecnos, 2000, p. 16.

³⁴ “risco de confusão”.

como um fator relevante, determinável através da comparação entre a mensagem/imagem apresentada e entre os produtos e serviços apresentados. A instância espanhola máxima de julgamento, nessa tarefa, elaborou um conjunto de regras que permitem identificar quando há um 'risco de confusão' nas mensagens/imagens que podem induzir o consumidor a erro. Com relação às marcas de renome e prestígio, nosso tribunal superior não aplica a regra da especialidade, abstraindo que se há um alto grau de semelhança entre produtos apresentados, a marca que surgiu posteriormente é considerada a que induz ou que pode induzir o consumidor médio a erro, independentemente dos produtos ou serviços que destaca [tradução nossa].³⁵

Com relação ao mercado concorrencial, Ladislau Dowbor³⁶ faz o seguinte registro:

[...] na ausência de sistemas adequados de regulação, e em particular com a erosão da capacidade reguladora do mercado, passa a imperar o vale-tudo, onde quem ganha é quem tem simplesmente maior tamanho, maior capacidade de compra de tempo de publicidade, um bolso mais fundo para enfrentar a guerra.

Portanto, aquele fornecedor que atua no mercado por meio de técnicas de marketing digital contrárias ao CDC também está sujeito às sanções relativas à concorrência desleal.

³⁵ CERVIÑO, Alberto Casado. *Derecho de marcas y protección de los consumidores* – el tratamiento del error del consumidor, p. 16. “Em los últimos años, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha desarrollado dos líneas doctrinales en gran medida contrapuestas en relación con el tratamiento del error de los consumidores en el derecho de marcas. Tradicionalmente, para determinar si una marca posterior podía ser confundible con una marca ya registrada, el Tribunal Supremo interpreta la doctrina del error del consumidor como un factor relevante, que se determina através de la comparación entre los signos enfrentados y entre los productos o servicios distinguidos. En su labor, el máximo órgano jurisdiccional español ha elaborado un conjunto de pautas que permiten precisar cuándo existe un riesgo de confusión entre los signos que pueden inducir al público de los consumidores a error. Y, en los supuestos de las marcas de reconocido prestigio o renombre, nuestro más alto Tribunal no aplica la regla de la especialidad, haciendo abstracción de los productos o servicios distinguidos, de tal suerte que, si ambos signos presentan un alto grado de semejanza, la marca posterior se considera que induce o puede inducir a error al consumidor medio, independientemente de los productos o servicios que individualiza.”

³⁶ DOWBOR, Ladislau. *Consumo Inteligente*. In: _____; SILVA, Hélio; MENDES JR., Ricardo. *Desafios do Consumo*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 17.

3.6 PRINCÍPIO DA RACIONALIZAÇÃO E MELHORIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Pelo princípio da racionalização e melhoria dos serviços públicos, cumpre ao Estado, por meio de estudos constantes das modificações e necessidades no mercado, prestar ditos serviços públicos livres de vícios ou defeitos e que respeitem, integralmente, as disposições da Lei nº 8.078/90.

Insta ressaltar que o artigo 4º inciso VII do CDC deve ser analisado, obrigatoriamente, com o artigo 22 do mesmo diploma legal consumerista, que assim disciplina:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

A teor da disposição contida no citado artigo, a busca pela melhoria da qualidade dos serviços públicos, que visa à proteção do consumidor, também é obrigação do Estado, mesmo quando representado por outros entes (órgãos públicos nas várias esferas da administração, empresas concessionárias ou permissionárias etc.). Por esta regra, o Estado será penalizado quando prestar os serviços com ineficiência.

Cumpra asseverar que os serviços públicos abrangidos pelo artigo 4º inciso VII do CDC, de acordo com a classificação de Eros Roberto Grau³⁷, são: (i) serviços públicos privativos (prestação privativa do Estado, ainda que permitido o desenvolvimento por regime de concessão ou permissão, (ii) serviços públicos não privativos, ou seja, atividade econômica que pode ser desenvolvida pelo Estado (inclusive explorada diretamente em alguns casos, conforme o disposto no artigo 173 da CRFB/88) ou pelo setor privado, ocasião em que é denominado de atividade

³⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*, p. 146.

econômica em sentido estrito, e (iii) serviços públicos em regime de monopólio (artigo 177 da CRFB/88).

Assim, seja qual for a modalidade de serviço público (privativo, não privativo ou monopolizado), atuando o Estado como fornecedor de serviços (art. 3º do CDC), do mesmo modo, deverá obediência ao princípio da racionalização e melhoria do serviço público.

3.7 PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO

O princípio da informação está inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, precisamente no art. 5º, XIV, da CRFB/88, *verbis*: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]”.

Além do texto constitucional, pela leitura de diversos dispositivos do CDC, nota-se a preocupação do legislador em garantir a adequada informação na relação consumerista.

Assim, a necessidade de respeito ao princípio da informação pode ser encontrada nos artigos 4º, incisos IV e VIII³⁸, 6º, incisos III e IV³⁹, 30⁴⁰, 31⁴¹, 36⁴², parágrafo único, do CDC.

³⁸ Art. 4º 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 da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

[...]

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

³⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Relativamente à informação falsa, que configura crime contra as relações de consumo, tem-se a disciplina do art. 66⁴³ do CDC.

Como se nota, a informação surge no CDC como princípio, de maneira que se exige que os produtos e serviços postos no mercado apresentem conteúdo informativo capaz de não induzir os consumidores a erros, tampouco lhes gerar prejuízos ou lesões.

O dever de informação, no entanto, não se refere apenas ao bem oferecido – produto ou serviço. A informação também deve estar presente na relação contratual e de forma ampla. Em outras palavras, o consumidor tem o direito de ser informado de maneira clara e precisa, quanto a todas as fases da negociação, os possíveis desdobramentos, as consequências e os efeitos, de forma que possa manifestar sua vontade em adquirir o produto/serviço sem máculas ou ignorância de algum fator, que se tivesse conhecimento, o levaria a não contratar.

Destarte, considerando que este trabalho tem como objeto de estudo o marketing digital, há que se dizer que a relevância da informação nestas hipóteses é

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; [...].

⁴⁰ Art. 30. 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.

⁴¹ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

⁴² Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

⁴³ Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposos;

Pena - Detenção de um a seis meses ou multa.

acentuada, conquanto o que baliza o interesse e a vontade do consumidor em adquirir um determinado produto ou serviço é a maneira como a informação será veiculada.

Na interpretação de Fernando Gherardini dos Santos⁴⁴: “Uma das funções básicas do marketing é, mesmo, gerar informações adequadas aos consumidores, tanto sobre a existência de determinado produto ou serviço como acerca das características básicas dos mesmos”.

Nesse sentido, não há como se aceitar que uma das partes, quando utiliza técnicas de marketing para inserir no mercado seus produtos e serviços, valha-se de dados falsos ou manipulados, incapazes de retratar a verdadeira realidade daquilo que está sendo divulgado.

O princípio da informação tutela o consumidor não apenas em razão da omissão da informação, mas também quando manipulada, falsa, imprecisa ou ambígua. Nestas situações, a informação manipulada, falsa, imprecisa ou ambígua deverá ser desconsiderada ou aperfeiçoada para que seja considerada lícita e a relação contratual alcance o resultado esperado pelo contratante mais frágil da relação.

Importante consignar ainda que os artigos 46⁴⁵ e 54⁴⁶, §§ 3º e 4º, regulam a maneira como os contratos devem ser redigidos e interpretados, ou seja, dispõem sobre a informação contratual. Estes dispositivos aduzem, em síntese, que os contratantes não ficarão obrigados se a informação não for previamente oferecida ou na hipótese de não ser inteligível.

⁴⁴ SANTOS, Fernando Gherardini dos. *Direito do marketing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 170.

⁴⁵ Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

⁴⁶ Art. 54 – [...]

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º. As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

A informação clara, em rigor, requer frases sem manipulação, confusas ou com duplo sentido, ou seja, informações ambíguas também são vedadas pelo ordenamento.

A observância ao princípio da informação é primordial para a atividade de marketing digital, principalmente em razão do quesito “privacidade da informação” quando da criação dos bancos de dados e da relação comercial que se perfectibiliza. Como é sabido, o consumidor desconhece a política de privacidade e a forma como o fornecedor manipulará os dados fruto daquela relação comercial virtual.

O art. 7º, da Diretiva Europeia 2000/31, no tocante à comunicação comercial não solicitada é claro quanto à necessidade de informação:

1. Além de outros requisitos de informação constantes da legislação comunitária, os Estados-Membros que permitam a comunicação comercial não solicitada por correio electrónico por parte de um prestador de serviços estabelecido no seu território assegurarão que essa comunicação comercial seja identificada como tal, de forma clara e inequívoca, a partir do momento em que é recebida pelo destinatário [sic].

Em suma, pode-se dizer que o princípio da informação inscrito no diploma legal consumerista – informador do dever que tem todo fornecedor de levar ao conhecimento do consumidor informações detalhadas sobre o produto ou serviço que está sendo disponibilizado no mercado – tem especial relevo na comercialização eletrônica. Além das razões já apresentadas, como transparência, clareza, fidedignidade, entre outras, há a necessidade de o consumidor ter conhecimento sobre a forma como os seus dados, fruto da relação comercial havida, serão manipulados.

3.8 PRINCÍPIO DA VERACIDADE

Certo é que não há como discorrer sobre veracidade sem mencionar a informação. Em razão disso, resta claro que o artigo 37, §1º, do CDC, ao prever que

toda informação falsa configura publicidade enganosa, prestigia o princípio da veracidade.

A veracidade abrange não apenas a manipulação de dados, mas também a de imagens, enfim, todo o conteúdo integrante do anúncio de determinado produto ou serviço, bem como da própria relação entre consumidor e fornecedor.

A veracidade, pode-se dizer, está intimamente relacionada com a harmonização das relações de consumo, pois não há como se considerar uma relação harmônica quando uma das partes não oferece à outra, as reais características do produto/serviço que coloca no mercado.

No tocante às relações de consumo firmadas pelo meio digital, a veracidade da peça publicitária, do anúncio ou de apresentação de determinado produto ou serviço, principalmente quanto a funções, prescrições, tempo de vida útil, tamanho etc, deve ser plenamente protegida, tendo em vista que o consumidor, por não ter o contato direto com o produto, necessita de uma informação verdadeira para decidir com segurança se aquela aquisição atenderá as suas legítimas expectativas de consumo.

A regra de distribuição do ônus da prova no tocante à publicidade está prevista no artigo 38 do CDC e tem relação com o princípio da veracidade, *verbis*: “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

O Professor Frederico da Costa Carvalho Neto⁴⁷, assertivamente, destaca que: “O fornecedor que veicula publicidade tem que ter em mãos, conforme preceitua o parágrafo único do art. 36, os dados técnicos que sustentam a mensagem. Se acionado, tem o ônus de provar a veracidade da informação”.

Portanto, como forma de garantir a efetiva aplicação deste princípio, o CDC estabeleceu que os meios utilizados na produção da mensagem sejam

⁴⁷ CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 156.

devidamente armazenados e comprovada a sua exatidão, sob pena de, assim não fazendo, sofrer as sanções previstas.

3.9 PRINCÍPIO DA LEALDADE PUBLICITÁRIA

O princípio em destaque tem pertinência com a chamada informação ou apresentação comparativa, em que o fornecedor para apresentar as qualidades do seu serviço ou produto o confronta com as características dos similares disponíveis no mercado. Esta conferência apenas será considerada lícita e não violadora deste princípio se for objetiva, com base em elementos fáticos e científicos quanto às qualidades do produto ou serviço e tenha por finalidade precípua o esclarecimento do consumidor.

Na hipótese inversa, ou seja, na medida em que tente desqualificar ou desmerecer o produto ou serviço de outro fornecedor, estará a violar o princípio da lealdade e, por consequência, incorrendo na prática de concorrência desleal.

Assim, nota-se que o princípio da lealdade publicitária tem estreita relação com os princípios da informação, da veracidade, da transparência e da proibição da publicidade enganosa e de métodos comerciais coercitivos e desleais.

3.10 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

A exigência de transparência na relação de consumo, prevista no artigo 4º, caput, do CDC, está em consonância com os princípios da veracidade, da lealdade e da própria boa-fé.

A transparência enseja o dever de informar o verdadeiro fim a que um produto ou serviço se destina, sem omitir qualquer característica que possa vir a influenciar na decisão de compra, não bastando apenas a precisão e clareza do

anúncio, mas todos os elementos que possam influenciar a liberdade de escolha do consumidor.

Joaquim de Souza Ribeiro⁴⁸, a respeito da transparência, assevera que:

Tal implica, em primeiro lugar, na proibição de criação artificial de barreiras de informação, em busca de efeitos de ocultação de desvantagens para a contraparte ou de enganosa valorização das vantagens que o contrato lhe proporcionará.

Para que o princípio da transparência seja considerado cumprido não bastam os esclarecimentos quanto ao produto, mas sim o detalhamento de todas as implicações que decorreram daquela relação de consumo que será estabelecida, e isto inclui a captura, a transferência e manutenção de dados, as informações sobre o atendimento pós-compra etc.

As informações devem, pois, ser transparentes para que o adquirente contrate ou não com aquele fornecedor, sem que posteriormente sinta-se lesado quanto a eventual resultado esperado e não alcançado.

A transparência é medida principalmente na fase pré-contratual, quando o fornecedor, para atrair potenciais consumidores, vale-se de condutas desprovidas de seriedade e que, não raro, levam o consumidor a adquirir um produto que não atenderá as suas expectativas, afetando a essência da relação contratual, além de configurar concorrência desleal.

Dito princípio também tem por fundamento o parágrafo único do art. 36 do CDC, que determina que o informe publicitário deva estar sustentado por dados fáticos, técnicos e científicos, devidamente arquivados pelo anunciante, sob pena de violação à principiologia do diploma consumerista, sem falar que a omissão de dados constitui infração penal, nos termos do artigo 69.

⁴⁸ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. “O princípio da transparência no Direito Europeu dos contratos”. Estudos de Direito do Consumidor n 04. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, 2002, p. 140.

Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi⁴⁹, com a objetividade que lhe é peculiar, assim leciona:

Ora, se para o pré-contrato vige o princípio da transparência e boa-fé, entre outros, que norteiam a lealdade no momento de contratar, não pode ser diferente quanto à totalidade do conteúdo publicitário, desde a introdução do produto no mercado, até o fornecimento de preço e condições de contratação. A publicidade é oferta em seu conteúdo lato, pois chama o consumidor a contratar, e tal chamado deve ser leal, honesto e transparente.

Nesses termos, vale colacionar a lição de Alberto Casado Cerviño⁵⁰:

O direito de marca é um direito sobre um bem imaterial que, pertencendo a seu titular, desempenha, ao mesmo tempo, um papel relevante nos quesitos regulação e transparência do mercado. Por esta perspectiva, constitui também um mecanismo importante para a tutela e proteção dos consumidores. Para estes efeitos, não se deve olvidar que a marca cumpre um conjunto de funções no sistema jurídico. Entre estas funções estão a função de indicar a procedência empresarial dos produtos ou serviços apresentados pela marca e a função de indicar ao consumidor a qualidade de referidos produtos ou serviços. A marca permite, assim, um correto funcionamento do sistema de livre concorrência e torna possível que os consumidores obtenham informação fidedigna sobre a origem e a qualidade dos produtos e serviços [tradução nossa].

Assim, verifica-se que o princípio da transparência também deve ser analisado quanto ao aspecto da utilização indevida de marcas, de palavras que despertem o interesse do consumidor por acreditar se tratar de um fornecedor determinado e não de fornecedor diverso do que aquele buscado.

⁴⁹ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva – Incitação à violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 71.

⁵⁰ CERVIÑO, Alberto Casado. *Derecho de marcas y protección de los consumidores – el tratamiento del error del consumidor*, p. 75. “El derecho de marca es un derecho sobre un bien inmaterial, que perteneciendo a su titular registral desempeña, al mismo tiempo, un papel relevante en la regulación y transparencia del mercado. Desde esta perspectiva, constituye también un mecanismo relevante para la tutela y protección de los consumidores. No debe, a estos efectos, olvidarse que la marca cumple un conjunto de funciones en el sistema jurídico. Y entre estas funciones se encuentran la función de indicar la procedencia empresarial de los productos o servicios designados con la marca y la función de indicar al consumidor la calidad de dichos productos o servicios. La marca permite así un correcto funcionamiento del sistema de libre competencia y hace posible que los consumidores obtengan información fidedigna sobre el origen y la calidad de los productos o servicios.”

3.11 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA MENSAGEM PUBLICITÁRIA (Art. 36⁵¹ do CDC)

A mensagem publicitária, em rigor, não pode tentar impingir ao consumidor uma ideia de que se trata de reportagem jornalística, informe econômico ou pesquisa científica, ou seja, não pode fazê-lo acreditar que aquelas informações têm cunho técnico, quando na verdade foi o próprio fornecedor quem descreveu aquelas qualidades e vantagens do produto e, portanto, de forma unilateral.

Em razão desta proibição, a mensagem deve se apresentar de tal forma que o consumidor facilmente tenha a percepção de que se trata de um dos compostos promocionais do marketing, qual seja, a publicidade. Em outras palavras, o consumidor deve, de plano, compreender que está diante de um anúncio publicitário de um determinado fornecedor e não de uma matéria de cunho jornalístico, de natureza imparcial.

Vale mencionar, neste ponto, os comentários de Walter Ceneviva, sobre o alcance do caput do artigo 36⁵² do CDC:

Os advérbios inseridos no art. 36, constantes da expressão fácil e imediatamente mostram que o dever legal de lealdade, na relação de consumo, exige que o consumidor individualize como propaganda comercial aquilo que é propaganda comercial, pois é contrário ao interesse social – e até mesmo ofensivo aos princípios constitucionais da livre concorrência – que a divulgação de produtos ou serviços seja feita sem que os destinatários tenham consciência disso.⁵³

Outra técnica violadora do princípio em tela alude ao denominado *teaser* (provocador), que, segundo o conceito ofertado pelo art. 9º, parágrafo único, do

⁵¹ Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

⁵² Art. 36, caput, CDC: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

⁵³ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*, p. 100.

Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, seriam as “mensagens que visam criar expectativa ou curiosidade, sobretudo em torno de produtos a serem lançados”. Trata-se de método utilizado para despertar a atenção e criar expectativas no consumidor quanto ao futuro lançamento de um produto ou serviço.

Note-se que na Era Digital vivenciada, referido princípio é demasiadamente violado, principalmente porque o consumidor, quando realiza as suas buscas eletrônicas, não raro, não tem o alcance e o conhecimento necessários para identificar uma publicidade “disfarçada” e uma notícia.

As técnicas de marketing digital desenvolvidas em listas de discussão ou comunidades virtuais, como será visto, certamente violam o princípio em tela, na medida em que o consumidor integrante daqueles grupos acredita estar recebendo informações imparciais e desprovidas de interesse, quando, na verdade, são os próprios fornecedores que lançam a informação, conforme seus interesses e disputa por clientela.

3.12 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL DA PUBLICIDADE (Arts. 30 e 35⁵⁴ do CDC)

A oferta ou apresentação de produtos ou serviços, consoante disposição do artigo 30 do CDC, tem o poder de vincular ou obrigar o respectivo fornecedor, ou seja, é tida como a própria proposta. Nesse sentido, a publicidade, mesmo na fase pré-contratual, já gera obrigações.

Alcançada a fase pós-contratual tem-se então a figura da execução específica da oferta, nos termos do artigo 35 do CDC.

⁵⁴ Art. 30. “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.”

A regulamentação da oferta no CDC é diversa da oferta prevista no Código Civil de 2002⁵⁵. Para o Código Civil, a oferta não apresenta a mesma força vinculante que a oferta trazida pelo diploma consumerista, ou seja, é relativa e permite algumas exceções, como se denota pelo teor dos artigos 428 e 429 do Código Civil. Isto ocorre porque as relações regidas pelo direito civil são diversas das de consumo, razão pela qual se permite a oferta com reservas, principalmente em razão da ausência de parte vulnerável na relação civil.

Como antes mencionado, a oferta de produtos ou serviços no CDC vincula integralmente, ou seja, gera uma obrigação absoluta, mesmo na fase pré-contratual. Referida afirmativa destaca o alcance da informação na oferta, ou seja, desde a fase pré-contratual o “futuro” consumidor já está protegido quanto à eventual alegação de não-vinculação da mensagem pelo fornecedor, não importando se se trata de consumidor conceituado pelo artigo 2º do CDC ou de consumidores expostos às práticas comerciais previstas no mesmo Código, como define o art. 29.

Na interpretação de Cláudia Lima Marques⁵⁶: “O CC/2002 segue a teoria da vontade (art. 112 ss.), enquanto o CDC segue a teoria da declaração, especificamente valorizando a confiança criada (art. 39)”.

Em síntese, o princípio da vinculação da oferta ou da publicidade tem o intuito de obrigar o fornecedor a cumprir a promessa desde a sua propagação, ao mesmo tempo proteger o consumidor de manobras lançadas na fase pré-contratual, que apenas servem de chamariz.

O intuito deste princípio é impedir que os fornecedores prestem informações inverídicas para atrair o consumidor até o estabelecimento comercial ou acessar um site e, em não encontrando aquele produto ou aquelas condições de preço, acabe sentindo-se pressionado a adquiri-lo em condições – preço ou qualidade – diversas do que o inicialmente buscado.

⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no CDC*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005 p. 695.

⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no CDC*, p. 698.

Destarte, exposto o produto ou serviço com elementos caracterizadores suficientes e claros, o fornecedor já estará vinculado àquela oferta, devendo cumprir o prometido, ainda que aduza que as informações são ‘meramente indicativas’.

Vale ressaltar que se a proposta não chegar ao conhecimento do consumidor ou se tratar de mero exagero, conhecido como *puffing*, não terá o mesmo poder vinculativo como a oferta nos moldes acima citados. Antes, porém, de se afirmar que se trata de mero “exagero” há que analisar a proposta de acordo com a capacidade do consumidor pertencente àquele segmento que costuma comprar o produto ou serviço e não com a média do mercado.

O cumprimento forçado da obrigação é consequência da negativa de venda do produto ou serviço na forma como foi originalmente ofertado. A oferta não pode ser “revogada” pelo fornecedor, razão pela qual informações sobre o prazo de validade da oferta ou o estoque de produtos disponíveis em cada loja deve constar do anúncio.

Nesse sentido leciona o Professor Rogério Ferraz Donini⁵⁷:

Nas relações de consumo a responsabilidade pré-contratual não seria extracontratual, mas contratual, em razão do vínculo determinado por lei entre consumidor e fornecedor, a partir da oferta por este lançada, que possibilita àquele exigir deste o seu efetivo cumprimento, dentre as outras opções previstas no dispositivo analisado (substituição do produto ou serviço ou perdas e danos).

A título de ilustração, quanto ao princípio em tela, vale colacionar jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, estampada no excerto que segue:

Na medida em que, na sociedade de consumo, as relações jurídicas travadas ascendem do nível pessoal ao social, inserindo em seu contexto interesses comuns, se tomou imperiosa a intervenção do Estado nessas relações, de modo a compatibilizar o exercício do marketing pelo fornecedor com a defesa do consumidor.

A publicidade realizada pelo fornecedor tem o objetivo de divulgar seus produtos e/ou serviços e ofertá-los aos consumidores. A oferta, nesse caso, difere da oferta a que faz alusão o art. 1.080 do CC. Porquanto destinada à sociedade de consumo, fez-se necessário

⁵⁷ DONINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 145.

atribuir à publicidade certo valor contratual, ainda que não fosse instrumento do contrato e tivesse mero conteúdo indicativo.⁵⁸

Nota-se, portanto, que a vinculação da oferta, no regime da Lei nº 8.078/90 (art.35), é tão rígida que a doutrina e a jurisprudência reconhecem que a responsabilidade, na hipótese de descumprimento deste dever, seria contratual e não extracontratual.

3.13 PRINCÍPIO DA NÃO-ABUSIVIDADE DA PUBLICIDADE (Art. 37, §2º, do CDC)

A publicidade abusiva é definida pelo art. 37, §2º, do CDC, nos seguintes termos:

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, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Para melhor aferição do conceito do princípio ora trazido, cabe invocar o ensinamento de Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi⁵⁹. Na definição da autora, princípio da não-abusividade da publicidade:

[...] é aquele que informa a publicidade, de maneira que ela não deva atingir valores subjacentes à relação de consumo, que não estão diretamente ligados àquele ato de consumir, mas ao apelo que leva o consumidor a se interessar pelo produto ou serviço. É o princípio equivalente àquele da veracidade, pois são informativos da vedação às publicidades ilícitas.

Pelo conceito acima, é fácil concluir que muitas das técnicas utilizadas pelo marketing eletrônico violam este preceito, em razão de forte conotação prejudicial principalmente quanto à segurança do internauta. Isto se dá em face da

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 369.939. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgado em 04.06.2000. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 04 fev. 2009.

⁵⁹ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva – Incitação à violência*, p. 85.

ausência de cuidados que os consumidores têm ao navegar na rede quando induzidos por mensagens que inconscientemente os levam a comportamentos que poderão lhes ser nocivos. Nesse aspecto, não se pode deixar de anotar que o crescente número de pessoas, crianças inclusive, na Internet, aumenta o risco de acesso a informações e imagens inadequados, para dizer o menos, coisa que deve ser coibida, seja pelo regramento de proteção e defesa do consumidor, seja pelo regramento penal em vigor.

Fato é que a Internet tem possibilitado a venda de todas as espécies de produtos e serviços. Nos últimos anos, tem-se sido noticiada a venda de produtos e substâncias ilícitas pela rede, induzindo o consumidor a se comportar de maneira prejudicial e nociva, como mencionado antes.

Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi⁶⁰, em suas aulas da pós-graduação na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo deixa claro que o envio de *spam* pode ser considerado como publicidade abusiva, pois tem relação direta com a violação de um valor social, qual seja, a privacidade do consumidor internauta.

Assim também ocorre com a publicidade ou o marketing eivado de mensagens subliminares, pois, na medida em que brincam com valores sociais e impõem medo, superstição ou se valem da sexualidade ou crenças, caracterizam-se como abusivas.

Ademais, a publicidade on-line tenta a cada dia alcançar todos os segmentos da sociedade e as diferentes faixas etárias. O aumento de acessos de consumidores idosos também é outra constatação. Tendo em vista que o idoso, não raro, tem mais dificuldades para entender determinadas informações virtuais, devem os fornecedores acautelar-se com a divulgação de seus produtos e serviços a esta classe de consumidores, do contrário poderá a publicidade ser considerada abusiva, justo por não levar em conta as deficiências desta categoria de indivíduos.

⁶⁰ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva*. [Aula ministrada na Disciplina Práticas Comerciais e Publicidade no CDC. Curso de Especialização em Relações de Consumo]. São Paulo: PUC/SP-COGAE, 09 ago 2008.

A vulnerabilidade do idoso é exacerbada ante a presunção de vulnerabilidade para todo e qualquer consumidor. Em outros termos, no tocante ao consumidor idoso, suas deficiências na relação de consumo são superiores às de um indivíduo qualquer.

Nesses termos, o princípio da não-abusividade da publicidade deve ser analisado consoante a disciplina do inciso IV, do artigo 39 do CDC, *verbis*:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

Quadra mencionar, por último, que a interpretação deste princípio colabora para o entendimento de que as atuais técnicas de marketing digital, caso desconsiderem as deficiências de várias categorias de indivíduos (crianças, idosos, por exemplo) ou induzam a aquisição de produtos perigosos ou nocivos, serão consideradas abusivas.

3.14 PRINCÍPIO DA CORREÇÃO DO DESVIO PUBLICITÁRIO (Art. 56, XII, CDC)

Nos termos dos artigos 56, inciso XII, e 60 do CDC, ocorrendo a ilicitude do anúncio publicitário ou de alguma técnica de marketing, em afronta a normas e princípios previstos no citado diploma legal, o fornecedor deverá corrigi-lo imediatamente, trazendo a mensagem para o campo da licitude.

As mensagens publicitárias, como é sabido, têm grande poder de persuasão. Por essa razão impõe-se a necessidade imediata de medidas corretivas na tentativa de conter comportamentos inadequados de consumidores que tenham recebido a mensagem publicitária.

O impacto do marketing ilícito deve ser reprimido por sanções civis, penais e administrativas, no entanto, na prática, apenas a correção da mensagem,

transmitida no tempo adequado é que atingirá os maiores prejudicados pelo desvio: os consumidores.

Um dos métodos para correção do desvio publicitário é a erroneamente denominada contrapropaganda. Diz-se erroneamente porque os conceitos de publicidade e propaganda são distintos, mesmo no âmbito jurídico. Por isso, o método de correção de desvio publicitário deveria ser chamado de contrapublicidade.

Para que a correção do desvio publicitário surta efeitos jurídicos deverá atender aos requisitos do artigo 60 do CDC. Assim, às expensas do infrator, deverá ser “[...] divulgada da mesma forma, freqüência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva”.

3.15 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

A confiança surge como um desdobramento do dever de boa-fé, além de correlação lógica com a veracidade e a transparência.

O consumidor crê no anúncio publicitário e, em razão da mensagem publicitária, na maioria das vezes, quer materializar um sonho. Nessa linha, o desrespeito à confiança depositada pelo consumidor em determinado produto poderá acarretar prejuízos materiais e até morais de grande monta para o fornecedor, pois afetará diretamente a expectativa de consumo.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁶¹, nessa linha de raciocínio, anota:

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 255.

O marketing é mesmo o território próprio de aplicação da teoria da confiança, pela qual, segundo a melhor doutrina, 'se pretende tutelar o comportamento correto, a confiança depositada pelas partes na seriedade do negócio proposta sob a tutela da boa-fé, vale dizer, o respeito pela palavra dada'.

A confiança do consumidor em uma determinada marca, por exemplo, gera sua fidelização. Contudo, quando algo o faz sentir-se lesado ou ameaçado, sua primeira atitude é desvincular-se da aquisição dos produtos e serviços daquele fornecedor. Daí afirmar-se que a confiança existente, quando aniquilada, gera consequências negativas para o próprio fornecedor.

O princípio da confiança tem grande aplicação em todas as fases contratuais, inclusive na pós-contratual, momento em que o consumidor acredita estar amparado pelo fornecedor na hipótese de eventual problema com o produto e que também não utilizará seus dados de maneira que possa prejudicá-lo ou violar o seu direito constitucional à privacidade.

Além disso, regra geral, o consumidor que adquire produtos ou serviços por meio da Internet acredita na segurança oferecida por determinado site quanto à manipulação de todos os seus dados pessoais e não apenas aqueles relacionados à compra, tais como cartão de crédito, informações bancárias etc.

3.16 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé vem disposto no art. 4º, III, do CDC, nos seguintes termos:

Art. 4º [...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e 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; [sem grifo no original].

Em se tratando de boa-fé voltada no âmbito do marketing, não se pode deixar de registrar que a violação de qualquer dos princípios estudados acarretará a violação da boa-fé objetiva, pois falta de veracidade, de transparência, de informação ou descumprimento de oferta apresentada e abusividade no anúncio refletirão diretamente na cláusula de boa-fé aqui estampada.

Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁶², quanto à boa-fé, assim lecionam: “Boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais”.

Adiante, especificamente sobre a boa-fé objetiva no âmbito publicitário, complementam os citados autores:

Boa-fé objetiva, em matéria de publicidade, significa a exigência de que esta seja uma atividade leal (atividade refletida, pensando também naquele que recebe a mensagem, o consumidor), que prometa só o que pode cumprir, que, se trazer informações, seja sobre a qualidade, quantidade ou qualquer característica do produto ou serviço, seja sobre as condições do contrato, que esta constitua uma informação correta, verídica, que o próprio intuito de incitar ao consumo seja identificável e a publicidade identificada como tal pelo público.⁶³

Para Fernando Gherardini Santos⁶⁴, pela boa-fé objetiva “importa saber se o ato em si reveste-se de tal padrão, pouco importando a intenção do agente, ou seja, afere-se a exteriorização do ato praticado e não a sua motivação”.

A boa-fé objetiva é tida como um princípio social, ao lado dos princípios do equilíbrio contratual e da função social do contrato.

Impende registrar, nesse linha, que a boa-fé objetiva é vista também como uma cláusula geral de qualquer relação contratual, apta a refletir conceitos

⁶² MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003, p. 124.

⁶³ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 411.

⁶⁴ SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing*, p.144.

como dever de probidade das partes, de conduta honesta, leal, correta, ou seja, todas as condutas moralmente esperadas de um homem digno.

Judith Martins Costa⁶⁵ conceitua boa-fé como “modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a este arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”.

Para que o princípio da boa-fé objetiva se considere cumprido, não basta que a parte não prejudique o outro pólo da relação, mas sim que exerça uma atividade positiva, de cooperação, tanto na fase pré-contratual como durante o exaurimento do contrato e no momento pós-contratual, ou seja, na “pós-eficácia das obrigações⁶⁶” (art. 422 do CC, art. 4º, III, e art. 51, IV, do CDC).

Humberto Theodoro Junior⁶⁷, sobre o princípio em comento, faz a seguinte afirmação:

O princípio da boa-fé despreza a malícia da parte que se valeu de evasivas para criar convenções obscuras ou duvidosas e posteriormente procurar, de forma maliciosa, obter vantagens incomuns em negócios da espécie. Esse tipo de manobra é inócuo.

Ruy Rosado de Aguiar Junior⁶⁸, em artigo clássico sobre o tema, assevera:

A boa-fé tem função integradora da obrigação, atuando como fonte de direitos e obrigações ao lado do acordo de vontades, além de servir para a interpretação das cláusulas convencionadas. Os voluntaristas querem reduzir sua intervenção apenas para a integração do contrato de acordo com aquilo que fora pressuposto pelas partes; mas não é assim: a utilização da cláusula de boa-fé implica a criação de uma norma para o caso de acordo com os dados

⁶⁵ COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000, p. 411.

⁶⁶ . Nesse sentido cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 481.

⁶⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 27.

⁶⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 14, 1995, p. 25.

objetivos que ele mesmo apresenta, atendendo à realidade social e econômica em que o contrato opera, ainda que isso o leve para fora do círculo da vontade. Esse controle sobre o conteúdo do contrato é uma realidade presente nos dias de hoje, que se faz notar até na Inglaterra, 'uma delle rocca-forti del principio di liberta contrattuale', onde assume cada vez maior prestígio a técnica da *construction*, sob o fundamento da boa-fé que serve a uma interpretação integradora, a incidir diretamente sobre a liberdade negocial.

Postos os principais aspectos da sociedade de consumo atual e dos princípios que norteiam as relações de consumo e que estão a guiar o presente estudo, no capítulo seguinte, passa-se a analisar o marketing e suas técnicas digitais.

4 O MARKETING

4.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS

A troca foi o primeiro meio encontrado pela sociedade para distribuição de produtos e serviços, de forma a atender a necessidade de circulação do que era produzido e atendimento das próprias necessidades básicas do indivíduo.

No momento em que as técnicas utilizadas para troca começaram a se tornar obsoletas, não mais alcançando os potenciais adquirentes dos produtos e serviços, começou-se a buscar outras maneiras de oferecê-los no mercado, prática que deu origem ao próprio termo marketing, uma derivação de *market* (mercado).

Com a produção em massa e a necessidade de maior intercâmbio entre produtos e serviços, os fornecedores desenvolvem técnicas capazes de despertar o desejo de consumo, isto porque as relações de consumo evoluíram para novas e complexas dimensões.^{69 70}. Este é o intuito básico do marketing.

Insta ressaltar que, embora o marketing também seja uma prática desenvolvida entre fornecedor e fornecedor (B2B – *business to business*) e entre consumidor e consumidor (C2C – *consumer to consumer*), neste estudo, abordar-se-á tão-somente o marketing empregado na Internet nas relações entre fornecedores e consumidores, reguladas pela Lei nº 8.078/90 e conhecida como *B2C (business to consumers)*. Destaca-se ainda que quando esta relação de consumo ocorre em um

⁶⁹ Cf. CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*, p. 22. O autor destaca que: “A criação das corporações transnacionais de direito privado, algumas vezes desenvolvendo esquemas de dominação monopolista de mercado, a complexidade de novos produtos lançados, a pluralidade de produtos e serviços destinados aos mesmos fins, a intensa veiculação publicitária destacando vantagens relativas ao preço ou à qualidade dos bens anunciados (muitas vezes envolvendo mensagens conflituosas), as novas e agressivas técnicas de venda foram alguns determinantes da evolução”, p. 22.

⁷⁰ CASUSOL, Jean Paul Calle. *Responsabilidade civil por publicidade falsa o enganosa*. Peru: Ara Editores, 2002, p. 45-46.

ambiente sem fio (telefone celular, por exemplo), é conhecida como uma relação de “comércio móvel (*m-commerce*)”.

Ora, se com o surgimento da televisão, a difusão da publicidade foi relevante para o desenvolvimento de novas técnicas de marketing, a Era Digital acabou por alterar os conceitos básicos do marketing (aqui tratado como espécie de publicidade), tudo para alcançar o consumidor. Neste momento foi necessária a adaptação da tradicional forma de publicidade de produtos e serviços – mídia impressa – para a mídia eletrônica⁷¹.

Não é demais lembrar que as técnicas de marketing atualmente desenvolvidas para veicular na Internet, com o surgimento da TV digital, serão aprimoradas para promover, mais e mais, o consumo. Esta realidade está próxima.

Ratifica essa assertiva o fato de, nos Estados Unidos, o site de busca Google⁷² já estar realizando testes para inserção de publicidade na TV digital, direcionada ao telespectador, conforme seus hábitos de consumo e personalidade.

Alexandre David Malfatti⁷³, a respeito, faz o seguinte comentário: “Tudo que envolver a embalagem, a marca, a distribuição, as promoções e a publicidade dos produtos e serviços estará ligado a um processo de comunicação entre fornecedor e consumidor”.

Mais adiante o citado autor leciona:

[...] é possível perceber que, de um lado, abastecidos pelos estudos das áreas de comunicação e de marketing, os fornecedores, em especial as grandes empresas (conglomerados econômicos nacionais e multinacionais) conhecem o consumidor a quem são dirigidas as mensagens, no processo de comunicação.

⁷¹ Walter Ceneviva, quando do surgimento da televisão já se referia ao “rebaixamento ético” da publicidade. (*Publicidade e direito do consumidor*, p. 23).

⁷² VAZ, Adolpho Conrado. *Google Marketing: o guia definitivo do marketing digital*. 2. ed. São Paulo: Novatec, 2008, p. 56.

⁷³ MALFATTI, Alexandre David. *Direito de informação no Código de Defesa do Consumidor*, p.174.

De outro lado, o que se verifica na quase totalidade das hipóteses é que o consumidor desconhece por completo o fornecedor e o produto ou serviço que inspiram a mensagem, no processo de comunicação. Isto é, os consumidores não têm a menor idéia do que o fornecedor leva em conta – habilidades comunicadoras, atitudes, conhecimento e posição social e econômica – para iniciar o processo de comunicação.⁷⁴

A utilização do marketing para que os produtos e serviços fossem levados aos consumidores, diante das aparentes necessidades, foi se aperfeiçoando e se adaptando, sendo necessária a formação de um processo denominado “administração de marketing”.

A administração de marketing, segundo Raimar Richers e E. Jerome McCarthy, citados por Fernando Gherardini Santos⁷⁵, apresenta-se em dois grupos: os “4 As” (análise, adaptação, ativação e avaliação) e os “4 Os”, que formam o chamado *marketing mix* (produto, preço, ponto e promoção).

O grupo dos “4 As” é assim definido pelo próprio Fernando Gherardini Santos⁷⁶:

Análise: visa identificar as forças existentes no mercado e suas interações com o fornecedor.

Adaptação: é o processo de adequação das linhas de produto ou serviços da empresa ao meio ambiente identificado através da análise. Inclui atividades como design, embalagem e marca, e ainda decisões de preço dos produtos e serviços.

Ativação: inclui a distribuição do produto pelos canais adequados, a entrega e armazenagem de produtos, a venda pessoal e o chamado composto de comunicação (publicidade, promoção de vendas, relações públicas e merchandising).

Avaliação: é o controle dos resultados das atividades de marketing, pela qual se realiza uma análise do retorno (feedback) do mercado.

Os consumidores, como é cediço, adquirem produtos e serviços movidos essencialmente por necessidades e impulsos. As necessidades, na maioria das vezes, são criadas pela publicidade, que incute na mente do consumidor a ânsia

⁷⁴ MALFATTI, Alexandre David. *Direito de informação no Código de Defesa do Consumidor*, p. 205.

⁷⁵ Neste sentido: SANTOS, Fernando Gherardini. *O Direito do Marketing*, p. 23.

⁷⁶ SANTOS, Fernando Gherardini. *O Direito do Marketing*, p. 23.

para aquisição de um determinado produto ou serviço. O impulso é ocasionado também pela maneira como a publicidade chega aos desejos do consumidor, que, a princípio não necessitam do produto ou serviço, mas acabam por adquiri-lo em razão de um comportamento ativo que o anúncio publicitário aflora no adquirente.

Philip Kotler⁷⁷ define publicidade como a “arte de criar a necessidade do inútil” e, assim, captar o consumidor por inteiro, fazendo com que este passe a se sentir incompleto se não possuir aquele produto ou serviço. Se as táticas utilizadas nesta prática se adequarem aos preceitos do ordenamento jurídico, não há que se falar em ilicitude, mas sim em exploração legal da atividade econômica.

Fernando Gherardini Santos⁷⁸ conceitua marketing como: “A técnica utilizada em larga escala para dinamizar e extrair do mercado o máximo proveito” e, mais adiante, complementa:

O conjunto de atividades humanas que tem por objetivo facilitar e consumir relações de troca, as quais, por sua vez, visam satisfazer necessidades humanas situadas dentro de determinado momento histórico, pois, como já dito, tais necessidades variam desde as mais básicas de subsistência até aquelas ligadas ao lucro ou mera atividades de lazer.⁷⁹

Vale dizer que o marketing não apresenta apenas características negativas, pois é importante mecanismo da livre iniciativa e da livre concorrência, princípios estes da ordem econômica constitucional.

Contudo, é bom lembrar que o fornecedor que desrespeitar os princípios previstos na Lei nº 8.078/90, seja faltando com transparência quando da oferta de um produto ou serviço, seja provocando condutas capazes de levar o consumidor à inadimplência, ao endividamento, ao consumo irresponsável ou invadindo a privacidade do consumidor, estará sujeito às coibições do Estado e às consequências da lei.

⁷⁷ KOTLER, Philip. *Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*. São Paulo: Futura, 1999.

⁷⁸ SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing*, p.19.

⁷⁹ SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing*, p. 20.

O marketing constitui importante “arma” nas mãos dos fornecedores. Consideradas as características do atual mercado de consumo, de competitividade exacerbada, dificilmente um fornecedor conseguirá manter-se no mercado e ser “visto” pelo consumidor sem empregar as técnicas de marketing, que se atualizam a cada instante e a cada lançamento de um novo produto.

Philip Kotler⁸⁰ classifica o marketing em: marketing social e marketing gerencial. A primeira modalidade é definida como um “processo social por meio do qual pessoas e grupos obtêm aquilo de que necessitam e o que desejam com a criação, oferta e livre negociação de produtos e serviços de valor com outros”. A segunda é concebida como o “processo de planejar e executar a concepção, a determinação do preço, a promoção e distribuição de idéias, bens e serviços para criar negociações que satisfaçam metas individuais e organizacionais”.

Importante explicitar que o marketing é formado pelo chamado “composto promocional”, que abrange as seguintes espécies: (i) venda pessoal, (ii) publicidade/propaganda, (iii) promoção de vendas, (iv) merchandising e (v) relações públicas.

A venda pessoal ocorre quando o produto ou serviço é demonstrado ao consumidor no mesmo instante, entre presentes, e a escolha quanto à aquisição ou não é respondida de forma imediata.

A publicidade, pelo conceito jurídico, difere da propaganda e do próprio conceito de marketing, pois é parte do composto promocional deste, não sendo expressões sinônimas, portanto⁸¹.

⁸⁰ KOTLER, Philip. *Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*, p. 264.

⁸¹ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*, p. 73-74. Da bora do autor extrai-se: “Propaganda, em sentido genérico, é a arte ou técnica de informar ou notificar a coletividade, comunicando-lhe fatos ou versões, que a fonte da divulgação deseja tornar conhecidos. O significado técnico e o comum do termo propaganda, apresentam pontos de semelhança. Publicidade, abarca espectro mais amplo compreendendo várias acepções.

Publicidade, para De Plácido e Silva corresponde, numa primeira definição, a ‘divulgação do fato, significando, assim, o próprio meio utilizado para que se torne notório ou de conhecimento generalizado o fato ou a coisa’.

Propaganda, no mesmo vocabulário é ‘soma de meios de publicidade utilizados pelo comerciante, para que divulgue ou torne vulgarizados ou conhecidos suas mercadorias ou produtos’. Trata-se de

Para Fernando Gherardini Santos, publicidade “representa qualquer divulgação com finalidade econômica e feita por parte do fornecedor, independentemente de tal divulgação ser gratuita ou onerosa”⁸², ou seja, tem por objetivo, o comércio, o intuito de lucro, a difusão de uma mercadoria específica. Já a propaganda simboliza “qualquer divulgação com finalidade não econômica, e sim ideológica ou política”⁸³; pode visar também a um fim religioso, filosófico, ou à promoção de um fim social.

Nas palavras da Professora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi⁸⁴:

A publicidade lícita é parte de uma prática comercial limpa. A grife do produto, a imagem que ela tem no mercado, faz parte de seu conteúdo, tal qual a ética com que ela trata o consumidor, e as idéias que ela propaga. A publicidade menos reflete a cultura e mais a determina, tal qual outros instrumentos de controle social.

Para Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁸⁵:

A promoção de vendas abrange todas as atividades de marketing que não sejam a venda pessoal e a publicidade, e que façam uso de técnicas tais como selos de troca, cupons de desconto, calendários, exposições e amostras, entre outras.

definição antiga, incompleta. Do ponto de vista subjetivo o comerciante, o produtor e o criador de serviços são, na atualidade, os utilizadores do meio de divulgação.

Sob o ângulo objetivo, a publicidade de que cuida o CDC se destina a ativar a circulação de riquezas, bens e serviços, elevando sua taxa de consumo. É neste sentido que o termo interessa à determinação dos direitos do consumidor e, por consequência dos deveres do fornecedor de não divulgar publicidade contrária aos preceitos legais.

Pretendida que fosse uma distinção terminológica a propaganda seria espécie do gênero publicidade, consistente em arte ou ciência de indução do consumidor a preferir produto ou serviço cujas qualidades proclama”.

⁸² SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing*, p. 31.

⁸³ SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing*, p. 30.

⁸⁴ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade abusiva – incitação à violência*, p. 134.

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 222.

A promoção de vendas caracteriza as atividades de vendas complementares que têm por finalidade tornar mais atrativa e eficiente a apresentação do produto ou serviço.

O merchandising, outro composto promocional do marketing, é bem definido por Marcos Cobra⁸⁶: “O merchandising, quer no ponto de venda, quer na televisão, na revista ou no jornal, é a construção de um cenário para o produto”.

Assim, o produto é colocado como se fosse algo útil e necessário dentro de uma realidade em movimento. Utiliza-se uma cena cotidiana com a implantação daquele produto ou serviço. É o que frequentemente ocorre nas cenas de novela.

As relações públicas, também como composto promocional do marketing, têm como objetivo “[...] a valorização da imagem do fornecedor perante o mercado, ou seja, por meio de uma competente administração de relações públicas, a empresa pode fazer-se conhecer e ser aceita como entidade jurídica e moral”⁸⁷.

Philip Kotler⁸⁸ cataloga como ferramentas das relações públicas: publicações em revistas e periódicos, patrocínio de eventos, notícias, participação em causas comunitárias, identidade visual, lobby e boa reputação social.

Em razão de o CDC ter tratado com maior ênfase o termo publicidade entre os demais compostos promocionais do marketing, neste trabalho será utilizada dita terminologia, porém, deve-se atentar que a temática aqui explorada é o marketing como prática comercial em seu aspecto geral.

Neste ponto do trabalho também é mister frisar que o marketing, importante instrumento que faz girar a economia da sociedade capitalista, deve observar as regras de legalidade e observar os princípios que o regem nas relações de consumo.

⁸⁶ COBRA, Marcos. *Consultoria em marketing*. São Paulo:Cobra, 2003, p. 222.

⁸⁷ SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do marketing*, p. 34.

⁸⁸ KOTLER, Philip. *Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*, p. 142.

Nesse sentido são as palavras de Marcelo Costa Fadel⁸⁹:

Considerando que a proibição total da publicidade representaria um retrocesso inegavelmente prejudicial à sociedade global, recebe aplausos unânimes o controle da publicidade com o intuito de:

- a) favorecer e ampliar a concorrência entre os diversos agentes econômicos;
- b) garantir um fluxo adequado de informações sobre os bens;
- c) evitar que o exercício do poder de persuasão busque transformar gostos através da 'diferenciação artificial' de produtos e serviços;
- d) limitar seu potencial de modificação de opiniões, de comportamentos e de padrões culturais.

A publicidade, como prática de mercado e modo de apresentação de um produto ou serviço, que evidencia as suas qualidades como instrumento de comunicação, é um ato lícito em si. Coibida deve ser toda a forma de publicidade enganosa ou abusiva, ainda que por omissão, conforme dispõe o artigo 37 do CDC.

Bem por isso, a sociedade e os operadores jurídicos em especial devem estar atentos à publicidade que tenta lesar os consumidores e induzi-los a comportamentos equivocados ou a *laborar in error*, atuando como instrumento de persuasão e agressividade, sem levar em conta a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, no ordenamento, há normas capazes de adequar o marketing ao direito brasileiro. No entanto, esta licitude ainda está longe de ser alcançada, principalmente porque os princípios até aqui analisados nem sempre são observados. Isso não significa, porém, que se está a repudiar a criação de novas técnicas de marketing como forma de expansão das atividades econômicas, mas sim que estas se adaptem à Era Digital sem se divorciar do respeito às relações de consumo.

Para o futuro vislumbra-se que os consumidores, cansados de serem ludibriados e cautelosos quando da aquisição de um bem, darão preferência a produtos e serviços oriundos de fornecedores que atuem com respeito às relações equilibradas de consumo. Os fornecedores, por seu lado, precisam conscientizar-se

⁸⁹ FADEL, Marcelo Costa. *Breves comentários ao Código de Auto-Regulamentação Publicitária do Conar*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 50, 2004, p. 154.

de que o consumidor, parte mais frágil da relação de consumo, deve estar amparado desde o momento de apresentação do produto no mercado – que se viabiliza pelo marketing – até a fase pós-contratual, por meio do atendimento pós-venda, por exemplo. Essa prática colabora para manter mais equilibrada as relações de consumo, frente às novas tecnologias cada vez mais presentes na mídia publicitária.

4.2 O MARKETING E A SEMIÓTICA

Adolpho Conrado Vaz anota que “em um meio interativo, a mensagem toma ares muito diferentes do que um meio unidirecional”⁹⁰, isto gera, portanto, uma grande diversidade de signos existentes em uma só mensagem ou anúncio publicitário, acarretando uma nova forma de leitura da mensagem por seus receptores⁹¹.

Assim, inúmeros interpretantes podem surgir de uma só campanha de marketing digital. A propósito, interpretantes são signos consubstanciados na compreensão de outros signos na cadeia de geração de significados.⁹²

Sônia Maria Moro do Nascimento⁹³, a respeito, assevera que:

Em se tratando da comunicação publicitária, uma variedade de signos se constitui e se multiplica a partir de amplas possibilidades de comunicação e mistura entre eles. Daí nossa hipótese de que quanto mais híbrida a linguagem mais completa se torna sua apreensão.

⁹⁰ VAZ, Adolpho Conrado. *Google Marketing – o guia definitivo do marketing digital*, p. 37.

⁹¹ Neste sentido: SANTAELLA, Lúcia; WINFRIED, Noth. *Imagem: cognição semiótica e mídia*. São Paulo: Iluminuras, 2005, p. 90.

⁹² ARAÚJO, Clarice Von Oerizen de Araújo. *Teoria Geral do Direito como teoria fundamental de cunho fenomenológico*. [Mestrado em Direito das Relações Sociais]. São Paulo: PUC/SP, 1º semestre 2008.

⁹³ NASCIMENTO, Sônia Maria Moro do. *O nível subliminar na percepção: os subsentidos da mensagem publicitária*. 2008, 168f. Tese (Doutorado em Comunicação e Semiótica)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 90.

Para bem compreender como os elementos da semiótica são aplicados à mensagem publicitária, vale recorrer às lições de Lúcia Santaella⁹⁴:

Uma peça publicitária para o reposicionamento de um produto no mercado é um signo do produto, que vem a ser o objeto deste signo, isto é, da peça publicitária. Não apenas o produto em si é o objeto do signo, mas o produto reposicionado, tal como a peça o representa. O impacto ou não que a publicidade desperta no seu público é o interpretante da publicidade.

Para a citada autora, essa nova forma de proliferação de signos pelo computador (meio) e a sua leitura pelos consumidores (receptores), parece refletir um maior distanciamento entre a linguagem real, a informação transparente e o que realmente é transmitido.⁹⁵ No campo da semiótica, discute-se se “as imagens podem mentir”. Na interpretação da autora:

A questão da verdade ou mentira nas imagens tem um aspecto semântico, um sintático e um pragmático. De um ponto de vista semântico, uma imagem verdadeira deve ser aquela que corresponde aos fatos que representa. De um ponto de vista sintático, deve ser aquela que representa um objeto e transmite um predicado sobre este. O ponto de vista pragmático, deve haver uma intenção de iludir por parte do emissor da mensagem pictórica.⁹⁶

Adiante, na mesma obra, conclui:

A maioria das estratégias manipuladoras da informação pictórica nos meios de comunicação não são falsificações diretas da realidade expressas de maneira assertiva, mas manipulações através de uma pluralidade de modos diretos de transmitir significados.⁹⁷

Considerando que o marketing necessariamente é constituído de signos e códigos linguísticos organizados entre si, pode-se afirmar que uma mensagem transmitida por meio de técnicas de marketing digital terá plena eficácia quanto

⁹⁴ SANTAELLA, Lúcia. *Semiótica aplicada*. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2002, p. 9.

⁹⁵ Cf. SANTAELLA, Lúcia; WINFRIED, Noth. *Imagem: cognição semiótica e mídia*, p. 195.

⁹⁶ Cf. SANTAELLA, Lúcia; WINFRIED, Noth. *Imagem: cognição semiótica e mídia*, p. 197.

⁹⁷ Cf. SANTAELLA, Lúcia; WINFRIED, Noth. *Imagem: cognição semiótica e mídia*, p. 208.

maior for a relação existente entre o emissor e o receptor, razão pela qual a descoberta do perfil do receptor pelo emissor é de tamanha valia.

Charles Sanders Peirce⁹⁸ coloca o estudo das categorias fenomenológicas em complemento ao estudo da semiótica. A fenomenologia seria o estudo da formação e reformulação de conceitos, de tudo o que chega a nossa mente. Esta análise é feita por meio das categorias fenomenológicas: primeiridade, secundidade e terceiridade.

Quadra mencionar que não é intenção deste estudo abordar o marketing dentro das categorias fenomenológicas elencadas pelo citado autor, mas é importante registrar que a primeiridade está relacionada ao possível, independente de qualquer relação, é mera aparência, potencialidade; a secundidade está ligada ao existente, ao que está no consciente, relativa a relações que envolvam decisão; a terceiridade se relaciona às normas, às leis, à mediação⁹⁹.

Sônia Maria Moro do Nascimento¹⁰⁰, considerando que um só anúncio publicitário pode gerar vários signos e, estes, por consequência, produzirão mais significados, leciona que a partir deste fenômeno são gerados os subsentidos. Assim, quanto maior o número de signos, maior o número de interpretantes, sendo que os signos reconhecidos e interpretados estão no nível da terceiridade (da intelegibilidade) e os signos que passam despercebidos nos subsentidos operam no nível da primeiridade, pois como pontua Lúcia Santaella¹⁰¹, a categoria da primeiridade seria justo aquilo que se oculta ao nosso pensamento.

⁹⁸ Apud ARAÚJO, Clarice Von Oerizen de Araújo. Teoria Geral do Direito como teoria fundamental de cunho fenomenológico. [Mestrado em Direito das Relações Sociais]. São Paulo: PUC/SP, 1º semestre 2008.

⁹⁹ Apud ARAÚJO, Clarice Von Oerizen de Araújo. Teoria Geral do Direito como teoria fundamental de cunho fenomenológico. [Mestrado em Direito das Relações Sociais]. São Paulo: PUC/SP, 1º semestre 2008.

¹⁰⁰ NASCIMENTO, Sônia Maria Moro do. *O nível subliminar na percepção: os subsentidos da mensagem publicitária*. 2008, 168f. Tese (Doutorado em Comunicação e Semiótica)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 90.

¹⁰¹ Apud NASCIMENTO, Sônia Maria Moro do. *O nível subliminar na percepção: os subsentidos da mensagem publicitária*. 2008, 168f. Tese (Doutorado em Comunicação e Semiótica)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 74.

Assim, pode-se concluir que as técnicas de marketing desenvolvidas por meio da sublimariedade estariam, de acordo com a classificação Peirciana, na categoria da primeiridade.

Bem a propósito, a presença de inúmeros signos e distintos interpretantes no marketing é relatada por muitos autores.

Jean Baudrillard¹⁰², a respeito, analisa que nesta “era do consumo, tudo é espetacularizado, quer dizer, evocado, provocado, orquestrado em imagens, em signos, em modelos consumíveis”. A publicidade “faz do objecto um pseudo-acontecimento que irá tornar-se o acontecimento real da vida quotidiana através da adesão do consumidor ao seu discurso”.¹⁰³

Hélio Silva¹⁰⁴ assevera que, por meio da manipulação do consumo, “[...] no marketing contemporâneo o mercado continua sendo o ‘regulador’ do sistema capitalista, mas de forma ‘virtual’, com o processo de circulação de signos dando sentido às mercadorias e marcas”.¹⁰⁵ Adiante, destaca que: “Nessa nova prática do marketing, a mercadoria é o signo e o processo que permite circular esses signos é a comunicação”¹⁰⁶.

Lançadas as considerações quanto às características do marketing e sua relação com a comunicação no anúncio publicitário, passa-se, agora, a analisar o marketing digital, também conhecido como marketing eletrônico, marketing on-line ou *cibermarketing*.

¹⁰² BAUDRILLARD, Jean. *Sociedade de consumo*, p. 205.

¹⁰³ BAUDRILLARD, Jean. *Sociedade de consumo*, p. 135.

¹⁰⁴ SILVA, Hélio. *Marketing: uma visão crítica*. São Paulo: Senac São Paulo, 2007, p. 44.

¹⁰⁵ SILVA, Hélio. *Marketing: uma visão crítica*, p. 20.

¹⁰⁶ SILVA, Hélio. *Marketing: uma visão crítica*, p. 20.

5 O MARKETING DIGITAL

A tecnologia, ou seja, o aperfeiçoamento da técnica¹⁰⁷ se desenvolve de acordo com a cultura e o progresso da sociedade, no entanto, apresenta-se independente e distante do ordenamento pátrio, o que não pode, por certo, ocorrer.

Como já destacado, o número de usuários da Internet aumenta a cada dia, sendo constatado pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística IBOPE¹⁰⁸, em dezembro de 2007, que o Brasil é um dos países com maior tempo médio de navegação doméstica (aproximadamente 22h59min), ao lado da França (20h34min), Estados Unidos (19h47min), Alemanha (19h00min) e Japão (17h46min).

A Internet foi responsável pela evolução das técnicas de marketing digitais, por oferecer um amplo campo de desenvolvimento de cores, sons, imagens, chegando próximo da realidade, com considerável impacto para os internautas em razão da possibilidade de interatividade entre consumidores e fornecedores¹⁰⁹, conhecimento do potencial consumidor antes da apresentação do produto ou serviço, possibilidade de verificação de quantos consumidores responderam ao anúncio etc.

¹⁰⁷ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41. Nas palavras do autor, a técnica seria “[...] o complexo de atos pelos quais os homens agem sobre a natureza, procurando aperfeiçoar instrumentos que o ajudem a satisfazer suas necessidades; atos esses reunidos e sistematizados pela tecnologia – que é o estado da técnica em um determinado momento. Assim entendida, a tecnologia apresenta um caráter fortemente instrumental e utilitarista”.

¹⁰⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Notícias, Internet, IBOPE//NetRatings, IBOPE Inteligência - Área: Notícias\Press Releases\2007. Publicação de 18/01/2008. Disponível em: <www.ibope.com.br>. Acesso em: 21 ago. 2008. Obs. Até a data da pesquisa Itália, Espanha e Reino Unido ainda não haviam divulgado seus dados.

¹⁰⁹. Neste sentido: CORREA, Rodrigo Stefani. *Propaganda digital: em busca da audiência através de sites multimídia na web*. 1. ed. (2003). 4ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 23. O autor destaca: “Desta forma, como todas as mídias de apresentação (textos, imagens, som etc.) codificam-se numa única forma, pode-se manipular de uma mesma maneira e pelo mesmo tipo de equipamento. Estas informações multimídia codificadas integram-se a outros tipos de dados, possibilitando fácil integração com mídias digitais, usando sistemas computacionais”.

O marketing digital ou marketing eletrônico é também denominado por alguns autores como *cibermarketing*.

O Quadro 1, a seguir, é elucidativo na demonstração da evolução das atividades do marketing tradicional para o marketing digital.

Quadro 1: Evolução do marketing

ATIVIDADE DE MARKETING	MARKETING TRADICIONAL	<i>CIBERMARKETING</i>
<u>Propaganda</u>	Prepara material impresso, em vídeo ou em áudio e utiliza meios de comunicação tradicionais, como televisão, rádio, jornais e revistas. Normalmente apenas as informações bastante limitadas podem ser apresentadas.	Inserir informações abrangentes na página web da empresa e compra <i>banners</i> em outros sites.
<u>Serviços a clientes</u>	Oferece serviço cinco dias por semana, oito horas por dia, na loja ou pelo telefone, em resposta a ligações de clientes para manutenção ou consertos.	Oferece resposta e serviços sete dias por semana, 24 horas por dia; envia soluções por telefone, fax ou e-mail; mantém diálogos on-line e resolve problemas a distância por meio de diagnósticos computadorizados.
<u>Vendas</u>	Visita ou telefona para clientes potenciais ou efetivos e demonstra o produto fisicamente ou por meio de equipamento de projeção.	Realiza videoconferências com clientes potenciais e demonstra o produto na tela do computador.
<u>Pesquisa de mercado</u>	Utiliza entrevistas individuais e em grupo e pesquisas pelo correio ou por telefone.	Utiliza grupos de discussão para conversas. Além disso, utiliza entrevistas e questionários via e-mail.

Fonte: KOTLER, Philip. *Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*, p. 264.

Adolpho Conrado Vaz¹¹⁰ analisa como a Internet foi responsável pela substituição de tradicionais técnicas de marketing pelas atualmente desenvolvidas.

Como será demonstrado, as primeiras técnicas de marketing digital apareceram nos primeiros sites, seguidos dos *banners* e *pop-ups*. Atualmente, têm novos formatos tecnológicos e a cada dia outros aparecem, em razão da crescente demanda de consumidores buscando novos produtos, facilidades e informações.

O “*mobile marketing*”¹¹¹ também ganha força e, por consequência, o “*m-commerce*”¹¹². As mensagens publicitárias recebidas nos celulares, via SMS (Short Message Service), ou seja, via sistema de curtas mensagens pelo telefone celular, até o momento, geram impacto negativo dos usuários que se sentem incomodados com tamanha invasão.

Para os publicitários, a Internet estaria cedendo o espaço do marketing de permissão para o marketing de intromissão¹¹³. A ideia é que o marketing digital seria aquele desenvolvido por meio da permissão do internauta para que determinado fornecedor apresente seu produto ou serviço, ao contrário do que ocorre quando assistimos um filme na TV e somos interrompidos pela publicidade de produtos que nada se relacionam com nosso gosto¹¹⁴.

Não obstante a qualidade e repercussão positiva – para agências e fornecedores – dessas novas modalidades de técnicas desenvolvidas para serem veiculadas na Internet, há o problema da falta de proteção aos consumidores, que ficam expostos a tais práticas.

¹¹⁰ Cf. VAZ, Adolpho Conrado. *Google marketing: o guia definitivo do marketing digital*. 2. ed. São Paulo: Novatec, 2008.

¹¹¹ Marketing por meio do aparelho celular.

¹¹² Comércio pelo aparelho celular.

¹¹³ Neste sentido: VAZ, Adolpho Conrado. *Google marketing: o guia definitivo do marketing digital*, p. 33.

¹¹⁴ Neste sentido: VAZ, Adolpho Conrado. *Google marketing: o guia definitivo do marketing digital*, p. 33.

Não foi por outro motivo que diversas associações (Grupo Brasil Antispam)¹¹⁵, ligadas ao mercado publicitário e preocupadas com a repercussão negativa das novas técnicas de marketing digital, resolveram elaborar, em meados de novembro de 2003, uma espécie de cartilha contendo recomendações para o uso de *spams*, uma das espécies de marketing digital.

Essas recomendações foram conceituadas pelos elaboradores como um “Código de Ética Anti-Spam”¹¹⁶. Este “Código”, logo no art. 2º, conceitua marketing eletrônico da seguinte maneira: “Estratégia de comunicação por mala direta digital, que observa os princípios éticos elencados neste código”.

A propósito, cumpre extrair desta cartilha, conhecida no meio publicitário como “Código de Ética Anti-Spam” duas observações quanto à definição de marketing eletrônico.

O marketing digital não se perfaz tão-somente por meio da mala direta. Conforme se analisará adiante, existem inúmeras técnicas que se atualizam diariamente e que são espécies de marketing digital ou marketing eletrônico.

Pois bem. Além de existirem diversas técnicas eletrônicas, por certo que muitas delas desrespeitam os direitos dos consumidores, ou seja, não obedecem aos princípios estabelecidos na Lei nº 8.078/90 (CDC) nem aos princípios arrolados no “Código de Ética Anti-Spam”. Por esta razão, dito conceito não pode ser tido como exato, pois o marketing digital também será assim denominado, caso viole preceitos éticos básicos, sendo inverídica a afirmativa de que o marketing digital é o “marketing que observa princípios éticos”.

115 Associação Brasileira de Anunciantes (ABA), Associação Brasileira de Agências de Publicidade (ABAP), Associação Brasileira de Marketing Direto (ABEMD), Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES), Associação Brasileira de Provedores da Internet (ABRANET), Associação de Mídia Interativa (AMI), Associação das Empresas Brasileiras de tecnologia da informação (ASSESPRO), Business Software Alliance (BSA), Câmara Brasileira do Comércio Eletrônico (CAMARA-E.NET) e Federação do Comércio do Estado de São Paulo (FECOMERCIO-SP).

116 BRASILANTISPAM. Código de Ética AntiSPAM e Melhores Práticas de Uso de Mensagens Eletrônicas. Disponível em: <<http://www.brasilantispam.com.br/main/codigo.htm>>. Acesso em: 04 out. 2008.

Dito dessa forma, cumpre esclarecer que o uso da rede como veículo de comunicação publicitária trouxe facilidades, economia na divulgação de produtos e serviços, maior alcance, ou melhor, alcance segmentado e direto aos consumidores. Assim, tem-se a tecnologia atuando diretamente no acesso ao mercado de consumo e, como regra, deverá caminhar ao lado das normas jurídicas.

Danilo Doneda¹¹⁷ oferece um quadro do aspecto da tecnologia diante do ordenamento jurídico. Nas suas palavras:

A tecnologia, potente e onipresente, propõe questões e exige respostas dos juristas. [...] O verdadeiro problema não é saber sobre o que o direito deve atuar, mas sim de como interpretar a tecnologia e suas possibilidades em relação aos valores presentes no ordenamento jurídico, mesmo que isto signifique uma mudança nos paradigmas do instrumental jurídico utilizado.

Certo é que a tecnologia empregada ao marketing reflete o estágio de desenvolvimento da sociedade e traz benefícios tanto aos fornecedores como aos próprios consumidores, que terão melhor acesso aos produtos e serviços, muitas vezes com mais informações, melhores condições de visualização e contato. No entanto, novos conceitos de alcance do consumidor, visando à criação de necessidades supérfluas, devem estar pautados na observância dos princípios estabelecidos pela Lei nº 8.078/90 e pelo texto constitucional em vigor.

Fábio Henrique Podestá¹¹⁸ destaca que além do avanço tecnológico:

[...] nos deparamos com o agigantamento de meios e tecnologias dignas de violação dos direitos da personalidade, isto é, a possibilidade de a máquina não servir ao homem, mas propriamente substituí-lo, deixando à margem sua condição de ser pensante e dotado de sensibilidade.

¹¹⁷ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, p. 54-55.

¹¹⁸ PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade em ambiente da Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*, vol. I. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.179.

A interpretação do citado autor reflete alguns dos problemas contemporâneos do consumo: a violação de privacidade e a falta de liberdade de escolha, o que será abordado em capítulos próprios.

Importante ressaltar que em se tratando de direitos difusos e coletivos, como é o caso da defesa do consumidor, independentemente da aceitação ou não da oferta de produtos e serviços pelos consumidores, em razão do disposto no artigo 29 do CDC, a mera exposição do consumidor internauta a uma técnica de marketing digital tida como abusiva já atinge os direitos resguardados pela CRFB/88 e pela legislação consumerista.

Adiante serão apresentadas algumas das atuais técnicas de marketing digital e sua relação lícita ou ilícita com o ordenamento jurídico. Ressalte-se que o marketing digital é um marketing segmentado, por meio da apreciação de grupos e de interesses individuais, e que se vale de técnicas que auxiliam na descoberta das atividades dos consumidores na rede quando acessam os sites, moldando a publicidade on-line de acordo com os cliques do consumidor-internauta. Estas técnicas são denominadas pela Agência Espanhola de Proteção de dados de *webmining*.

5.1 AS TÉCNICAS DE MARKETING DIGITAL

No ano de 1991, após a permissão pela National Science Foundation (NSF) – órgão do governo norte-americano que promove a ciência e a pesquisa sobre o uso comercial da Internet – o comércio eletrônico inicia sua difusão e novas tecnologias são adotadas pelas empresas que já estavam presentes na rede, tais como áudio e vídeo, páginas com animações, possibilidade de interação em tempo real¹¹⁹, entre outras.

¹⁰⁹ Neste sentido: PINHO, José Benedito. *Publicidade e vendas na Internet: técnicas e estratégias*. São Paulo: Summus, 2000, p. 31, 33.

Com a crescente demanda de consumo via *web*, o marketing foi se adaptando às necessidades, de forma a descobrir, não apenas como incrementar o interesse do internauta por determinado produto ou serviço, mas também os meios pelo qual, de forma facilitada, poderia localizar seu produto ou de que forma o fornecedor poderia localizar o seu provável consumidor.

O marketing eletrônico vem se aperfeiçoando e hoje já são oferecidas técnicas eletrônicas denominadas *spams*, *cookies*, bancos de dados eletrônicos, *mailing lists*, *links* patrocinados, *matatags*, publicidade mascarada, entre outras.

Ocorre que essas técnicas eletrônicas de marketing, além de se difundirem com velocidade, estão de costas para o ordenamento jurídico. Atualmente, o Brasil tem abordado a questão com mais frequência com vistas à imposição de limites aos abusos da publicidade em meio eletrônico.

Cláudia Lima Marques¹²⁰ denomina ditas práticas como a evolução do *pullmarketing* para o *pushmarketing* e assim se manifesta:

O Direito comparado tem demonstrado a preocupação estatal e paraestatal em reduzir a agressividade e a quantidade deste *side-effect* do comércio eletrônico, seja com a proibição do *spam*, seja com a responsabilização dos fornecedores, seja com a elaboração de listas negativas de consumidores que não desejam receber estas mensagens comerciais de marketing dos negociantes eletrônicos. O Direito brasileiro ainda não regulou este fenômeno.

Jean Jacques Erenberg¹²¹, sobre essa questão, aduz:

Nem sempre o simples fato de utilizar a internet como mídia publicitária surte bons resultados. As razões disso passam necessariamente pelo descuido em relação a dois fatores: a autorização para estabelecer o contato comercial e o uso adequado e profissional dos instrumentos de marketing.

¹²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2004, p. 118.

¹²¹. ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 39.

É intuitivo que, para que a mensagem publicitária seja bem recebida pelo internauta, é necessário que ele a tenha solicitado ou, no mínimo, autorizado previamente o seu envio.

O envio de milhões de e-mails indiscriminadamente, por exemplo, é altamente improdutivo e forma uma imagem negativa do anunciante em face da comunidade de internautas.

Neste ponto do trabalho passa-se à análise das técnicas atualmente mais conhecidas e utilizadas no âmbito do marketing eletrônico. O objetivo é conceituar e apresentar as principais características de cada técnica para, posteriormente, discorrer sobre a sua influência na formação de banco de dados de consumidores para oferecimento de produtos e serviços customizados, até se chegar ao estudo da proteção do internauta-consumidor pela legislação pátria.

5.1.1 *Cookies*

Em que pese não se tratar de uma técnica propriamente dita mas um meio para o desenvolvimento das técnicas aqui mencionadas, abordar-se-á primeiramente a modalidade *cookies* por ser esta a forma mais usual de captura de dados sem o conhecimento e sem o consentimento do consumidor, ou seja, desde o início da relação contratual virtual já se percebe que o princípio da informação não é observado.

Nas palavras de Ana Paula Gambogi Carvalho¹²²:

Cookies são programas de dados gerados com objetivo principal de identificação do usuário e de rastreamento e obtenção de dados úteis a seu respeito, tais como seus hábitos de navegação e de consumo. Frequentemente utilizados por provedores da internet, estes fichários de dados são enviados aos programas navegadores (*browsers*) e salvos em diretórios específicos do computador do usuário.

Antônio Jeová Santos¹²³ define *cookies* como:

¹²² CARVALHO, Ana Paulo Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. Revista dos Tribunais, n. 46, 2004, p. 114.

¹²³ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na Internet*. São Paulo: Método, 2001, p. 185.

[...] fichas contendo dados que são gerados através das instruções que os servidores *web* enviam aos programas navegadores e que se guardam em um diretório específico do computador do usuário. É um instrumento para obter dados sobre os hábitos dos consumidores, freqüências de visitas e assim por diante. Na posse desses dados, eles são incluídos em uma lista que é vendida a comerciantes que as utiliza efetuando estatísticas de critérios de consumo, para enviar produtos não desejados. Uma vez transferidos certos dados, eles são capturados na Rede, podendo-se conhecer os gostos, as preferências pessoais, as idéias de uma pessoa, pelos sites que ela visita com mais assiduidade. Nada impede que alguns sítios tenham como regra não se deixar ser acessado pelas idéias religiosas, ideológicas, políticas e até por razões raciais.

Pois bem. Ao acessar um site, automaticamente são armazenados programas no computador do usuário que agem como “rastreadores de cliques”, com função de coleta não apenas dos dados básicos do consumidor mas também dados pessoais sensíveis, quais sejam seus costumes, desejos, hábitos de compra, religião, opção sexual, interesses por determinados sites, comportamento etc. Ditas informações são armazenadas, indevidamente, para criação de perfis dos usuários, no intuito de personalizar o produto ou o serviço que será oferecido para consumo.

Esse rastro que o consumidor vai deixando ao acessar diversas e distintas páginas é conhecido como “*clickstream*”, cabendo aos *cookies* armazenar o IP (Internet Protocol) do consumidor, as páginas visitadas, o percurso feito pela página, desde a abertura até o encerramento, assim como os horários em que ligou e desligou o seu computador.

Os *cookies* também vêm sendo utilizados como técnica de fidelização, tendo por finalidade o direcionamento dos anúncios com base nos interesses e no comportamento dos consumidores. É também em razão das informações registradas pelos *cookies* que os sites visitados conhecem certa preferência do internauta sem que este nunca tenha sido questionado, tampouco informado.

Entre as inúmeras consequências da existência de *cookies* nos computadores, pode-se citar que possuem a função de: (i) avisar o “fornecedor” que um consumidor específico retornou ao site para uma busca; (ii) automaticamente customizar a tela com as preferências daquele consumidor identificado ou até

mesmo para sua última compra, que não pode ser concluída, por exemplo, pois a conexão “caiu”, visto que com o *cookie*, se o cliente quiser continuar a compra no ponto em que parou estes “lembrarão” o que possuía em seu “carrinho”, tornando desnecessário que o consumidor reinicie o processo; (iii) conservar a identificação do consumidor e própria senha quando transportado para outra página; (iv) manter a lista das páginas visitadas pelo consumidor em determinado dia e hora, ou seja, possuem todo o histórico de visitas virtuais do consumidor.

Um das graves consequências da instalação de *cookies* diz respeito à comercialização das informações da esfera íntima do consumidor-internauta para que os fornecedores, de posse de ditos cadastros, utilizem os perfis dos usuários e, por meio de *spams* “bombardeiem” as caixas de correio eletrônico do internauta ofertando produtos ou serviços não solicitados.

Importante questão que não se pode deixar de mencionar é a que alude à falta de informação¹²⁴ do consumidor quanto à sua automática sujeição a este tipo de prática comercial eletrônica. Regra geral, os consumidores não têm conhecimento de que seus dados estão sendo capturados em sua máquina. Assim, pela ausência de informação já se denota a violação à legislação consumerista, conforme já se destacou no estudo dos princípios.

Considerando as regras contidas no diploma legal consumerista, não se pode admitir que estes programas sejam instalados automaticamente nas máquinas dos consumidores sem um mínimo de conteúdo informativo e sem a opção para que o usuário possa escolher entre permitir e bloquear a instalação do *cookie*.

Bom lembrar que existem opções de bloqueio de *cookies*, no entanto, quando bloqueados, o consumidor não consegue acessar determinados endereços

¹²⁴ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral e a Internet*, p. 197. Para o autor: “Se o administrador do cookie informasse ao usuário e procurasse o seu consentimento, até aí não haveria nada de anormal, nem que pudesse contatar invasão da intimidade. Seria útil e o usuário teria confiança se ao ser solicitada informação pela página web, viesse a advertência de que os dados pedidos terão utilização cookie. Essa informação poderia vir acompanhada dos benefícios do cookie que são a melhoria de funcionalidade das páginas, o oferecimento de publicidade orientada diretamente as preferências da pessoa e, principalmente, aventar a possibilidade de, a qualquer tempo, o usuário poder solicitar o cancelamento, se considerar que isso é um incômodo”.

eletrônicos que interajam com este sistema e, por consequência, fica impedido de acessar determinado produto ou serviço naquele site de comércio eletrônico.

Não foi por outra razão – e para coibir abusos como esses – que se criou o Código de Ética Anti-Spam¹²⁵, por iniciativa de diversas associações relacionadas ao marketing.

Referido código serve como guia de conduta para o comércio eletrônico. O artigo 11 trata da forma de utilização de dados dos internautas e a maneira como capturar estes dados. Nos termos do citado artigo:

Para a coleta de informações e dados de consumidores ou usuários de meios eletrônicos, deve ser observado o seguinte:

- a) as informações dos usuários para uso e envio de mensagens eletrônicas deverão ser coletadas para este fim exclusivo através de formulários de cadastramento nos sites e/ou e-mails; participação em concursos ou promoções; formulários de ‘e-commerce’ ou qualquer outra forma que exponha explicitamente a finalidade de captação das informações;
- b) constará obrigatoriamente do documento eletrônico acima referido a autorização do usuário para o posterior recebimento de mensagens eletrônicas e mala direta digital, que jamais poderá ser presumida;
- c) o usuário deverá ter livre acesso e a qualquer tempo ao seu cadastro no banco de dados, seja para retirar seus dados do mesmo, seja para editar seus dados, seja ainda para suspender ou cancelar a autorização antes dada para o recebimento de mensagens eletrônicas ou mala direta digital;
- d) é vedada a coleta de quaisquer dados que possam expor o usuário a situações de constrangimento de qualquer tipo;
- e) a pessoa física ou jurídica responsável pela coleta de informações deve apresentar ao usuário sua ‘Política de Privacidade de Dados’;
- f) a ‘Política de Privacidade de Dados’ acima referida deve descrever claramente como serão utilizadas ou comercializadas as informações coletadas, assim como se serão utilizados ‘cookies’ nos navegadores de acesso à rede Internet.¹²⁶

¹²⁵ BRASILANTISPAM. Código de Ética AntiSPAM e Melhores Práticas de Uso de Mensagens Eletrônicas. Disponível em: <<http://www.brasilantispam.com.br/main/codigo.htm>>. Acesso em: 04 out. 2008.

¹²⁶ BRASILANTISPAM. Código de Ética AntiSPAM e Melhores Práticas de Uso de Mensagens Eletrônicas. Disponível em: <<http://www.brasilantispam.com.br/main/codigo.htm>>. Acesso em: 04 out. 2008.

André de Carvalho Ramos¹²⁷, sobre o tema, comenta:

Com efeito, facilmente, sem qualquer ordem judicial, as informações contidas nesses bancos de dados escancaram os hábitos de consumo, as quantias despendidas, eventuais acréscimos de renda, sem contar os gastos em si, podendo revelar toda a vida do consumidor-cidadão. Aliás, até a localização física da pessoa investigada é facilitada, ou ainda os telefones ou acesso a Internet utilizado, graças à identificação de seus gastos.

Além de o bloqueio dos *cookies* impedir o acesso a determinados sites, não se pode exigir que consumidores vulneráveis e tecnicamente hipossuficientes quanto ao recursos da informática tenham conhecimento de como efetuar referido bloqueio. Na maioria dos casos, os consumidores nem imaginam que exista uma técnica que facilita a coleta de seus dados para posterior endereçamento ou até criação de produtos.

Para Guilherme Magalhães Martins¹²⁸:

A edição dos *cookies* ofende o disposto no art. 43, §2º, da Lei 8.078/90, em cujos termos a inclusão do consumidor em bancos de dados por intermédio de cadastro, ficha ou registro, deve ser comunicada ao consumidor, quando não solicitada por este, não sendo possível, de outra forma, a coleta de informações pessoais.

Outro método de rastreamento é o *web bug*¹²⁹, também nominado “microespião”, que possui a mesma finalidade dos *cookies*. Os microespiões são espécies de imagens transparentes residentes em um site ou e-mail recebido pelo consumidor.

¹²⁷ RAMOS, André de Carvalho. O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 53, 2005, p.39. Neste artigo o Procurador da República, em tom jocoso, sugere ao MP, a contratação de serviços de uma empresa de bancos de dados de consumo, ao invés de perpetuar a discussão sobre a possibilidade ou não de quebra de sigilo bancário sem o pedido ao Poder Judiciário, tamanho o poder que estas detêm.

¹²⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 35), p. 231.

¹²⁹ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Disponível em: <<https://www.agpd.es/portalweb/index-ides-idphp.php>>. Acesso em: 10 fev. 2009.

Pode-se citar também os *spywares*, parecidos com os *cookies*. Os *spywares* são “programas espiões que enviam informações do computador do usuário da rede para desconhecidos, que poderão até mesmo monitorar tudo o que é digitado no teclado¹³⁰”.

Vale acrescentar que os *spywares* dificilmente são identificados, posto que compõem os softwares livres disponíveis na rede, sendo baixados e instalados pelo próprio usuário no seu computador após o *download* do programa desejado. O usuário comum não tem conhecimento de que os *spywares* complementam os softwares e sua função é rastrear as condutas do consumidor na rede, prática que configura uma afronta ao direito à informação.

Há também o *keylogger*, similar aos *spywares*, uma espécie de programa que se instala no computador do consumidor com a finalidade de armazenar as teclas digitadas pelo usuário, ou seja, todo e qualquer dado, e-mail, obra intelectual, trabalho sigiloso é retido pelo programa, criando, praticamente, uma cópia digital de tudo o que foi “teclado” pelo consumidor. Parece que essa possibilidade seria algo impossível de ocorrer, mas esta é a realidade da Era Digital: É o que destaca a notícia: “Praticamente todos os teclados do mundo são vulneráveis”¹³¹.

¹³⁰ Neste sentido: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*, p. 204.

¹³¹ MAIA. RAPHAELLA. Teclados comuns permitem espionar a distância. 22.10.2008. *Yahoo.Brasil.Tecnologia*. Disponível em:

<<http://br.tecnologia.yahoo.com/article/081022/7/gjtvim.html>>. Acesso em: 12 fev. 2009. “Um grupo do Laboratório de Segurança e criptografia (LASEC, ‘Security and Cryptography Laboratory’), na Suíça, descobriu diferentes formas de recuperar inteira ou parcialmente o que é digitado em teclados comuns de computador. Praticamente todos os teclados do mundo são vulneráveis. De acordo com o LASEC, os teclados, que servem como um meio de transmitir informações pessoais - como nome de usuário e senha, dados bancários e mesmo textos de cunho pessoal -, podem apresentar vulnerabilidades que reduzem a zero a segurança de computadores em geral e caixas eletrônicas em bancos. ‘Qualquer teclado emite ondas eletromagnéticas porque têm componentes eletrônicos. Essa radiação eletromagnética poderia ser usada para espionar o que está sendo digitado’, informa o grupo em sua página na Web. O teste para descobrir se as letras digitadas geram emissões de radiação que comprometem a segurança é simples: enquanto as teclas são pressionadas, as radiações eletromagnéticas emitidas são medidas. Essa análise das radiações de comprometimento é realizada por meio de um receptor ajustado em uma frequência específica. Foram descobertos quatro métodos de recuperar o que é digitado nos teclados, em uma distância de até 20 metros e que são eficazes mesmo quando as ondas eletromagnéticas são atenuadas pela presença de paredes. O laboratório testou 11 modelos diferentes de teclados, fabricados entre 2001 e 2008 (PS/2, USB e laptop). Todos eram vulneráveis a, no mínimo, um dos ataques. Keyloggers, pequenos aparelhos para espionar a digitação em teclados, são bastante comuns há mais de uma década. Entretanto, eles precisam ser ligados fisicamente no cabo do teclado, na conexão entre este e o PC. A técnica descoberta pelo LASEC permitiria esconder o aparelho espião em qualquer lugar, sem precisar de

Como se notou, posteriormente à coleta de dados e informações do consumidor, os detentores de tais “preciosidades” comercializam os cadastros, gerando perfis extraídos do cruzamento de dados obtidos. É nesse momento que a privacidade do consumidor é devastada e proliferam os *spams* e as listas de perfis, conforme se explicitará nas seções seguintes.

Os itens 24 e 25 da Diretiva Europeia 2002/58, que revogou a Diretiva 97/66, especificam quando os *cookies* são considerados lícitos:

(24) O equipamento terminal dos usuários das redes de comunicações eletrônicas e todas as informações armazenadas neste equipamento constituem parte integrante da esfera privada dos próprios usuários, devendo ser protegidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. Os denominados ‘gráficos espíões’, ‘programas-espíões’, (*spyware*), ‘gráficos-espíões’ (*web bugs*) e ‘identificadores ocultos’ (*hidden identifiers*) e outros dispositivos análogos podem entrar nos terminais dos usuários sem o seu conhecimento a fim de obter acesso a dados, armazenar informações escondidas ou permitir a rastreabilidade de suas atividades, podendo constituir uma grave intrusão na privacidade do internauta. A utilização desses dispositivos deverá ser autorizada unicamente para fins legítimos, com o conhecimento dos usuários em questão.

(25) Todavia, esses dispositivos, por exemplo, os denominados testemunhos de conexão (*cookies*), podem ser um instrumento legítimo e útil, nomeadamente na análise da eficácia da concepção e publicidade do site, e para verificar a identidade dos usuários que fazem transações. Sempre que esses dispositivos, por exemplo, os *cookies*, se destinem a um fim legítimo, como por exemplo a facilitar a prestação de informações, a sua utilização deverá ser autorizada, contanto que sejam fornecidas aos usuários informações claras e precisas, em conformidade com a Directiva 95/46/CE, de modo que os usuários tenham conhecimento da existência destes instrumentos em seus equipamentos. Os usuários deveriam ter a oportunidade de recusar que um *cookie* ou um dispositivo análogo seja armazenado no seu equipamento. Isso é particularmente importante nos casos em que outros usuários tenham acesso ao equipamento e, conseqüentemente, a quaisquer dados que contenham informações sensíveis sobre a privacidade do usuário no atual em futuros acessos/conexões. O consentimento ou a recusa quanto à prestação de informações de ser proposto ao usuário de forma amigável. O acesso ao conteúdo de um site específico pode ainda depender da aceitação, desde que devidamente notificado o usuário, de um

contato físico com o computador da vítima - como se fosse um microfone espião dos filmes de agentes secretos, normalmente escondido no vaso de flores. O site do Laboratório de Segurança e Criptologia, que promete novidades sobre o tema em breve, apresenta, ainda, dois vídeos que ilustram o funcionamento da quebra de segurança dos teclados. Os vídeos estão disponíveis em lasecwww.epfl.ch/keyboard”.

cookies ou dispositivo análogo, caso seja utilizado para um fim legítimo [tradução nossa].¹³²

Em suma, a Diretiva em comento destaca que a utilização dos ‘testemunhos de conexão’ apenas poderão ser limitadores de ingresso em um site caso o consumidor seja informado claramente quanto à finalidade da existência dos *cookies* e esta finalidade seja legítima, sendo a ‘espionagem’ expressamente aceita pelo consumidor.

5.1.2 Spams

O *spam* é a técnica de marketing digital mais conhecida, mais antiga e também a mais criticada. Trata-se de envio de mensagens eletrônicas com anúncios publicitários não solicitadas pelo usuário da rede e que lhe acarretam inúmeras

¹³² “(24) O equipamento terminal dos utilizadores de redes de comunicações electrónicas e todas as informações armazenadas neste equipamento constituem parte integrante da esfera privada dos utilizadores e devem ser protegidos ao abrigo da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. Os denominados ‘gráficos espíões’, ‘programas-espíões’, ‘spyware’, ‘gráficos-espíões’ (‘web bugs’) e ‘identificadores ocultos’ (‘hidden identifiers’) e outros dispositivos análogos podem entrar nos terminais dos utilizadores sem o seu conhecimento a fim de obter acesso a informações, armazenar informações escondidas ou permitir a rastreabilidade das actividades do utilizador e podem constituir uma grave intrusão na privacidade desses utilizadores. A utilização desses dispositivos deverá ser autorizada unicamente para fins legítimos, com o conhecimento dos utilizadores em causa.

(25) Todavia, esses dispositivos, por exemplo, os denominados testemunhos de conexão (‘cookies’), podem ser um instrumento legítimo e útil, nomeadamente na análise da eficácia da concepção e publicidade do sítio web, e para verificar a identidade dos utilizadores que procedem a transacções em linha. Sempre que esses dispositivos, por exemplo, os testemunhos de conexão (‘cookies’), se destinem a um fim legítimo, como por exemplo a facilitar a prestação de serviços de informação, a sua utilização deverá ser autorizada, na condição de que sejam fornecidas aos utilizadores informações claras e precisas, em conformidade com a Directiva 95/46/CE, acerca da finalidade dos testemunhos de conexão (‘cookies’) ou dos dispositivos análogos por forma a assegurar que os utilizadores tenham conhecimento das informações colocadas no equipamento terminal que utilizam. Os utilizadores deveriam ter a oportunidade de recusar que um testemunho de conexão (‘cookie’) ou um dispositivo análogo seja armazenado no seu equipamento terminal. Tal é particularmente importante nos casos em que outros utilizadores para além do próprio têm acesso ao equipamento terminal e, conseqüentemente, a quaisquer dados que contenham informações sensíveis sobre a privacidade armazenadas no referido equipamento. A informação e o direito de recusar poderão ser propostos uma vez em relação aos diversos dispositivos a instalar no equipamento terminal do utente durante a mesma ligação e deverá também contemplar quaisquer outras futuras utilizações do dispositivo durante posteriores ligações. As modalidades para prestar as informações, proporcionar o direito de recusar ou pedir consentimento deverão ser tão convivias quanto possível. O acesso ao conteúdo de um sítio web específico pode ainda depender da aceitação, com conhecimento de causa, de um testemunho de conexão (‘cookie’) ou dispositivo análogo, caso seja utilizado para um fim legítimo.”

dificuldades, tais como recebimento de vírus, saturação da caixa postal, invasão de privacidade, entre outros graves problemas da Era Digital¹³³.

Pode-se dizer ainda que o *spam* é o anúncio publicitário não solicitado de produtos e serviços, bem como do próprio site.

Jean Jacques Erenberg¹³⁴ explica o surgimento do termo *spam* hoje utilizado para definição de mensagens indesejadas:

Spam é o nome de uma empresa norte-americana que produz uma famosa carne enlatada. O produto é mais conhecido por suas propriedades calóricas que por seu sabor. Cena do grupo humorístico Monty Python: casal entra em lanchonete para tomar café da manhã. Ao fundo um grupo de bárbaros se dedica a promover uma grande algazarra. O casal pergunta o que há para comer e a garçonete começa a recitar: 'ovos e *spam*, bacon e *spam*, lingüiça e *spam*' e repete *spam* incessantemente. Os bárbaros juntam-se à garçonete, gritando: '*spam, spam, spam*, adoramos *spam*', até que o alarido se torne insuportável. Ou seja, *spam* seria algo que ninguém em seu juízo normal suporta, mas é inevitável engolir. Por isso a comunidade de internautas passou a utilizar a expressão como sinônimo de publicidade não solicitada que chega aos montes às caixas postais. A empresa *Spam* (www.spam.com) encara com bom humor a referência.

O Código de Ética Anti-Spam¹³⁵, no art. 3º, traz a seguinte definição:

Spam é a designação para a atividade de envio de Mensagens Eletrônicas e Mala Direta Digital que não possam ser consideradas nem Marketing Eletrônico, nem Newsletter, e nas quais se verifique a

¹³³ "Em relatório divulgado pela Sophos, uma das maiores empresas antivírus do mundo, o Brasil apareceu na sexta colocação como país que mais enviou spams, durante o último trimestre de 2005.

Na liderança do ranking continuam os Estados Unidos, com 24,5% do total de mensagens não-solicitadas. Logo atrás surge a China (incluindo Hong Kong), com 22,3%. Outros grandes emissores de spam pelo planeta são a Coréia do Sul, com 9,7% do total, França, com 5%, Canadá, com 3%, Brasil, com 2,6% e Espanha, com 2,5%. Segundo a empresa britânica de segurança, foi notado também um aumento significativo no número de mensagens criadas em outros idiomas que não o inglês" M&MONLINE. Notícia. Disponível em:

<http://www.meioemensagem.com.br/novomm/br/conteudo_maiusculo/index.jsp?Brasil_e_o_sexto_maior_emissor_de_spam_no_mundo>. Acesso em: 13 fev. 2009.

¹³⁴ ERENBURG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na Internet à luz da legislação brasileira*, p. 58.

¹³⁵ BRASILANTISPAM. Código de Ética AntiSPAM e Melhores Práticas de Uso de Mensagens Eletrônicas. Disponível em: <<http://www.brasilantispam.com.br/main/codigo.htm>>. Acesso em: 04 out. 2008.

simultânea ocorrência de pelo menos 2 (duas) das seguintes situações:

- a) inexistência de identificação ou falsa identificação do remetente;
- b) ausência de prévia autorização (opt-in) do destinatário;
- c) inexistência da opção 'opt-out';
- d) abordagem enganosa – tema do assunto da mensagem é distinto de seu conteúdo de modo a induzir o destinatário em erro de acionamento na mensagem;
- e) ausência da sigla NS no campo 'Assunto', quando a mensagem não houver sido previamente solicitada;
- f) impossibilidade de identificação de quem é de fato o remetente;
- g) alteração do remetente ou do assunto em mensagens de conteúdo semelhante e enviadas ao mesmo destinatário com intervalos inferiores a 10 (dez) dias.

Em que pese o teor do artigo, é difícil concordar que o *spam* não possa ser considerada uma técnica de marketing digital, porquanto traz em seu bojo todas as características de uma publicidade on-line (oferecimento de produtos e serviços via Internet, encaminhada por mensagem eletrônica).

A razão para tamanho repúdio às mensagens não solicitadas está no fato de o internauta ter que despende tempo, tanto para o recebimento da mensagem quanto para a sua exclusão, sem falar em eventuais prejuízos de ordem econômica que podem causar, tais como (i) quando o espaço da caixa de e-mails se torna insuficiente devido ao número de *spams* recebidos, o usuário corre o risco de não receber mensagens lícitas, solicitadas e esperadas, (ii) multiplicação do tempo de conexão, (iii) dificuldades nos sistemas operacionais dos provedores, acarretando diminuição da qualidade dos serviços, (iv) desvio de atenção e sentimento de irritação e incômodo com tanto lixo eletrônico e mensagens inúteis e invasivas no correio eletrônico.

De uma comparação entre o *spam* e a mala direta tradicional extrai-se que aquela técnica é prejudicial, por duas razões: a primeira, porque no sistema de mala direta impressa, o destinatário não tinha custos para recebê-la, ao contrário do *spam*; a segunda, porque na correspondência tradicionalmente enviada em envelope era fácil identificar que se tratava de publicidade ou assunto não solicitado e, de imediato, desconsiderá-la. No tocante ao *spam*, não há como agir da mesma forma, pois as mensagens recebem títulos que não permitem ao usuário aferir se se trata de anúncio publicitário. O resultado é que o destinatário (consumidor), com um

simples “clique”, acaba abrindo e lendo a mensagem enviada via *spam*, causando-lhe, obviamente, desperdício de tempo e interferindo no recebimento de mensagens aguardadas, entre outros entraves.

Não obstante os provedores, atualmente, disporem de técnicas para bloqueio de *spams*, o fato é que os chamados filtros *anti-spam*, muitas vezes, não conseguem identificar a mensagem como comercial e acabam por falhar na seleção.

No tocante ao direito argentino, Ricardo Luiz Lorenzetti¹³⁶ ressalta:

As empresas de publicidade argumentaram que gozam do direito de livre expressão pela Internet, protegido constitucionalmente, e que por isso têm liberdade para enviar esses e-mails sem solicitar qualquer autorização. A primeira restrição a essa argumentação se estabeleceu quando se considerou que um servidor bloqueara as referidas promoções, a segunda restrição, mais dura, surgiu quando se disse que constitui uma invasão de privacidade. Pode concluir-se, sem dúvida alguma, que o chamado *spam* constitui uma invasão da privacidade e na contratação de consumo é regulamentado pelos arts. 33 e 35 da Lei 24.240.

No ordenamento pátrio, a utilização desautorizada de *spams* configura invasão de privacidade e ato ilícito, além de constituir prática abusiva à luz do que preceitua o CDC.

Outra questão de relevo refere-se aos remetentes, que se valem de técnicas de “anonimato” para que eventual resposta negativa do consumidor não consiga alcançá-los, não permitindo que sua identidade seja conhecida.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 7000351978, da relatoria do Desembargador Voltaire de Lima Moraes, entendeu que o envio de mensagens não solicitadas é considerado *spam*, configurando, portanto, uma prática abusiva. É o que se depreende do excerto que a seguir se transcreve:

¹³⁶ LORENZETTI, Ricardo Luiz. Informática, Cyberlaw, E-Commerce. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito & Internet* – aspectos jurídicos relevantes, p. 491.

No caso, o agravante busca a concessão de liminar, que lhe foi negada pelo juízo *a quo*, no sentido de que lhe seja restabelecida a possibilidade de 'enviar, via e-mail, sua *newsletter* aos seus mais de 15.000 leitores'.

Ora, se o próprio agravante reconhece em sua petição recursal que o contrato feito com o provedor foi verbal, inicialmente, e depois a renovação desse contrato deu-se via telefônica, torna-se forçoso reconhecer que assiste razão ao juízo *a quo* ao dizer que 'não se pode aferir, com a certeza necessária, se o agir da demandada, consistente na interrupção de serviço de correio eletrônico para o demandante, feriu ou não norma contratual da relação jurídica entretida entre as partes', o que significa reconhecer que não há nos autos sequer início de prova de que o *fumus boni iuris* exista, pelos menos nesta fase.

De outro lado, cabe ponderar que, se é verdade que a relação estabelecida entre o agravante e a agravada envolve relação de consumo, de outro lado também é certo afirmar que a recorrida igualmente mantém com os destinatários das *newsletters* milhares de relações de consumo, sendo seu dever, como provedora-fornecedora, preservá-los contra práticas abusivas, dentre as quais está a de receberem, sem solicitação prévia, qualquer produto ou fornecimento de serviço (art. 39, III, do CDC).

Como no caso ainda não veio para os autos prova de que os 15.000 leitores do recorrente manifestaram interesse em receber essas mensagens eletrônicas, e sem prova dos termos em que o contrato foi celebrado torna-se imperativo reconhecer que o *fumus boni iuris* não se apresenta caracterizado.

De outro lado, cabe ainda salientar que não há falar em cerceamento unilateral da liberdade de imprensa. Esta estaria cerceada, isto sim, na medida em que esses 15.000 leitores tivessem manifestado interesse em receber essas mensagens eletrônicas e, mesmo assim, havendo contrato que possibilitasse o seu envio, tivesse havido ato oriundo da agravada proibindo que elas fossem remetidas.

Por fim, cabe salientar, em razão disso, que toda mensagem eletrônica, enviada de forma indiscriminada, sem que os seus destinatários tenham manifestado interesse expresso em recebê-la, caracteriza *spam mail*.

E os autos deste agravo não contêm prova que leve este julgador a concluir que essas correspondências eletrônicas foram todas solicitadas por seus destinatários, o que deverá ser melhor avaliado pelo juízo *a quo*.

Por tais razões, nego provimento ao agravo. É o voto.¹³⁷

Recentemente, o Tribunal de Justiça gaúcho, novamente, no mesmo sentido decidiu:

¹³⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70003519782. 11ª Câmara Cível. Relator Des. Voltaire de Lima Moraes. Julgado em 19.06.2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70003519782&num_processo=70003519782>. Acesso em: 30 jul 2008.

OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. ENVIO DE E-MAILS. SPAM. A sentença recorrida é clara e se atém aos limites do pedido, ou seja, que a parte demandada se abstenha de remeter ao autor os chamados *spam* que são mensagens eletrônicas não solicitadas, quase sempre com o cunho publicitário. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.¹³⁸

Com efeito, não se pode olvidar que, para os fornecedores, a utilização do e-mail para propagação de seus anúncios publicitários é técnica altamente rentável, em razão de suas características, pois se trata de:

[...] revolucionário canal de marketing direto, vez que agrega vantagens como velocidade (um e-mail circunda o globo terrestre em poucos instantes), impacto (milhões de mensagens podem ser rapidamente encaminhadas a todos os cantos do planeta de forma automática), economia (os custos de criação, produção e remessa do e-mail são infinitamente mais baixos que os de outras mídias, permitindo a experimentação de novas idéias e um maior retorno sobre os investimentos de marketing), flexibilidade (uma mensagem que não tenha gerado retorno pode ser substituída em poucos minutos), facilidade de manutenção e atualização da base de dados (mediante a coleta de novos, atuais e mais apurados dados sobre o consumidor e suas preferências), interatividade e manutenção do contato com o cliente (mantendo-se aceso o relacionamento da empresa com este), recursos tecnológicos (a cada dia novos recursos são incorporados às mensagens, como multimídia) e relativa eficiência (altíssima quando as mensagens são autorizadas, adequadas e de real interesse do consumidor).¹³⁹

Adiante, Jean Jacques Erenberg¹⁴⁰ conclui:

O uso do correio eletrônico para veiculação de mensagem de natureza comercial proporciona, hoje, um verdadeiro festival de aberrações que mistura erros canhestros (de gramática, de digitação, de editoração, de marketing, jurídicos), ilícitos civis e criminais (oferta de produtos e serviços ilegais no país) e principalmente lesões ao consumidor (publicidade enganosa e abusiva, *spamming*, falsas mensagens pessoais).

¹³⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Cível nº 71001280536. Terceira Turma Recursal Cível. Turmas Recursais. Relator Des. Carlos Eduardo Richinitti. Julgado em 07.08.2007. Disponível em:

<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71001280536&num_processo=71001280536>. Acesso em: 20 out de 2008.

¹³⁹ EREMBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na Internet à luz da legislação brasileira*, p. 47. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

¹⁴⁰ EREMBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na Internet à luz da legislação brasileira*, p. 48.

A Cartilha de Segurança para Internet¹⁴¹, desenvolvida pelo Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil¹⁴², quanto às consequências geradas pelo recebimento de mensagens não solicitadas, arrola os seguintes efeitos: (i) não recebimento de *e-mails*, em razão de limitação de tamanho de caixa postal imposta por provedores; (ii) gasto desnecessário de tempo, abrindo, identificando e removendo a mensagem; (iii) aumento de custos na hipótese de utilização de conexão discada ou em locais pagos (*lan house*, por exemplo); (iv) perda de produtividade; (v) acesso despercebido de conteúdo impróprio.

Não se pode perder de vista que para os provedores as consequências também são prejudiciais, tais como (i) impacto na banda (ii) má utilização dos servidores (iii) perda de clientes (iv) investimento em pessoal e equipamentos (v) maior possibilidade de vírus, entre outros.

Pois bem. A proteção do consumidor contra a prática de *spams* é imperiosa, visto que ditas mensagens eletrônicas, como já mencionado, chegam a ocupar grande parte das caixas de correio eletrônico ou e-mail do usuário (consumidor), impedindo o recebimento de mensagens solicitadas e esperadas, além de proporcionar dispêndio de tempo para examinar e, principalmente identificar tais mensagens, a fim de selecionar aquilo que é proveitoso e o que não é.

Quanto à responsabilidade pelo envio de mensagens não solicitadas, Renato M. S. Opice Blum e Marcos Gomes da Silva Bruno¹⁴³, asseveram:

Quanto ao *spammer*, aquele que envia mensagens não solicitadas de conteúdo publicitário, às vezes até ofensivas à moral e aos bons costumes do destinatário, mais difícil se tornará sua atividade, pois a nova lei conceitua como ato ilícito o abuso de direito, ainda que para um fim econômico ou social determinado.

¹⁴¹ BRASILANTISPAM. Cartilha AntiSpam. Disponível em: <<http://www.brasilantispam.com.br/main/cartilha.htm>>. Acesso em: 04 out. 2008 e também HTMLSTAFF. Cartilha de Segurança para Internet. Versão 2.0. 11.03.2003. Disponível em: <<http://www.htmlstaff.org/cartilhaseguranca/cartilha-index.html>> Acesso em: 08 out. 2008.

¹⁴² CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTAS E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL. Cartilha de Segurança para Internet. 3.1. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br>>. Acesso em: 09 fev. 2009.

¹⁴³ BLUM, Renato M. S.; BRUNO, Marcos Gomes da Silva. *O novo Código Civil e as relações jurídicas virtuais*. 18.11.2003. Disponível em: <http://www.opiceblum.com.br/lang-pt/02_artigos_a022.html>. Acesso em: 18 fev. 2009.

Assim, poderá o *spammer* ser não só responsabilizado pelos danos materiais e morais que vier a causar, mas também ser impedido de exercer aquela conduta que excede os limites que a lei lhe confere, o que é uma grande inovação do Novo Código, vez que anteriormente pouco se podia fazer após o recebimento da mensagem não solicitada, quando o direito do destinatário ficava restrito à indenização. Inclusive, tais modificações deverão intensificar a atuação do Ministério Público no combate aos *spammers*.

Antônio Jeová Santos¹⁴⁴, ao abordar a questão do *spam* e dizer se esta técnica é capaz de gerar um dano moral em razão do incômodo causado pela prática, assim analisa:

Quando a repetição de e-mails é permanente, o destinatário não mais estará diante do mal-estar trivial insuscetível de causar dano moral, mas de inquietação que caracteriza o dano. Afinal, é lícita a atividade de quem, sem o consentimento do destinatário, efetua lista contendo dados pessoais, para remeter diariamente os não desejados *spams*. A continuidade e a frequência deixam de ser mero enfado, simples incômodo que o internauta deve suportar, e passa a ter aquela grandeza suficiente para gerar perturbação anímica. O dano moral é patente.¹⁴⁵

Na avaliação do citado autor, a partir do momento em que o internauta manifesta expressamente não desejar receber aqueles e-mails e seu pedido é ignorado, este ato configuraria uma lesão ao sossego e ao direito de não ser incomodado em seu dia-a-dia virtual. Assevera também que, caso o provedor não aceite ou não atenda ao pedido de bloqueio daquele remetente ou reste comprovado que foi o responsável pelo fornecimento dos dados ao remetente da mensagem indesejada, também deverá ser responsabilizado.¹⁴⁶

Em razão dos grandes problemas que o recebimento de mensagens não solicitadas vêm trazendo para os internautas, a técnica hoje é tida como *webmarketing* negativo. Esses problemas ainda não foram percebidos por alguns fornecedores que, sem observância de regras mínimas de eticidade, privacidade e regulamentações esparsas sobre o tema, continuam enviando os lixos eletrônicos

¹⁴⁴ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na Internet*, p. 159.

¹⁴⁵ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na Internet*, p. 159.

¹⁴⁶ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na Internet*, p. 159.

aos consumidores, gerando repúdio à marca e ao produto ou serviço, que acaba por causar efeito inverso ao pretendido.

Importante esclarecer que o e-mail devida e ostensivamente identificado como um anúncio publicitário no campo “assunto”, que traga informações verídicas, revele todos os dados do fornecedor para contato e opção de não receber mais aquelas mensagens ou que tenha sido enviado mediante a autorização do consumidor, tem sido chamado como “e-mail marketing” e não seria considerado um *spam*, pois observa regras básicas de conduta¹⁴⁷ no contato com o consumidor-internauta.

5.1.3 *Banners*

Os *banners*, que se alinham entre as técnicas de marketing digital, são espécies de “faixas” que oferecem produtos e serviços personalizados ao internauta, em razão do conhecimento de suas buscas e comportamentos na rede que, por certo, foram captadas por meio dos *cookies*.

Jean Jacques Erenberg¹⁴⁸ conceitua *banners* da seguinte maneira:

Trata-se de um pequeno anúncio digital que ocupa pequena porção da tela do navegador, geralmente apresentando recursos gráficos sofisticados a fim de atrair a atenção do usuário.

Por tratar-se de pequenas peças colocadas às margens de outras informações podem ser comparados aos pequenos anúncios retangulares, com bordas bem definidas, publicados em jornais e revistas.

Ao clicar no *banner* pode-se obter mais informações sobre o produto ou serviço anunciado, adquiri-lo ou mesmo solicitar amostras grátis e registrar-se (fornecendo dados pessoais) para participar de concursos e concorrer a prêmios.

¹⁴⁷ Neste sentido tem-se a relação de “boas maneiras” nas ações de e-mail marketing criada pela Associação Brasileira de Marketing Direto (ABEMD) com recomendações para utilização pertinente do e-mail como técnica de marketing. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MARKETING DIRETO. Boas maneiras nas ações de e-mail marketing. 2007. Disponível em: <<http://www.abemd.org.br/AutoRegulamentacao/BoasManeiras.aspx>>. Acesso em: 04 out. 2008.

¹⁴⁸ ERENERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na Internet à luz da legislação brasileira*, p.44.

Os *banners* devem ser modificados periodicamente, tendo em vista que a imagem, depois de inculcada na mente do consumidor, acaba por não surtir mais efeito, gerando apenas uma afinidade do internauta com aquela marca, cores e produto.

À medida que o *banner* é modificado, novas ideias e desejos se instalam na mente, ainda que o consumidor não “clique” sobre ele. A sua simples presença na tela já é bastante para que o consumidor, cada vez mais se sinta familiarizado com o fornecedor e crie uma espécie de relação de confiança inconsciente.

A propósito, Philip Kotler¹⁴⁹, instado a responder o que as empresas atuais deveriam fazer para assegurar a sua vitória na nova era eletrônica, assim lecionou:

1. Desenvolva e gerencie ativamente um banco de dados de clientes.
2. Desenvolva um conceito claro de como a empresa deve tirar vantagem da Internet. A página web da empresa deve ser atraente, relevante e atualizada para atrair visitas repetidas. As empresas devem estudar a utilização de recursos gráficos de última geração, som e vídeo, e adicionar notícias ou promoções semanais.
3. Coloque um *banner* de sua empresa em sites web relacionados com o seu negócio: A empresa deve descobrir quais sites web seus clientes-alvo provavelmente visitam e considerar a possibilidade de inserção de *banners* publicitários neles. [...] Mesmo quando uma empresa se decepciona com o número de visitas a sua página, há evidências de que o *banner* produz um efeito positivo de exposição do anúncio, elevando a conscientização do visitante em relação à marca. Não constitui surpresa, portanto, que cada vez mais empresas estejam acrescentando anúncios na web como item regular em seus orçamentos de propaganda.
4. Esteja sempre disponível e seja rápido ao responder a solicitações de clientes. Os clientes têm expectativas elevadas e crescentes quanto à rapidez e à adequação das respostas a perguntas e reclamações feitas por telefone ou e-mail.

Atualmente, os *banners* estão sendo substituídos pelos *floaters*, que também seriam espécies de faixas ou quadros de anúncios publicitários que se movimentam e se desenrolam com a mera passagem do indicador do mouse sobre

¹⁴⁹ KOTLER, Philip. *Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*, p. 259-263.

eles, sendo desnecessário qualquer clique para que “flutuem” sobre a tela. São parecidos com os *pop-ups*, porém parecem flutuar na tela, gerando, não raro, mais incômodos ao internauta.

A inclusão de *banners* e mais recentemente de *floaters* é uma técnica de marketing que, em princípio, parece lícita. Ocorre que, ao clicar no *banner*, o fornecedor imediatamente recebe um e-mail com a identificação do IP (*Internet Protocol* – identificação do usuário na rede concedida pelo provedor) do consumidor. Por meio do IP o fornecedor pode obter outros dados do suposto consumidor interessado no produto ou na marca. Registre-se que esta técnica viola diversos princípios inscritos no CDC. O fato de o consumidor não saber que ao clicar nas faixas anunciantes o fornecedor poderá identificá-lo ofende o direito de privacidade do consumidor e a liberdade de seus atos na rede, pois este não imagina que possa ser identificado em razão de um mero clique.

5.1.4 *Metatags*

Metatags, como explica o autor argentino Ricardo Luiz Lorenzetti¹⁵⁰:

[...] são mecanismos utilizados quando da criação de uma página, onde são incluídas algumas das palavras mais freqüentemente procuradas pelos usuários, conforme a informação fornecida pelos sites de busca, de modo que cada vez que o internauta escreva essa palavra a página será exibida, ainda que não tenha uma relação direta com o tema.

Para Cláudia Lima Marques¹⁵¹, *metatags* como: “[...] práticas invisíveis aos olhos do consumidor, são informações codificadas ou palavras-chaves sobre o conteúdo da página de um fornecedor para que os programas de uso as encontrem”.

¹⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 392.

¹⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 178.

No mesmo sentido é a lição de Jean Jacques Erenberg¹⁵²:

Metatags são informações invisíveis ao usuário, que contêm palavras-chave (tantas quantas e quais queira o responsável pelo site) e ficam embutidas no código-fonte de uma página na Internet. Essas informações são lidas e armazenadas por *spiders* (aranhas, aplicativos que circulam na web, teia, em busca dessas informações) ou *bots* (contração de robots, robôs, por trabalharem continuamente e sem descanso na execução dessa tarefa), que permanentemente varrem a Internet em busca desses *tags*).

O autor português J. Oliveira¹⁵³ conceituou os *metatags* como os “descritores”, cuja finalidade é “assinalar o conteúdo de um sítio na Internet, de maneira à atraírem os instrumentos de busca (ou navegadores)”.

Os *metatags* aproveitam indevidamente o nome de marcas e produtos das empresas mais “buscadas” no intuito de confundir o consumidor e este acabar adquirindo um produto ou serviço de um fornecedor distinto. Para este fim, palavras-chave são lançadas e destacadas no corpo dos textos do site acessado, que em nada se relacionam com o produto ou serviço que ali é divulgado (Ex.: palavra “sexo” inserida num site de artigos esportivos), mas servem como chamariz para consumidores menos atentos. As palavras são embutidas de forma que os mecanismos de busca as identifiquem e listem o site nos primeiros lugares dos resultados de pesquisa.

À medida que ficam “invisíveis” aos olhos do internauta-consumidor, o fornecedor insere em sua página as palavras-chave que são reconhecidas como as mais buscadas ou mais apelativas, de maneira que o consumidor “caia” na página deste fornecedor e, a partir daí, acabe por se interessar por algo ali apresentado, embora, não fosse exatamente aquele o objeto da busca.

¹⁵² EREMBERG, Jean Jaques. *Publicidade patológica na Internet à luz da legislação brasileira*, p. 65-66.

¹⁵³ OLIVEIRA, J. *As funções da marca e os descritores (metatags) na Internet*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Centro de Direito do Consumo, 2002, p. 99.

A Corte de Apelações Norte-Americana, ao julgar uma demanda cujo objeto eram os *metatags*, inseridos em site por um fornecedor concorrente, conforme relata Demócrito Reinaldo Filho¹⁵⁴:

[...] apoiou-se no entendimento de que a utilização de marca comercial alheia devidamente registrada causa confusão aos consumidores. A Corte lembrou que na doutrina tradicional, a probabilidade de confusão a consumidores é avaliada levando-se em consideração vários fatores, tais como: a) a similaridade entre as marcas (incluída a aparência gráfica); b) a similaridade dos produtos; c) a área e a maneira de uso dos produtos pelo concorrente; d) o grau de atenção que o consumidor tem que exercer para não ser confundido; e) a força da marca registrada; f) a evidência de atual confusão; e g) a evidência de intenção do réu de comercializar seus produtos como se fossem os do proprietário da marca. A similaridade das marcas, a intenção do réu e a evidência de atual confusão, no entanto, têm particular importância.

Nota-se, portanto, que a finalidade dos *metatags* é tornar aparente e acessível um site nos resultados de buscas, por meio de inserção de palavras-chave de fornecedores, produtos e serviços de outrem e de grande renome ou de alta procura na Internet.

¹⁵⁴ REINALDO FILHO, Demócrito. *Decisão norte-americana firma jurisprudência no uso de metatags*. Notícia de 03.12.2002. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 jul. 2008. Assim relata o autor: “Mais um pronunciamento de corte americana contribui para formar jurisprudência em torno da utilização de *metatags* em sites comerciais. Trata-se de uma recente decisão da Corte de Apelações para o Sétimo Circuito (*Court of Appeals for the Seventh Circuit*), que manteve a proibição dirigida à empresa Equitrac Corporation de colocar marca comercial de empresa concorrente em seu site. A Corte concluiu que o uso de marca alheia em *metatag* causa uma confusão inicial ao consumidor (internauta), violando o direito daquele que tem o seu registro. No caso julgado (*Promatek Industries v. Equitrac Corporation*), a empresa ré colocou a palavra ‘*copitrak*’ como *metatag* em seu *website*. Acontece que a autora, Promatek Industries, era detentora do registro dessa marca e, assim que soube do uso dela no site da sua concorrente, ajuizou uma ação perante uma corte distrital de Illinois, argumentando que a atitude da ré violava a lei americana de proteção à propriedade intelectual de marcas e patentes. Logo em seguida ao ajuizamento da ação, a ré voluntariamente retirou a *metatag* de seu *website* e contactou todos os sistemas de busca para que removessem qualquer termo ‘*copitrack*’ que contivesse *link* para o seu site. Não satisfeita com as medidas adotadas, a empresa Promatek continuou com a ação, requerendo uma decisão liminar. A ordem foi concedida, determinando o juízo distrital que a ré colocasse uma mensagem no seu site, informando os consumidores (internautas) direcionados para ele através da palavra ‘*copitrack*’ que tal circunstância teria decorrido de um erro, na medida em que não havia nenhuma ligação entre a empresa Equitrac e esse termo. A mensagem judicial também informa que o termo em questão é marca registrada da empresa Promatek, com a indicação do nome de domínio desta última. A ré recorreu dessa decisão, argumentando que a imposição da colocação da mensagem não somente iria informar aos visitantes o endereço do seu competidor, a Promatek, como ainda iria incentivá-los a se dirigirem a ele. A autora contra-argumentou o recurso, sustentando que, sem a colocação da mensagem, a ré continuaria a se beneficiar de eventuais erros de direcionamento decorrentes de pesquisas na web (em sistemas de busca) contendo o termo ‘*copitrack*’, em seu prejuízo. A Corte de Apelações rejeitou o recurso, por entender como correta a medida determinada na instância inferior, sem a qual a Promatek sofreria maior prejuízo que a empresa-ré”.

Vale dizer que os precedentes da Corte Norte-Americana são no sentido de que a utilização de marca ou símbolo de fornecedor alheio por intermédio de *metatags* equivale à utilização desta marca na porta de entrada do estabelecimento físico do fornecedor, induzindo determinados consumidores a adentrarem aquele local, lá circularem e até mesmo consumirem os produtos oferecidos.

Importante, sobre esta técnica de publicidade, é a lição de Guilherme Magalhães Martins¹⁵⁵. Para o autor:

Deve ser coibida a publicidade enganosa na Internet por meio do uso de má-fé dos chamados *metatags*, ou seja, palavras-chave codificadas em linguagem HTML (*hypertext markup language*), que numerosos sites de busca colocam à disposição dos seus usuários e cujo uso é suscetível de análises estatísticas, podendo ser incluídas em certa página algumas das palavras mais empregadas pelos usuários (o que se mostra comum, por exemplo, nos termos ligados à idéia de sexo), de modo a atrair o consumidor.

A mecânica dos *metatags*, basicamente, é a seguinte: toda vez que o usuário escrever a palavra em questão, aparece a página de determinado fornecedor de produtos e serviços, propositadamente associada ao termo digitado, a partir das informações sobre as expressões mais empregadas pelos 'navegantes', ainda que não tenha qualquer relação direta com o objeto da busca, influenciando, desta forma, a escolha do consumidor.

Ricardo Luiz Lorenzetti¹⁵⁶ comenta a mesma técnica:

A publicidade enganosa é freqüente e motivada pelo desejo de atrair o 'navegante' na web. A tendência mais acentuada se orienta para a utilização dos 'buscadores' (*searchers*) e não a busca pessoal, mais difícil e lenta; nesses buscadores são utilizadas palavras-chaves e o uso que se faz destas palavras é suscetível de análises estatísticas. (...) Esta técnica denominada *metatag* constitui uma publicidade enganosa frente ao consumidor e um aproveitamento indevido do nome, no caso da utilização de marcas.

Por certo que referida técnica de marketing viola o disposto no inciso VI do art. 4º do CDC, que elege como princípio a coibição e a repressão da

¹⁵⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet*, p. 263.

¹⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Informática, Cyberlaw, E-Commerce*. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*, p. 487.

concorrência desleal, uso abusivo de nomes de pessoas, artistas, cantores, além de configurar publicidade enganosa.

5.1.5 *Cybersquatting*

A técnica do *cybersquatting* pode ser reconhecida:

[...] quando um sujeito que deseja ofertar seus produtos na web acabe por estabelecer uma semelhança com uma página ou marca conhecidas; para isso, pode utilizar a 'clonagem de páginas', confeccionando uma igual à outra conhecida ou fazer uso de uma marca que se assemelhe a outra difundida, para a finalidade de se aproveitar do efeito de atração que essa prática produz.¹⁵⁷

Conhecida por *cybersquatting*, compreende o registro de domínios na Internet com a finalidade de confundir o consumidor, ou seja, são registros de nomes parecidos ou próximos ao de outras empresas já existentes e atuantes no mercado de consumo, mas que não possuem sites próprios ou, ainda, se possuírem, a grafia é diversa, o que induz o consumidor a erro.

Jacques Labrunie¹⁵⁸ menciona alguns exemplos de sites cujos nomes de domínio foram criados com nomes empresariais que não lhes pertenciam e que geravam confusão nos consumidores. É o caso de: www.30horas.com.br, www.consorcioford.com.br e www.wwwbradesco.com.br.

Os fundamentos das decisões que determinaram o imediato cancelamento dos registros e proibição dos nomes de domínio foram, em síntese: má-fé, concorrência desleal, tentativa de obter lucros com a venda do nome de domínio para o titular da marca, possibilidade de confusão aos usuários da rede quando do acesso, entre outros.

¹⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*, p. 394.

¹⁵⁸ LABRUNIE, Jacques. Conflitos entre nomes de domínio e outros sinais distintivos. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*. vol II. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 281-289.

Registre-se que empresas que agem desta forma, anunciando, entre outros atos, promoções de marcas que não comercializam apenas para conseguir, por exemplo, obter o cadastro dos consumidores e formarem banco de dados, além de desprovidas de integridade, conquanto se valem da técnica para atuar de forma desleal perante a concorrência, violam os princípios da informação e transparência.

5.1.6 Publicidade mascarada

Referida prática se observa, frequentemente, nos *newgroups*/grupos de discussão, onde o fornecedor de um produto, concorrente de outro, faz-se passar por um consumidor que já adquiriu e utilizou o bem e, anonimamente, opina sobre o produto do outro fornecedor concorrente ou sobre seu próprio produto ou serviço.

De plano, deve-se dizer que a técnica viola o princípio da transparência e da identificação da mensagem publicitária, na medida em que as opiniões levadas a efeito em comunidades virtuais¹⁵⁹ são manipuladas e difundidas no interesse de seus organizadores, revelando aspectos positivos de um produto sem que ao menos o “formador de opinião” tenha experimentado o produto ou o serviço.

Ademais, muitas vezes, os participantes dos grupos acabam por manifestar aspectos negativos de um concorrente, de forma a dar mais credibilidade ao produto ou serviço que “defende”, sem que os demais integrantes daquela rede de relacionamento virtual tenham conhecimento da verdadeira identidade e função do “colega” naquele grupo.

¹⁵⁹ COUTINHO, Marcelo. Marketing e comunidades digitais: do discurso ao diálogo. *Revista da ESPM*. Abril de 2007. Disponível em: <www.ibope.com.br>. Acesso em: 21 ago. 2008. De acordo com o autor: “Comunidades on-line são constituídas por grupos de pessoas com interesses comuns, que se comunicam principalmente (mas necessariamente não “exclusivamente”) através de redes de computadores. É importante frisar que estes grupos já existiam antes da explosão comercial da World Wide Web. Em 1993 Howard Rheingold publicou “The Virtual Community”, obra na qual descreve suas reflexões a partir de suas experiências na WELL, um sistema de BBS e email fundado em 1985. Rheingold sugeria que a comunicação baseada em computadores era capaz de criar uma nova forma de sociabilidade, que ele denominou de ‘comunidades virtuais’, com relações sociais, pessoais e políticas conduzidas por e para pessoas que participavam de redes de computadores (Rheingold, 1993)”.

Os participantes destas comunidades virtuais, na maioria das vezes, possuem interesses comuns, ou seja, têm os mesmos hábitos, valores pessoais, preferências, faixa etária, condições econômicas, profissionais ou religiosas. Por essa razão, a confiança entre eles se estabelece facilmente, o que acarreta um poder de persuasão daquele que tem por função implantar um “novo hábito de consumo”, elogiando um produto ou serviço que afirma ter experimentado.

A Internet, de fato, revolucionou os costumes no que tange aos relacionamentos. Manias virtuais como o “Orkut”, o “MSN” e outros da mesma espécie acabaram por isolar o consumidor do mundo real e a aproximá-lo cada vez mais dos amigos virtuais. Esse comportamento provocado por técnicas como esta, não raro, faz o sujeito abdicar da vida em família e dos amigos mais próximos.

Essas espécies de “conselhos” despropositados em salas de bate papo, fóruns ou listas de discussão visam alcançar indivíduos desacreditados das publicidades tradicionais de massa. Assim, confiando estarem recebendo apenas um “conselho”, os integrantes das comunidades se sentem menos pressionados em adquirir um produto ou serviço, no entanto, não percebem que desta forma a “influência” é ainda maior, vez que sua identidade com aquele produto/serviço foi fácil e diretamente atingida.

Ademais, o desejo de ser aceito em determinado grupo leva o indivíduo a seguir determinados padrões ali impostos, o que, por certo, engloba os hábitos de consumo daquela comunidade.

A publicidade mascarada também é conhecida como o “marketing do boca-a-boca” ou “marketing do disse-me-disse”. Em comunidades criadas pelas próprias marcas, obviamente, o integrante está mais atento para a oferta de um produto ou serviço e consegue captar a parcialidade daquele “anunciante” dentro do grupo, no entanto, em comunidades onde os integrantes se uniram em razão de determinado assunto (corredores de rua, por exemplo), a chance de serem alcançados de forma “despropositada” pelo comentário positivo sobre uma determinada marca de tênis, por exemplo, é intensa.

Referida técnica ainda é conhecida como *schmooze*, expressão em inglês que significa a capacidade de conversar casualmente, sobretudo para auferir uma vantagem ou integrar-se socialmente.

Andrea Lisi e Davide Diurisi¹⁶⁰, ao abordarem o tema, lecionam que para a doutrina italiana esta técnica, seria um instrumento publicitário indireto qualificado como uma publicidade oculta. Vejamos:

Se trata de uma técnica de ‘intromissão’ em grupos de discussão e/ou grupos de e-mails por meio de agentes, os quais, não qualificando-se como tal dentro do grupo, podem promover de maneira enganosa e eficaz os produtos da empresa, talvez agredindo os produtos de uma empresa concorrente. Também esta técnica é absolutamente vedada pelas regras de etiqueta na Internet, sendo ilegítima na base de aplicação da disciplina italiana e comunitária em matéria de publicidade, porquanto integrante de uma espécie de publicidade oculta [tradução nossa].

Mas não é só. Não apenas membros verdadeiros “plantam” determinadas informações. Há profissionais de marketing que, por meio da “netnografia”¹⁶¹¹⁶², buscam a melhor comunidade para pesquisa e nelas ingressam para obter dados sobre aquele grupo virtual, com intuito de conhecer a fundo seus hábitos de consumo. Com este objetivo coletam dados de acordo com a observação do participante, dados estes de grande valor para os fabricantes.

¹⁶⁰ *Web marketing e tutela Del consumatore telematico*. In: CASSANO, Giuseppe (coord.). *Commercio Elettronico e tutela del consumatore*. Milão: A. Giuffrè Editore, 2003, p. 105: “Si tratta di una tecnica di ‘intrusione’ in *newsgroup* e/o *mailing list* attraverso sacaltri *promoters*, i quali, non qualificandosi come tali all’interno del gruppo, possono promuovere in maniera subdolaed efficace i prodotti dell’azienda, magari denigrando i prodotti di un’azienda concorrente. Anche tale tecnica, oltre che essere assolutamente vietata dalla *Netiquette*, deve ritenersi illegitima sulla base dell’applicazione della disciplina italiana e comunitaria in materia di pubblicità, in quanto integrante una fattispecie di pubblicità occulta”.

¹⁶¹ SCAROBOTO, Daiane. *Comunidades virtuais como grupos de referência nos processos decisórios do consumidor*. 2006, 155f. Dissertação (Mestrado em Administração)-Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 49 *et seq.*

¹⁶² Netnografia: estudo do comportamento do consumidor online, útil para pesquisas de marketing no ambiente virtual, visando descobrir detalhes sobre desejos e necessidades do consumidor e, com isso, traçar planos eficientes para ganhar o cliente. Neste sentido: SCAROBOTO, Daiane. *Comunidades virtuais como grupos de referência nos processos decisórios do consumidor*. 2006, 155f. Dissertação (Mestrado em Administração)-Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

Daiane Scaraboto¹⁶³, a propósito, faz a seguinte observação:

De modo mais simples, uma empresa pode optar por incluir, em seu site, *links* para comunidades virtuais cujos temas estão relacionados aos seus produtos ou serviços ou patrocinar comunidades independentes. Em todos os casos, é muito importante que a comunidade não seja abertamente manipulada pela empresa, para que não perca sua credibilidade junto aos membros. O desafio aos gerenciadores dos grupos passa a ser permitir que informações não favoráveis à empresa, marca ou produto, surjam nos debates, uma vez que qualquer manifestação de censura ou defesa que afete um fórum de discussão de outra forma que não sendo a intervenção de um simples participante, pode destruir a credibilidade e bloquear a habilidade da empresa para incentivar que o consumidor utilize essa ferramenta importante na produção de informações.

O IBOPE, em 26/01/2009¹⁶⁴, noticiou que “práticas digitais colaborativas influenciam comportamento de consumo” e destacou que o “uso da mídia social influencia hábitos de pesquisa sobre bens e serviços”.

A pesquisa constatou que 46% dos participantes afirmaram que sempre buscam comentários de outros consumidores-internautas antes de adquirir um produto. Foi verificado também que 40% dos entrevistados visitam o site do fornecedor antes da aquisição do produto e que 20% opinam sobre produtos e serviços. Ainda, 25% dos pesquisados afirmaram que entre os principais motivos que o fazem utilizar tecnologias colaborativas está o recebimento de “vantagens financeiras”.¹⁶⁵

Nota-se, portanto, que a espontaneidade e a imparcialidade em grupos de discussão e sites de relacionamento é limitada, o que enseja o reconhecimento de

¹⁶³ SCARABOTO, Daiana. *Comunidades Virtuais como grupos de referência nos processos decisórios do consumidor*. 2006, 155f. Dissertação (Mestrado em Administração)-Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 137.

¹⁶⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Notícias. 26.01.2009. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=6&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=caldb&comp=pesquisa_leitura&nivel=null&docid=17FFBC82352731D38325754A005F0EB9>. Acesso em: 13 fev. 2009.

¹⁶⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Notícias. 26.01.2009. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=6&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=caldb&comp=pesquisa_leitura&nivel=null&docid=17FFBC82352731D38325754A005F0EB9>. Acesso em: 13 fev. 2009.

que o consumidor continua sem informações claras e transparentes sobre os produtos que pretende consumir, o que é vedado pelo ordenamento pátrio.

A explicação para o sucesso destas técnicas desleais é a certeza de que os consumidores confiam mais na opinião de outros consumidores do que nos próprios fornecedores, ou seja, acreditam estar recebendo informações isentas de interesse comercial, o que atesta que os fornecedores têm muito caminho até o alcance do real cumprimento dos princípios da lealdade, transparência e confiança, que devem reger as relações de consumo.

5.1.7 Affiliations

No momento da busca por um produto ou serviço na rede, muitas vezes, o consumidor se depara com páginas que o mencionam, porém não se trata do site do fornecedor original, mas de outro. O fornecedor, que também possui sua *home page*, não tem conhecimento deste outro site.

Cláudia Lima Marques¹⁶⁶, quanto a esta técnica, assim se manifesta:

Um outro problema interessante é o das *affiliations*, conexão por *website-links* de diferentes fornecedores. Esta prática está preocupando a União Européia, pois é geralmente paga ou consentida, mas também pode ser não-consentida. A utilização em um site de outro ícone (*hyperlink*) para acessar outro site, outro fornecedor, pode ser realizada sem o conhecimento deste último, que assim realiza 'publicidade' em um site que talvez nem conheça. Em outras palavras, o primeiro fornecedor, do site n.1, manipula a informação para – pelo menos perante os consumidores – passar por alguém daquele grupo ou marca famosa e conseguir maior número de acessos. O pior ocorre quando, por algum motivo, o consumidor é induzido em erro. Neste caso, como os dois fornecedores aparecem no mesmo site, com aparência de afiliação, a ação pode até ser contra o fornecedor mais famoso. Sendo assim, os autores europeus consideram que esta ligação de *hyperlink* contra a vontade de um dos fornecedores é uma violação da concorrência, do direito de marca e do direito de personalidade.

¹⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*, p. 182.

Referida técnica, além de configurar concorrência desleal, gera problemas no que se refere à responsabilidade civil. Neste caso, o consumidor acredita que a oferta partiu de determinado fornecedor de sua confiança, do qual conhece a assistência pós-compra, por exemplo, mas na verdade o produto foi comercializado por site e fornecedor diversos. Esta prática, vale dizer, deixa desamparado o consumidor quanto à busca de soluções para o aperfeiçoamento do contrato.

5.1.8 Mensagens subliminares

Além das técnicas de marketing digital até aqui abordadas, agora é a vez de discorrer sobre as mensagens subliminares. Trata-se de técnica muito utilizada em publicidades veiculadas nos cinemas, mas que também tem espaço na mídia digitalizada, pois facilmente inserida nos sites por meio de softwares, que não economizam em utilizar cores, sons e imagens de impacto.

A Organização Não-Governamental Mensagem Subliminar¹⁶⁷ define a técnica como “qualquer estímulo não captado em nível de consciência por estar abaixo dos limites sensoriais receptores”.

Para Alcides Tomasetti Junior¹⁶⁸:

A concorrência entre grupos oligopolistas manifesta-se ao nível de técnicas modernas de comercialização (marketing) dentre as quais ganhou importância a promoção dos produtos e serviços (merchandising) pela publicidade intensa e sofisticada, mais ou menos subliminar.

Em 08/10/2007, o IBOPE reproduziu o artigo escrito pela Millward Brown e publicado no Jornal Meio & Mensagem, em outubro de 2007, com a afirmação de que as empresas estavam buscando na neurociência os melhores resultados para

¹⁶⁷ MENSAGEM SUBLIMINAR ONG. Disponível em: <<http://www.mensagensubliminar.com.br/conteudo.php?id=LTM4OC44NQ>>. Acesso em: 10 out. 2008.

¹⁶⁸ TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Defesa do Consumidor, Concentração industrial, reserva de mercado: perplexidades de um civilista atento ao noticiário. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 01, 1992, p. 23.

ações de marketing. Destacava ainda que este conhecimento na mídia de hoje “é fundamental na medida em que se torna cada vez mais difícil disputar espaço na mente dos consumidores que têm acesso a um volume de informações astronômico a cada dia e cada vez têm menos tempo para prestar mais atenção”¹⁶⁹.

A mensagem subliminar inserida nas telas do cinema, por exemplo, alcançam o subconsciente do consumidor por duas ou três horas e, no máximo, por uma ou duas vezes por semana, gerando reflexos na mente do consumidor que está ali exposta a mecanismos subliminares. O principal objetivo é influenciar ideias e decisões. Em se tratando de difusão por meio de computadores, é certo que o tempo de utilização dos computadores é cada vez maior, o que atesta que a influência e as consequências da mensagem subliminar no subconsciente do consumidor-internauta são intensas.

Entre as mais conhecidas funções da mensagem subliminar destaca-se uma espécie de alucinação visual, em que uma mesma imagem pode gerar a visualização de duas imagens diversas, ou seja, o que é visualizado gera uma consequência no subconsciente, desconhecida e não aceita pelo consumidor, por exemplo: em princípio, em seu nível normal de consciência, o consumidor não teria qualquer interesse por determinado produto ou serviço, no entanto, as mensagens enviadas ao seu subconsciente, por meio de técnicas agressivas de sons, cores, imagens e palavras, acabam por incentivar e gerar desejos por aquele produto ou serviço.

As mensagens subliminares produzem estímulos imperceptíveis, porém, com grande força para influenciar na alteração de comportamento dos consumidores. A ideia é liberar a maior quantidade de informação em menor tempo

¹⁶⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Millward Brown. 21.08.2008. Disponível em: <www.ibope.com.br>. Acesso em: 12 fev. 2009. Do referido texto extrai-se que: “Conhecer como funciona o cérebro e como este órgão registra as informações é muito importante. O cérebro é um território misterioso e desconhecido onde transita a sua marca e a comunicação. E é neste espaço que se dá a batalha pelo posicionamento das marcas na mente do consumidor”.

de exposição, para que o consciente filtre a mensagem que interessa naquele momento e armazene o “restante” no inconsciente¹⁷⁰.

Flávio Maria de Alcântara Calazans¹⁷¹ leciona que o lado esquerdo do cérebro exerce uma função lógica e racional e o lado direito seria o eixo das emoções e analogias. Assim, produtos não considerados de primeira necessidade devem ser oferecidos por meio de mídia eletrônica com fortes cores e imagens gerando impulsos e intenções irrefletidas.

Sônia Maria Moro do Nascimento¹⁷² ensina que a mensagem subliminar é aquela camuflada, dissimulada. Para a autora: “Com isso, edifica-se a idéia: subliminar é uma condição apropriada para o ataque perfeito (indução ao consumo, disseminação de ideologias, propagação de convicções)”.

A utilização da publicidade subliminar é vedada pelo artigo 36 do CDC. Esta espécie de publicidade afronta diretamente os princípios da transparência e da lealdade publicitária, além de conter apelo de violência, sexual, discriminatório, apologia ao uso de substâncias ilícitas etc.

Walter Ceneviva¹⁷³, a respeito, pontua:

O merchandising tem pontos de contato com a propaganda subliminar, que é, todavia, mais sutil. Esta se destina a operar abaixo do nível do consciente do destinatário. Surge de modo tão disfarçado que não é percebida como tal, o que, no atual estado de desenvolvimento das pessoas é quase impossível de ocorrer no merchandising. Ocorrida a dificuldade de distinção, essa técnica deve ser considerada injurídica, tendo em particular conta seu uso majoritário em novelas televisivas e eventos esportivos.

¹⁷⁰ Neste sentido: CALAZANS, Flávio Maria de Alcântara. *Propaganda subliminar multimídia*. 6. ed. São Paulo: Summus, 1992, p. 29-30.

¹⁷¹ Neste sentido: CALAZANS, Flávio Maria de Alcântara. *Propaganda subliminar multimídia*, p. 35.

¹⁷² NASCIMENTO, Sônia Maria Moro do. *O nível subliminar na percepção: os subsentidos da mensagem publicitária*, p. 43.

¹⁷³ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*, p. 78.

A utilização de técnicas subliminares contribui para aquisições por impulso, afasta a transparência e induz o consumidor a erro quanto às qualidades e características do produto ou do serviço. Assim, o problema das mensagens subliminares está na alteração do nível de consciência do consumidor, ou seja, é o nível de percepção do contido ou do embutido na publicidade que a torna enganosa e abusiva, viciando os livres atos de consumo.

Neil W. Averitt e Roberth H. Lande¹⁷⁴, no tocante às falhas do mercado de consumo lecionam com precisão:

O primeiro ocorre exatamente ‘fora’ (*outside the head*) do consumidor final do produto ou serviço em questão e envolve imperfeições no mercado externo. Estas falhas podem levar a uma escolha de opções reduzidas e a problemas antitruste. O segundo tipo de falhas de mercado ocorre internamente ou ‘dentro da mente do consumidor’ (*inside the consumer’s head*). Elas envolvem a habilidade imperfeita do consumidor de processar informação e de distinguir o verdadeiro do falso. Estas falhas podem ocasionar a redução na habilidade de selecionar dentre opções além de problemas a proteção do consumidor.

O item 2 do artigo 60 da Constituição de Portugal, ao abordar os direitos dos consumidores, dispõe: “2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa”. O artigo 7º, nº 04, da Lei nº 24/96 (regime legal aplicável à defesa dos consumidores de Portugal) estabelece que: “4 – A publicidade deve ser lícita, inequivocamente identificada e respeitar a verdade e os direitos dos consumidores”.

No Brasil, o Projeto de Lei nº 5.047/2000 pretendia proibir a “propaganda” com conteúdo subliminar, no entanto, referido projeto, conforme consulta realizada, foi arquivado pela Câmara dos Deputados, em 13/03/2008. Ainda que referido projeto tenha sido arquivado, não se pode perder de vista que o artigo 36 do CDC e toda a sistemática e principiologia deste Código, por si sós, não aceitam a publicidade com conteúdo subliminar, sendo desnecessária qualquer alteração legislativa para a efetiva proibição da mensagem subliminar.

¹⁷⁴ AVERITT, Neil W.; LANDE, Roberth H. *A escolha do consumidor: Uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor*, p. 23.

Ademais, a mensagem subliminar, como o próprio nome diz, dificilmente consegue ser identificada sem exames técnicos por profissionais habilitados, razão pela qual a alteração legislativa poderia se tornar inócua. O que se pretende, em rigor, é que estas mensagens sejam efetivamente analisadas pelos órgãos de regulamentação publicitária, pelo Estado e pelos órgãos de defesa do consumidor e retiradas do ar com base nos princípios que tutelam as relações de consumo e o próprio mercado publicitário.

Por meio da mensagem subliminar o consumidor toma decisões desprovidas de critérios que adotaria caso não fosse alcançado por referida técnica. Compras por impulso ou sensações, desejos que não seriam sentidos pelo indivíduo se tornam reais e influenciam a decisão sem a necessária reflexão. Determinadas predisposições individuais quanto a desejos permanecem armazenadas no subconsciente, sendo o intuito da mensagem subliminar alcançá-lo.

Não obstante todas as técnicas até aqui apresentadas, é sabido que o mundo digital é dinâmico e veloz. Este dinamismo também se verifica em relação à criação de inúmeras técnicas que permitem controlar os consumidores.

Nessa linha, Adolpho Conrado Vaz¹⁷⁵ apresenta inúmeras técnicas de publicidade on-line. O autor demonstra preocupação com a ética no marketing e sugere que os fornecedores estejam sempre presentes aos olhos do consumidor-internauta, posicionando a marca na Internet, aconselhando a parceria com blogs, inclusive blogs corporativos, que realizem testes envolvendo alguns consumidores, antes mesmo de lançar o produto no mercado.

Essas técnicas de relacionamento entre consumidor e fornecedor, em princípio, não são consideradas ilícitas. Todavia, o ordenamento jurídico não pode permitir que o fornecedor utilize mecanismos fraudulentos ou de comunicação viral que comprovadamente vão de encontro aos princípios da ética publicitária e aqueles previstos no CDC.

¹⁷⁵ VAZ, Conrado Adolpho. *Google Marketing* – o guia definitivo do marketing digital.

O marketing viral¹⁷⁶, por exemplo, seria o marketing boca-a-boca, em que determinados cidadãos recebem “recompensas” por difundirem positivamente um produto ou serviço aos grupos de amigos ou colegas de trabalho. Essa prática, por certo, viola, inclusive, princípios éticos de relação pessoal e de amizade.

5.1.9 *Links patrocinados*

Como já destacado, a forma mais usual de os consumidores-internautas iniciarem a procura de um produto, um serviço ou qualquer outra informação pela Internet se dá por meio dos sites de busca (Google, Yahoo, Uol etc).

Valendo-se de palavras de destaque e que tenham relação com o resultado esperado, o consumidor as digita no local indicado e aguarda os resultados mais próximos do que deseja.

Os fornecedores, como visto antes, colocam em seu site as palavras mais procuradas para que, de alguma forma, apareçam nos resultados (*metatags*) das pesquisas realizadas pelos consumidores.

De fato, os sites de busca encontraram uma forma de lucrar com esta grande e infindável lista de fornecedores e, atualmente, vendem as “melhores palavras” para o fornecedor que pagar mais, por exemplo: “livros usados”, “desentupidora”, “imóveis em Santos” etc.

Essas “palavras” ou “expressões” de maior acesso são vendidas ao fornecedor, que as compra por um certo prazo de validade e caso não renovem o direito de utilizá-las, certamente perderão a oportunidade de aparecer no primeiro

¹⁷⁶ *Marketing viral*: mecanismo despretensioso de oferecimento de brindes para aquele consumidor que “espalhe” a notícia positiva do produto, geralmente com características de espontaneidade, curiosas e atrativas, sem a aparência de campanha de marketing ao seu grupo de amigos por e-mail, *bluetooth* ou SMS e crie uma rede, aumentando consideravelmente a base de dados do fornecedor.

lugar no resultado de busca. Corresponderia, assim, a uma lista telefônica, em que os quadros maiores e coloridos custam mais e aparecem logo no início da brochura.

Essa técnica, à primeira vista, não apresenta qualquer ilicitude, no entanto, à medida que o consumidor começa a confiar que os primeiros resultados são os que mais se aproximam do seu alvo, evitando perder tempo com a abertura de sites que não dizem respeito ao seu desejo e podem até não ser seguros o suficiente para uma transação eletrônica, a transparência, que é dever do fornecedor e do próprio site de busca, cede lugar àquele que “pague mais e melhor” por determinada palavra. Assim, as palavras vão sendo dotadas de alto valor econômico em prejuízo do consumidor que estará, muitas vezes, bem longe do resultado esperado.

Desse modo, o objetivo dos sites de busca, que seria a relevância dos resultados, é deturpado em razão da natureza dessa técnica – *links* patrocinados – que pode ser assim resumida: “quem paga mais aparece na frente”.

Relatadas as principais técnicas de marketing digital atualmente desenvolvidas no mercado, passa-se agora a analisar as consequências que o marketing digital pode trazer para a sociedade de consumo quando indevidamente utilizado.

6 O DIREITO À PRIVACIDADE E AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o direito à privacidade é garantia fundamental, expressa no inciso X do artigo 5º da CRFB/88, *verbis*: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]”.

Importante salientar que direito à intimidade e direito à vida privada, assegurados pelo artigo 5º, decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no inciso III do art. 1º da Carta Magna.

Da análise do tema, utilizar-se-á o termo “privacidade” para abranger tanto a intimidade como a vida privada. Ainda que a doutrina estabeleça algumas diferenças entre intimidade e vida privada, certo é que, independentemente do conceito ofertado, a proteção destes direitos, seja na esfera individual ou coletiva, deve estar plenamente assegurada. Em outras palavras, o alcance do termo aqui trazido abrange o direito à vida privada, o direito à intimidade, o direito à esfera secreta, o direito de estar só, o núcleo individual, o direito de ter reservadas e preservadas informações de caráter pessoal, assim como o estilo de vida de cada um.

A tutela da privacidade, em razão do desenvolvimento da tecnologia volta a ter destaque na sociedade contemporânea. Contudo, o direito à privacidade – *the right to privacy* – e sua violação, desde 1890, já era objeto de estudo e preocupação de Warren y Brandeis¹⁷⁷.

¹⁷⁷ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis B. Boston. The right to privacy. Harvard Law Review. Vol. IV. December 15, 1890. Disponível em: <http://www.lawrence.edu/fast/BOARDMAW/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 30 out. 2008.

Em 1986, os autores argentinos Gabriel Stiglitz e Augusto M. Morello¹⁷⁸ já demonstravam o problema existente no “campo da informática” quanto à tutela do direito à privacidade e defendiam a necessidade de uma participação de todos os indivíduos na luta pela proteção deste direito de ordem coletiva.

Tenha-se presente que, no início, o uso da Internet e suas tecnologias causou um deslumbramento nos consumidores, tanto que muitos passaram a se sujeitar aos comandos impostos por este sistema.

Passados alguns anos, as consequências da utilização da rede sem a devida atenção às armadilhas que apresentava levou a sociedade a se deparar com situações violadoras de direitos e garantias individuais e coletivas.

Nessa linha de raciocínio explica Roberto Senise Lisboa¹⁷⁹:

O direito à intimidade ganhou relevância ainda maior a partir da evolução das comunicações e das técnicas de espionagem, tornando-se o fundamento para o asseguramento dos aspectos psíquicos da personalidade humana. Obsta-se, diante disso, a invasão tecnológica e a exposição da privacidade perante o público ou pessoas das quais o sujeito não quer exteriorizar algum dado de sua vida pessoal, negocial ou familiar.

Ocorre que o problema não é enfrentado apenas no âmbito das relações de consumo, referente à informação ou à transparência, mas sim nos aspectos íntimos do indivíduo, que se encontra desprotegido diante da nova sociedade digital e das técnicas modernas de comunicação. O consumidor sente-se acuado em relação às exigências impostas pelo fornecedor no comércio eletrônico.

Bom lembrar que a privacidade não deve ser entendida apenas no sentido de invasão de um local onde a pessoa se encontre, mas a invasão do próprio interior do ser humano, de sua intimidade, de suas ideias, objeções, juízos

¹⁷⁸ STIGLITZ, Gabriel; MORELLO, Augusto M. *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*. La Plata: Librería Editora Platense, 1986, p. 20.

¹⁷⁹ LISBOA, Roberto Senise. A inviolabilidade de correspondência na internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*. vol. I, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 516.

de valor, imagens etc. Assim, como a Constituição Federal em vigor, o Código Civil também resguarda a honra, a vida privada, a intimidade e a imagem do indivíduo, aqui na ótica do indivíduo consumidor.

A privacidade, além de direito fundamental, é tratada como direito da personalidade pelo Código Civil de 2002. Os artigos 12, 17, 18, 20 e 21¹⁸⁰, que regulam os direitos de personalidade, entre os quais estão inseridos os direitos à privacidade e à vida privada, protegem também as divulgações desautorizadas, a inserção de nome em falso contexto, a utilização de nome em legenda inapropriada, a utilização indevida em “propaganda comercial” etc.

Nessa linha, o artigo 21 do Código Civil brasileiro é importante fonte legislativa para que o consumidor possa ter assegurado o sigilo de seus dados.

Pode-se dizer que os direitos em comento, embora legalmente resguardados, encontram-se ameaçados diante de um novo fato social: a revolução tecnológica. As inovações trazidas pela tecnologia, ao mesmo tempo, ratificam a necessidade da intensa proteção da vida privada, sendo necessária a efetiva garantia ao consumidor-internauta de controle de seus dados pessoais.

Como bem observa Marjorie Jakobi¹⁸¹:

¹⁸⁰ “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

“Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.”

“Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.”

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.”

“Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

¹⁸¹ JACOBI, Marjorie. *Vida privada como conceito legal indeterminado: paradigmas para sua determinação*. 2004, 234f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 40.

O direito à vida privada pode ser caracterizado como um direito absoluto, essencial, extrapatrimonial, vitalício, necessário, irrenunciável, indisponível, intransmissível, impenhorável, imprescritível, ilimitado, inato e, finalmente, possui condição de direito negativo.

Mais adiante a citada autora destaca que:

Dentro desse contexto, não há como deixar de considerar que o direito à vida privada é responsável pela livre manifestação da personalidade, trazendo-lhe o indispensável equilíbrio psíquico do qual decorre o desenvolvimento de sua auto-estima e das demais virtudes. E é na ocultação dessa zona particular, reservada, que o homem adquire sua paz interior, sua tranqüilidade de espírito, razão de seu desenvolvimento pessoal, imprescindíveis ao livre desenvolvimento de sua personalidade e de sua dignidade.¹⁸²

Essa violação está mais presente nas relações de submissão, ou seja, o consumidor, vulnerável, está sujeito às regras impostas pelo fornecedor e, entre estas regras está a obrigação de apresentar inúmeros dados pessoais, inclusive relativos à sua vida privada para a finalização da compra ou acesso a determinado serviço.

O artigo 1.071 do Código Civil argentino determina que: “viola a intimidade aquele que arbitrariamente se intromete na vida alheia, publicando fotografias, difundindo correspondência, molestando outrem em seus costumes ou sentimentos, perturbando de qualquer maneira a sua intimidade [...]”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 11, incisos II e III) dispõe que ninguém pode ser sujeito a ingerências arbitrárias ou abusivas na sua vida privada, na de sua família, no seu domicílio, na sua correspondência nem a ataques ilegais à sua honra ou reputação.

¹⁸² JACOBI, Marjorie. *Vida privada como conceito legal indeterminado: paradigmas para sua determinação*. 2004, 234f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 164.

Conforme leciona Ricardo Luiz Lorenzetti¹⁸³: “O ponto de equilíbrio inclina-se favoravelmente no sentido da proteção de um estilo de vida confortável, resguardando a intromissão de estranhos”.

Antônio Jeová Santos¹⁸⁴ diferencia os dados que a pessoa quer manter reservados, resguardados, e aqueles que deseja manter em segredo. Na interpretação do autor:

A noção de reserva está vinculada ao desviar-se da difusão pública de fatos da vida privada. Já no segredo, deve ser proibido o abusivo conhecimento, por parte de terceiros, da vida privada alheia e das comunicações sobre fatos que a pessoa quer poupar do conhecimento público.

Proteger esses direitos visa, pois, resguardar atributos que merecem estar livres e protegidos de ingerências, pois certamente apenas dizem respeito ao seu titular (consumidor), ainda que se refiram, por exemplo, às compras que efetuou, para quem as enviou, o valor pago na transação, a forma de pagamento etc.

Na Era Digital, o direito à privacidade informática configura o direito de o indivíduo (consumidor) navegar sem o risco de que seus acessos sejam guiados e enviados para um local desconhecido. Significa também o direito de adquirir um produto ou serviço no ambiente virtual sem a obrigatoriedade de fornecimento de dados sobre a sua vida pessoal, profissional, hábitos etc, algo como o ‘direito de não saber’, ou seja, sem que exista uma ‘quebra de confidencialidade’ dos dados do consumidor pelo fornecedor, seria o que os ingleses denominam *breach of confidence*¹⁸⁵, além do direito de poder controlar o uso que outros façam de nossas informações.

A privacidade daquele que navega na Internet, seja para buscar informações ou produtos/serviços para consumir, é totalmente atingida pelas práticas agressivas desenvolvidas tecnologicamente. É o exemplo daquele que

¹⁸³ LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Comércio eletrônico*, p. 88.

¹⁸⁴ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na Internet*, p. 174.

¹⁸⁵ Neste sentido: PAESANI, Liliene Minardi. *“Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil”*. São Paulo: Atlas, 2000.

busca um endereço no Google Maps ou no Yahoo Mapas: referida busca ficará armazenada nos arquivos dos “interessados”, formando perfis e até mesmo registrando informações dos supostos locais que o indivíduo teria se dirigido. A privacidade, nestes casos, foi rechaçada, ainda que o meio utilizado tenha sido um serviço de “auxílio” ao internauta.

Em que pese a gama de violações que possam ocorrer no mundo virtual, a grande preocupação que fica é quanto à violação da privacidade dos dados dos consumidores pelos próprios fornecedores, relação que deve ser pautada na confiança e na lealdade.

Com efeito, dois são os momentos relacionados à questão da privacidade dos dados. O primeiro diz respeito à abordagem do consumidor pelo fornecedor, por meio das técnicas aqui estudadas. O segundo momento se refere às imposições do fornecedor, que são abonadas pelo consumidor no momento da compra digital, normalmente quando já está seduzido por todo aquele aparato de cores, ofertas, formas de pagamento, perigo de perder aquela “ótima oportunidade”, a “oferta do dia”, a intitulada de “só hoje” etc.

Quando ocorreram as primeiras compras por meio eletrônico, não se tinha conhecimento da forma como aqueles dados fornecidos pelo consumidor eram armazenados ou tratados pelo fornecedor. Acreditava-se que tinham por finalidade a segurança da compra e não outro desígnio.

Com o passar do tempo notou-se uma forte relação entre o recebimento de determinadas ofertas eletrônicas e os dados fornecidos, porém, estas ofertas eram de pessoas desconhecidas das relações firmadas originalmente pelo consumidor.

Assim, ficou claro que as informações prestadas pelos consumidores eram cedidas a terceiros, sem que o consumidor fosse comunicado ou informado, o que gerou a grande preocupação da atual sociedade de consumo, qual seja: delimitar a fronteira entre a tecnologia e a privacidade.

Questão debatida nesse contexto refere-se à real intenção do consumidor em aceitar as regras da Internet e deixar de lado a sua privacidade. Qualquer que seja a decisão, não se pode olvidar que o direito à privacidade, como garantia fundamental que é, deve prevalecer sobre qualquer interesse menos relevante, como por exemplo, a aquisição de um produto pela Internet.

Ocorre que o consumidor, por não ter ideia de quão valiosa é a sua intimidade, acaba por abdicar deste direito só para adquirir um produto/serviço do seu desejo. Por esta razão, deve o Estado-juiz intervir no sentido de proibir que alguns fornecedores utilizem técnicas e mecanismos que obriguem o consumidor a escancarar sua vida privada para que possa praticar atos de consumo ou simplesmente buscar alguma informação na rede.

Nessa linha, a Espanha já conta com a Agência Espanhola de Proteção de Dados¹⁸⁶. Referida agência é um órgão de controle independente que zela pelo cumprimento da lei espanhola de proteção de dados de caráter pessoal (Lei nº 15/99), auxiliando o cidadão e garantindo a tutela do direito fundamental à proteção de dados pessoais, inclusive prestando informações de como o cidadão pode pedir a exclusão de seus dados de determinando “fichero¹⁸⁷”, ou seja, de banco de dados para fins publicitários, bem como apontar os fornecedores que estejam em desacordo com a legislação.

No dia 02/12/2008, a mesma agência¹⁸⁸ noticiou, por exemplo, que exigiu dos órgãos públicos a limitação de informações de dados sensíveis no Diário Oficial, tais como o nome de indivíduos que receberiam determinada medicação rara do Estado ou auxílio para o tratamento de dependentes de drogas, de forma que o direito à privacidade lhes fosse assegurado.

¹⁸⁶ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Disponível em: <<https://www.agpd.es/portalweb/conozca/index-ides-idphp.php>>. Acesso em: 10 fev. 2009.

¹⁸⁷ Fichero ou banco de dados, de acordo com a Agência Espanhola de Proteção de Dados, seria todo o conjunto organizado de dados de caráter pessoal, qualquer que seja a forma de modalidade de sua criação, armazenamento, organização ou acesso.

¹⁸⁸ Agência Espanhola de Proteção de Dados.

Como se vê, não basta que a CRFB/88 garanta o direito à intimidade e à vida privada, que o Código Civil traga como direito da personalidade a privacidade do indivíduo e que a legislação consumerista inclua como direito básico a informação e a transparência. É necessário, pois, que se impeça que a privacidade tenha menos valor que o desejo de compra e que se criem instrumentos para impedir que o direito à livre iniciativa e “facilidades” proporcionadas pelas novas tecnologias não deteriore o direito à privacidade.

Importante salientar que o consumidor tem direito e necessidade de consumir e que a Internet também é um facilitador das relações de mercado, no entanto, quem deve se abster de capturar dados ilícita e ocultamente é o fornecedor e não o consumidor ficar temeroso de utilizar as facilidades da rede porque se sente desprotegido e tem invadida a sua privacidade por fornecedores ambiciosos e inescrupulosos. Também não se pode impor ao consumidor mais limitações do que as até então enfrentadas. Assim, caso não deseje ter seus dados devassados, deve lhe ser garantido o pleno acesso ao consumo e respeitado o seu direito, seja pelo fornecedor, seja pelo Estado, que deve zelar pela proteção da privacidade.

Destacadas as principais considerações no tocante ao direito constitucional à privacidade, intimidade e vida privada, na seção seguinte será analisada a necessidade ainda maior de proteção de dados considerados sensíveis. Em seguida, é a vez de verificar como tais garantias do consumidor estão sendo violadas em razão da constante e crescente formação de bancos de dados que armazenam informações dos consumidores-internautas, mediante a utilização de técnicas de rastreamento de suas visitas em sites, portais de compras, buscas ou meros “cliques” em *banners* ou notícias.

6.1 A PROTEÇÃO DOS DADOS SENSÍVEIS

Como visto, imperiosa é a criação de medidas de proteção da vida privada e da intimidade do consumidor-internauta em razão das tecnologias postas à disposição dos fornecedores que, no afã de aumentar a sua competitividade no

mercado, nem sempre respeitam parâmetros mínimos de privacidade dos dados que obtêm. Ocorre que, em se tratando de proteção de dados e informações pessoais, o direito à privacidade ganha destaque quando se está diante da necessidade de garantia de inviolabilidade dos chamados “dados sensíveis”.

Danilo Doneda¹⁸⁹, no tocante aos dados sensíveis, leciona:

A prática do direito da informação deu origem à criação de uma categoria específica de dados, a dos dados sensíveis. Estes seriam determinados tipos de informação que, caso sejam conhecidas e processadas, prestar-se-iam a uma potencial utilização discriminatória ou particularmente lesiva e que apresentaria maiores riscos potenciais que a média, para a pessoa e não raro para a coletividade. Alguns destes dados seriam as informações sobre raça, credo político ou religioso, opções sexuais, o histórico médico ou os dados genéticos de um indivíduo.

Antônio Jeová Santos¹⁹⁰ entende que não apenas os dados sensíveis, mas os dados “públicos”, tais como números do RG, inscrição nos cadastros de pessoa física, local de trabalho, entre outros, também merecem proteção, pois a depender do meio e da forma de divulgação podem causar lesões. O autor adverte ainda que a divulgação dos dados deve estar sempre atrelada ao consentimento do indivíduo.

A proteção ou controle de dados aqui discutida se refere ao direito do consumidor de poder seguir seus hábitos de consumo de forma privada, ou seja, sem que necessariamente suas aquisições sejam controladas e computadas por meios eletrônicos, principalmente seus desejos de consumo mais íntimos que, por qualquer razão, o consumidor não deseja que sejam expostos, seja para o próprio fornecedor, seja para terceiros.

Entre os dados que podem ser considerados sensíveis têm destaque as convicções filosóficas ou políticas, a fé professada ou mesmo o direito de manter reservado o sigilo de não professar qualquer culto religioso, o estado de saúde, os remédios tomados, a raça, os bares ou restaurantes frequentados, dados sobre

¹⁸⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, p. 160.

¹⁹⁰ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na Internet*, p. 193.

gostos pessoais, afinidades, número de filhos, canções preferidas, enfim, dados que possam auxiliar o interessado na determinação e formação de um perfil moral ou ideológico.

Assim, pode-se dizer que o liame entre os dados pessoais em geral e os dados pessoais sensíveis está na possibilidade de formação de um perfil moral do indivíduo ou não. Por exemplo: a solicitação de endereço, telefone e forma de pagamento, ao que parece, apresenta pertinência com uma transação de compra e venda. Já a solicitação de informações sobre medicamentos utilizados e restaurantes frequentados se mostra invasiva para o fim de uma mera compra e venda de telefone celular, por exemplo.

Ainda que o fornecedor não questione o consumidor diretamente, há mecanismos para obtenção de dados sensíveis, como por exemplo, a implantação de *web bugs* (imagens transparentes dentro de um site, de um programa baixado ou dentro de um e-mail recebido pelo consumidor), conforme já destacado na seção que tratou dos softwares microespiões, *cookies* etc.

Além da proteção à privacidade, tem o consumidor o direito de conhecer os dados armazenados e, por consequência, corrigi-los ou proibir a sua circulação. Por certo, pode-se imaginar que este direito de controle, pelo consumidor, também chamado de “direito à autodeterminação informativa”¹⁹¹, atualmente é impossível e impraticável. De fato, neste momento, por exemplo, tem-se consciência de que os dados de um sem-número de pessoas estão percorrendo milhões de listas de e-mails de consumidores, alimentando banco de dados das mais diversas categorias. Essa assertiva ratifica a necessidade de controles prévios ou imposição de sanções àquele que extrai e utiliza informações dos internautas de modo desautorizado e sem respeitar as normas jurídicas.

¹⁹¹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, p. 196. Para o autor: “O direito à autodeterminação informativa orienta até hoje a proteção de dados pessoais na Alemanha e exerce grande influência em países do sistema romano-germânico. Concebido como um direito fundamental, na esteira do direito geral de personalidade, o direito à autodeterminação informativa proporciona ao indivíduo o controle sobre suas informações”.

A proteção de dados está relacionada à privacidade em todos os seus aspectos: ao direito de estar só, sem intromissões, de ter tranquilidade, de refugiar-se licitamente, de alimentar-se de algo que não quer que chegue ao conhecimento de outrem, de medicar-se isoladamente, sem que alguém possa ter acesso aos seus hábitos e necessidades de consumo.

Depois dessas observações, claro está que o direito à privacidade, ligado aos hábitos de consumo, visa à proteção de um outro bem, qual seja, o direito de não ser discriminado em razão de suas preferências. A discriminação limita o livre desenvolvimento do consumidor, que poderá vir a alterar sua forma de ser, de pensar e de se relacionar por estar temeroso de que sua vida e seus hábitos de consumo estejam sendo monitorados.

Tércio Sampaio Ferraz Junior¹⁹² destaca que o direito à autodeterminação informacional objetiva possibilitar a cada um sua participação em processos de comunicação, com liberdade de agir de acordo com sua personalidade, com autonomia, e que só existiria uma plena autodeterminação informacional se as possibilidades de comunicação não estivessem ao lado da necessidade de proteção contra os riscos das violações à vida privada. Assevera, ainda, que a dignidade humana apenas seria atingida com um “viver em livre comunicação com o outro” e que a “possibilidade de digitalização da personalidade” e a redução do consumidor a números deve ser admitida apenas para situações excepcionais e não como regra.

Assim, o temor do indivíduo de ser discriminado em razão da exposição ilimitada de seus dados sensíveis tem fundamento, posto que, atualmente, referidos dados são utilizados para aceitação ou recusa de determinada pessoa em vagas de emprego, autorização de ingresso em determinados países pela alfândega, seleção para ocupação de cargos dentro da própria empresa, podendo até mesmo ser motivo para demissões. Utilizar dados sensíveis para estes fins, certamente, viola o respeito à moral devida ao indivíduo e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

¹⁹² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). *Direito e Internet: relação jurídica na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 241-247.

Ainda, esses dados sensíveis permitem a quem os detêm construir várias interpretações. É o caso dos fornecedores, quando imaginam e criam uma ideia de um consumidor com determinado perfil virtual, ou seja, em razão do cruzamento de informações obtidas, são criados perfis, gerando discriminações e controle do que será oferecido no mercado de consumo àquele grupo de consumidores.

Nesse ritmo, não tardará para que os hábitos mais privados do indivíduo estejam disponíveis na rede. Como exemplo, cite-se a busca de nomes de pessoas no “Google”, sítio onde, sem qualquer restrição, pode-se descobrir informações como locais onde estudaram ou prestaram vestibular, concursos, campeonatos etc., sem que a “pessoa buscada” tivesse sido questionada se ditas informações poderiam ser disponibilizadas na rede ou não.

A Agência Espanhola de Proteção de Dados, quanto a este problema (tratamento automatizado de dados pessoais e publicação na Internet) esclarece que apenas informações de caráter geral, que não incluam dados pessoais, podem ser disponibilizadas em sites de busca, além das contidas em fontes de livre acesso ao público, como por exemplo, Diário Oficial.¹⁹³

Para as demais informações de caráter pessoal, a disponibilização na rede depende de autorização do titular, sendo que para as que não exijam autorização, nos termos do artigo 6.4 da Lei Espanhola nº 15/99, o titular poderá opor-se à divulgação “quando existam motivos fundados e legítimos relativos a uma concreta situação pessoal”.

A posição aqui adotada é que, independente de a informação estar contida em documentos oficiais ou do motivo que leve o titular a se insurgir quanto à divulgação de seus dados em sites de busca, por exemplo, deve ser garantido o direito de exclusão das informações, pois certamente influirá a formação de perfis do indivíduo, além de problemas decorrentes da existência de homônimos.

¹⁹³ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Disponível em: <<https://www.agpd.es/portaIweb/index-ides-idph.php>>. Acesso em: 10 fev. 2009.

Não adianta, pois, asseverar que o consumidor para se proteger não deverá usar a Internet. O fato é que as garantias lhe devem ser concedidas, não sendo crível aceitar que o consumidor deve se abster da tecnologia, conquanto a proteção e a garantia de respeito aos direitos, consoante disposições do ordenamento, competem ao Estado-juiz.

Os autores italianos Andrea Lisi e Davide Diurisi¹⁹⁴, com precisão, asseveram:

Se é verdade, de fato, que o consumidor tem o direito de acesso à determinados serviços nas mesmas condições dos outros em um regime de concorrência livre, é igualmente verdade que ele tem um direito de recusa, isto é, direito de escolher entrar (e em quais condições) ou não no mundo do consumo. Nesta segunda perspectiva, o consumidor deve ser tutelado para que não seja prejudicada a sua personalidade e o seu pleno desenvolvimento e, então, considerando suas necessidades econômicas, mas reforçando a importância de relacionar o fenômeno do consumo no sistema radicado de valores constitucionais. [tradução nossa].

Assim, exigir que o consumidor não mais acesse a Internet para que tenha seus dados protegidos é também incidir em prática comercial abusiva (art, 39, inciso V, CDC – “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”), pois indiretamente se está obrigando alguém a comportar-se de modo diverso e contrário ao que realmente deseja, razão pela qual, insiste-se em afirmar que são estas práticas que devem ser controladas e não o comportamento do consumidor no sentido de fugir das novas técnicas disponíveis para o livre exercício do consumo virtual.

¹⁹⁴ *Web marketing e tutela Del consumatore telematico*. In: CASSANO, Giuseppe (coord.). *Commercio Elettronico e tutela del consumatore*. Milão: A. Giuffrè Editore, 2003, p. 376/377: “Se è vero, infatti, che il consumatore há il diritto de accedere a determinati servizi alle stesse condizioni di altri in un regime di libera concorrenza, è altrettanto vero che egli è titolare di un diritto di rifiuto, cioè il diritto di poter scegliere di entrare (ed a quali condizioni) o no nel mondo del consumo. In questa seconda prospettiva il consumatore deve essere tutelato affinché non venga turbata la sua personalità ed il suo pieno svolgimento e, quindi, senza considerare solo le sue esigenze economiche, ma sottolineando l'importanza di collegare il fenomeno del consumo a quel radicato sistema di valori costituzionali di cui si è in precedenza discusso”.

Em suma, as técnicas de marketing digital até aqui comentadas são responsáveis por facilitar a captura dos dados pessoais e dos dados pessoais sensíveis. Portanto, mecanismos de proibição devem ser postos em prática sob pena de se perder o controle de onde e em poder de quem estão os dados pessoais do(s) consumidor(es)-internauta(s).

Com efeito, assim que surgiram essas técnicas, o primeiro problema enfrentado era o sigilo, atualmente, é a propagação descontrolada das informações dos consumidores coletadas por meio virtual.

Ainda que, de plano, a solicitação e a obtenção de determinado dado pareçam irrelevantes, certo é que em algum momento e diante de outros dados já obtidos, a privacidade restará violada, o que significa que todo dado coletado ou fornecido possui relevância para fins de proteção.

O artigo 81 da Lei Orgânica de Proteção de Dados da Espanha (Lei nº 15/99) determina que os “ficheiros” ou banco de dados que contenham dados de ideologia, religião, crenças, origem racial, saúde ou vida sexual, deverão adotar medidas de segurança classificadas de “nível alto” para fins de proteção dos dados e de seus detentores.

No tocante à responsabilidade, vale expor as lições de Antonio Jeová Santos¹⁹⁵:

Sempre que um dado sensível for entregue e passado adiante, o provedor ou a pessoa que guarda a informação e a repassa é responsável civilmente e pode ser réu de ação que demande dano moral. E a responsabilidade civil é objetiva. Deve ser considerada como de risco a atividade de registro de informação pessoal relativa à origem racial, a opiniões políticas, filosóficas, religiosas, preferências sexuais e outras que sejam consideradas sensíveis ou reservadas. Basta a ilícita colheita desses dados, sem consentimento expresso ou tácito da pessoa, para que haja violação ao direito à intimidade. Muito mais grave, ainda, será a conduta de quem se apossar de dados à socapa e os vender ou manter negócio com outras pessoas. Havendo utilização da informação com finalidade diversa daquela para a qual foi entregue, mesmo que o dado não seja sensível, também haverá ofensa à intimidade.

¹⁹⁵ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na Internet*, p. 194.

A preservação pessoal, portanto, é direito fundamental que requer atenção e proteção, sobretudo quando em conflito com o direito ao desenvolvimento tecnológico e à exploração de atividade econômica.

Importantes são as palavras de Danilo Doneda¹⁹⁶:

Se hoje a privacidade e a proteção dos dados pessoais são assuntos na pauta do jurista, isto se deve a uma orientação estrutural do ordenamento jurídico com vistas à atuação dos direitos fundamentais, sob o pano de fundo do papel do desenvolvimento tecnológico na definição de novos espaços submetidos à regulação jurídica.

Com exatidão, o citado autor pondera que a necessidade de instrumentos de proteção se justifica em razão da função de: “ordenar um sistema que tende ao caos”.¹⁹⁷

Carlos Alberto Menezes Direito¹⁹⁸, com clareza, leciona sobre o que seria “privacidade”:

Não foi sem razão que o Instituto Internacional de Direitos do Homem publicou um conjunto de estudos sobre a proteção dos direitos do homem nas suas relações entre pessoas privadas. Em um desses estudos, Olé Espersen, então Ministro da Justiça da Dinamarca, destacou a dificuldade de encontrar uma definição geral sobre a vida privada ou privacidade (*private life or privacy*). Fazendo menção a um relatório sobre a matéria, afirma ele que a privacidade pode ser definida como uma área na vida humana na qual, em qualquer circunstância, um homem médio, com uma compreensão das necessidades legítimas da comunidade, pensaria ser errado invadir. E, lembrando a conferência dos juristas nórdicos sobre os direitos à privacidade, de 1968, reproduziu a proposta formulada, para defini-los como o direito do indivíduo de conduzir a sua própria vida protegida contra: interferência em sua vida privada e familiar; interferência em sua integridade física ou mental ou sua liberdade moral e intelectual; ataques a sua honra e reputação; sua indevida exposição; a divulgação de fatos irrelevantes e embaraçosos relativos a sua vida privada; uso de seu nome, identidade ou semelhança, espionagem; interferência em sua

¹⁹⁶ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, p. 33.

¹⁹⁷ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, p. 100.

¹⁹⁸ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Os direitos da personalidade e a liberdade de informação. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro, v. 23, p. 31-42, maio/ago. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/6754>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

correspondência; uso indevido das suas comunicações privadas; divulgação de informação dada ou recebida por ele em segredo profissional (cf. René Cassin, III, p. 181).

Feitas essas análises, quadra agora demonstrar os dois principais modelos existentes, que regulam o envio de mensagens não solicitadas, na tentativa de ver protegido o direito à privacidade e o de não ser incomodado.

6.2 OS SISTEMAS *OPT-IN* E *OPT-OUT*: OS MODELOS AMERICANO E EUROPEU DE ENVIO DE MENSAGENS

Há dois sistemas que tentam padronizar as atividades de envio e recebimento de mensagens e publicidade pela Internet. Contudo, no tocante à circulação de dados e ingerência na intimidade, apenas algumas recomendações das Diretivas Europeias tentam mitigar a problemática da violação da privacidade e que são pautadas na informação prestada ao consumidor, porém, insuficientes para a plena garantia da intimidade. Por esta razão, os Estados-membros vêm adotando estas Diretivas e regulamentando o tema de acordo com as necessidades de cada país.

O modelo americano para envio e recebimento de mensagens segue o denominado sistema *opt-out*, nos termos da lei americana que proíbe *spams* (“O Can-Spam Act”, de 16/12/2003). Referida lei autoriza o envio de *spams*, publicidades e mensagens diversas a qualquer e-mail, até que o destinatário informe que não mais deseja recebê-los, ou seja, o consumidor decide que não quer mais receber aquelas informações, publicidades e mensagens não solicitadas.

O sistema americano assim optou em razão dos aspectos práticos e econômicos que esta forma apresenta, privilegiando o desenvolvimento da atividade econômica em detrimento dos direitos individuais e coletivos da população de não ser incomodada.

Guilherme Magalhães Martins¹⁹⁹, a respeito, comenta que:

O sistema norte-americano acerca da privacidade dos dados pessoais, considerado mais permissivo, mostra-se fortemente influenciado pelos princípios econômicos e comerciais, em detrimento de uma construção que privilegie os direitos humanos e o livre desenvolvimento da pessoa.

Vale ressaltar que, nos Estados Unidos, salvo a “Lei Anti-Spam”, não há intervenção legislativa direta sobre a questão da privacidade, sobre como os dados foram obtidos para fins de envio de *spams* etc. O que existe é uma regulação setorial de acordo com os maiores problemas apresentados, como por exemplo: divulgação de dados de alunos por estabelecimentos de ensino, informações financeiras dos correntistas pelos bancos, informações dos assinantes de televisão a cabo etc.

Danilo Doneda²⁰⁰, ao abordar o tema no I Seminário Internacional sobre Proteção de dados pessoais, organizado pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (São Paulo: 23 a 25/11/2005), apresenta os seguintes comentários quanto à regulação setorial nos Estados Unidos:

O *Vídeo Privacy Protection Act* (VPPA), de 1988, parece ser o melhor exemplo de como o sistema de proteção norte-americano é orientado pela legislação setorial em áreas muito específicas. Esta lei veta aos locadores de videocassetes a divulgação do nome de seus clientes e dos vídeos que alugaram, sem que lhe tenha sido dada a oportunidade de se opor. A lei surgiu após a indicação de Robert Bork para juiz da Suprema Corte não ter vingado, graças a divulgação de que teria alugado filmes que presumidamente atentariam contra a moral.

Adiante, o autor fornece outros exemplos de relevo:

Mais recentemente, algumas importantíssimas peças de legislação originaram-se a partir de demandas mais difusas, porém sem deixar de constituir uma proteção de caráter setorial. Neste gênero, existe o *Electronic Communications Privacy Act* – ECPA, de 1986, que estabelece sanções penais e civis para a interceptação de comunicações eletrônicas, além do *Children’s Privacy Protection and*

¹⁹⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade Civil por acidente de consumo na internet*, p. 246.

²⁰⁰ DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais: panorama global e desafios para o Brasil*. p. 19. Disponível em: <<http://ce.desenvolvimento.gov.br/dataprotection>>. Acesso em: 10 fev. 2009.

Parental Empowerment Act (COOPA), de 1998, que serve para proteger as informações fornecidas por crianças de até 13 anos através da Internet. Através dela, é restrita a coleta, o uso e a divulgação destas informações sem o consentimento prévio dos pais ou responsáveis pela criança – uma proteção que se assemelha, curiosamente, em alguns pontos, a medidas que são reservadas aos adultos pelas normas de proteção de dados vigentes na União Européia. Ainda merece menção o *Gramm – Leach – Bliley Act* (GLB), de 1999, que impede que instituições financeiras transfiram dados sobre seus clientes para empresas que não sejam de seu próprio grupo sem que lhes tenha sido dada a possibilidade de opor-se a esta prática. Deve-se citar ainda outra importantíssima regulamentação setorial, a *Health Insurance Portability and Accountability Act* – (HIPPA), de 1996, que estabelece regras de tratamento de dados pessoais para os serviços sanitários.²⁰¹

Jean Jacques Erenberg²⁰² bem diferencia essas duas linhas:

A linha européia fundada em uma legislação mais restritiva que tem por base uma Diretiva da Comunidade Européia, que impõe às empresas informar previamente os tipos de dados coletados, o uso que se pretende dar a esses dados, as alternativas e meios de o consumidor limitar a cessão desses dados a terceiros e a permissão do acesso do consumidor às informações detalhadas a seu respeito constantes nos bancos de dados.

A linha européia parte, pois, do princípio da *positive option*, na qual a utilização de uma lista de endereços eletrônicos só deve ocorrer após manifestação inequívoca do consumidor, concordando com a ação.

Já a linha norte-americana funda-se no princípio da *negative option*, ou seja, a utilização presume-se consentida, até que o consumidor se manifeste em contrário. Lá a *Direct Marketing Association* (DMA), órgão de auto-regulamentação, recomenda que em cada peça deva constar um campo onde o consumidor assinala sua opção de continuar ou não recebendo informações ou se seu nome pode ser divulgado para outras empresas. A legislação norte-americana permite que a informação seja usada comercialmente, em benefício das pessoas e sem comprometer a sua privacidade.

Em seguida, o autor conclui que diante da interpretação da CRFB/88 e do CDC, a questão da privacidade no Brasil é mais próxima do sistema europeu do que do sistema norte-americano, em razão de aquele ser mais benéfico ao consumidor.

²⁰¹ DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais: panorama global e desafios para o Brasil*. p. 20. Disponível em: <<http://ce.desenvolvimento.gov.br/dataprotection>>. Acesso em: 10 fev. 2009.

²⁰² ERENBURG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na Internet à luz da legislação brasileira*, p. 56.

Pois bem. Como explicitado anteriormente, vê-se que o sistema europeu é baseado por regras determinadas nas Diretivas Europeias, que se preocupam mais com a proteção da privacidade e do consumidor e adotam o modelo “*opt-in*”, ou seja, apenas com a autorização prévia e expressa do consumidor poderá ser enviada mensagem comercial para aquele endereço eletrônico, sendo proibido o envio de qualquer espécie de comunicação comercial não consentida.

A Itália, conforme lecionado por Andrea Lisi e Davide Diurisi²⁰³, adotou o sistema opt-in. Vejamos:

Na Itália (assim como, por exemplo, também na Alemanha e Áustria), a escolha legislativa é precisa: qualquer comunicação indesejada, se não foi previamente autorizada pelo destinatário, resulta como sendo ilegítima (adoção total do sistema de Opt-in) [tradução nossa].

Importa para a presente análise citar alguns dispositivos das Diretivas Europeias onde se pode notar a extrema preocupação com a informação, ou seja, todo e qualquer ato do fornecedor no que diz respeito à coleta de dados deve ser sempre informado de forma clara e precisa ao consumidor.

No tocante ao armazenamento dos dados, a Diretiva 2002/58²⁰⁴ é clara no sentido de que as informações podem ser coletadas especificamente para determinada transação eletrônica e que apenas podem permanecer armazenadas até a conclusão do negócio, perdendo sentido se armazenadas por período posterior:

(22) A proibição de armazenamento das comunicações e dos dados de tráfego a elas relativos por terceiros que não os utilizadores ou sem o seu consentimento não tem por objectivo proibir qualquer armazenamento automático, intermédio e transitório de informações, desde que esse armazenamento se efectue com o propósito exclusivo de realizar a transmissão através da rede de comunicação

²⁰³ *Web marketing e tutela Del consumatore telematico*. In: CASSANO, Giuseppe (coord.). *Commercio Elettronico e tutela del consumatore*. Milão: A. Giuffrè Editore, 2003, p. 116: “In Italia (così come, ad esempio, anche in Germania e Austria), la scelta legislativa è stata in precedenza autorizzata dal destinatario, risulta essere illegittima (adozione piena del sistema di opt-in”.

²⁰⁴ EUR-lex. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:PT:HTML>>. Acesso em: 30 out. 2008.

electrónica e desde que as informações não sejam armazenadas por um período de tempo superior ao necessário para a transmissão e para fins de gestão de tráfego e que durante o período de armazenamento se encontre garantida a confidencialidade das informações. Sempre que tal se torne necessário para tornar mais eficiente o reenvio de informações acessíveis publicamente a outros destinatários do serviço, a seu pedido, a presente directiva não deve impedir que as informações em causa possam continuar armazenadas, desde que as mesmas sejam, de qualquer modo, acessíveis ao público sem restrições e na condição de serem eliminados os dados relativos aos assinantes ou utilizadores que o solicitem.

(26) Os dados relativos aos assinantes tratados em redes de comunicações electrónicas para estabelecer ligações e para transmitir informações contêm informações sobre a vida privada das pessoas singulares e incidem no direito ao sigilo da sua correspondência ou incidem nos legítimos interesses das pessoas colectivas. Esses dados apenas podem ser armazenados na medida do necessário para a prestação do serviço, para efeitos de facturação e de pagamentos de interligação, e por um período limitado. Qualquer outro tratamento desses dados que o prestador de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis possa querer efectuar para a comercialização dos seus próprios serviços de comunicações electrónicas, ou para a prestação de serviços de valor acrescentado, só é permitido se o assinante tiver dado o seu acordo, com base nas informações exactas e completas que o prestador de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis lhe tiver comunicado relativamente aos tipos de tratamento posterior que pretenda efectuar e sobre o direito do assinante de não dar ou retirar o seu consentimento a esse tratamento. Os dados de tráfego utilizados para comercialização de serviços de comunicações ou para a prestação de serviços de valor acrescentado devem igualmente ser eliminados ou tornados anónimos após o fornecimento do serviço. Os prestadores de serviços devem informar sempre os assinantes acerca dos tipos de dados que estão a tratar e dos fins e duração desse tratamento.

Também é importante destacar que o artigo 5º, nº 01, alínea “b”, da Lei nº 67/98 – que dispõe sobre o tratamento de dados em Portugal²⁰⁵ – versa sobre o “princípio da finalidade”, destacando que na transação devem ser indicados os objetivos do pedido de informações pessoais e estes, no futuro, não podem ser utilizados para finalidade diversa da declarada no momento das tratativas iniciais. Em seguida, a alínea “e”, do mesmo artigo, alude ao “princípio do direito ao esquecimento”. Por este princípio, os dados só podem ser conservados durante o

²⁰⁵ Cf. CORREIA, Miguel Pupo. Contratos a distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na Sociedade de Informação? *Estudos de Direito do Consumidor* n. 04. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, 2002, p.187.

período em que aquela relação ainda possa gerar consequências. Assim, atingida a finalidade, os dados devem ser descartados.

Especificamente quanto à possibilidade de o consumidor exercer o direito de não mais receber determinadas mensagens, a Diretiva 2002/58²⁰⁶, dispõe o seguinte:

(Art.13, inciso 4 – 4). Em todas as circunstâncias, é proibida a prática do envio de correio electrónico para fins de comercialização directa, dissimulando ou escondendo a identidade da pessoa em nome da qual é efectuada a comunicação, ou sem um endereço válido para o qual o destinatário possa enviar um pedido para pôr termo a essas comunicações.

Os artigos 21 e 22 da Lei Espanhola 34/2002 – que dispõe sobre os Serviços da Sociedade de Informação e do Comércio Eletrónico – proíbem o envio de comunicações publicitárias ou promocionais por correio eletrónico, salvo quando existente autorização expressa ou prévia relação contratual onde o fornecedor obteve de forma lícita estes dados e os empregou para divulgação de seus próprios produtos similares aos anteriormente adquiridos pelo consumidor. Destacam os artigos que em qualquer hipótese o fornecedor deverá oferecer ao destinatário a possibilidade de exercer a opção de não mais receber ofertas, promoções e outras espécies de mensagens publicitárias, mediante um procedimento fácil e gratuito, inclusive podendo revogar a qualquer momento o consentimento anteriormente concedido.

Entre as principais determinações da Diretiva 2002/58²⁰⁷ está a previsão de que novos aparelhos eletrónicos sejam colocados no mercado já com dispositivos de proteção de privacidade do usuário. Entretanto, o que se vê é exatamente o

²⁰⁶EUR-lex. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:PT:HTML>>. Acesso em: 26 jan. 2008.

²⁰⁷EUR-lex. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:PT:HTML>>. Acesso em: 26 jan. 2008. “[...] (46) pode ser necessário adoptar medidas que exijam que os fabricantes de certos tipos de equipamentos utilizados para serviços de comunicações electrónicas construam os seus produtos de tal modo que incorporem salvaguardas para garantir que os dados pessoais e a privacidade do utilizador ou assinante sejam protegidos”.

contrário, como acontece com a criação de teclados que permitem armazenar e transferir tudo o que foi digitado pelo consumidor:

(46) pode ser necessário adotar medidas que exijam que os fabricantes de certos tipos de equipamentos utilizados para serviços de comunicações eletrônicas construam os seus produtos de tal modo que incorporem salvaguardas para garantir que os dados pessoais e a privacidade do usuário ou assinante sejam protegidos [tradução nossa].

Pelo sistema europeu, há necessidade de prévia autorização do consumidor para recebimento de mensagens eletrônicas, ou seja, o consumidor participa de listas admitindo ou não o recebimento de mensagens.

Consoante o disposto nos itens 40 e 41 da Diretiva Europeia 2002/58²⁰⁸ e item 31 da Directiva 2000/31²⁰⁹ “relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno”:

²⁰⁸EUR-lex. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:PT:HTML>>. Acesso em: 30 out. 2008.

“(40) Devem ser previstas medidas de protecção dos assinantes contra a invasão da sua privacidade através de chamadas não solicitadas para fins de comercialização directa, em especial através de aparelhos de chamadas automáticas, aparelhos de faxe de correio electrónico, incluindo mensagens SMS. Essas formas de comunicações comerciais não solicitadas podem, por um lado, ser relativamente baratas e fáceis de efectuar e, por outro, acarretar um ónus e/ou custo ao destinatário. Além disso, em certos casos o seu volume pode também provocar dificuldades às redes de comunicações electrónicas e ao equipamento terminal. No que diz respeito a essas formas de comunicações não solicitadas para fins de comercialização directa, justifica-se que se obtenha, antes de essas comunicações serem enviadas aos destinatários, o seu consentimento prévio e explícito. O mercado único exige uma abordagem harmonizada para assegurar, a nível da Comunidade, regras simples para o comércio e os utilizadores.(41) Sempre que sejam obtidas coordenadas electrónicas do contacto, o cliente deverá ser informado de forma clara e distinta sobre a sua futura utilização para fins de comercialização directa e deve-lhe ser dada a oportunidade de recusar essa utilização. Deverá continuar a ser-lhe dada gratuitamente essa oportunidade em todas as subsequentes mensagens de comercialização directa, excepto no que diz respeito a eventuais custos para a transmissão dessa recusa.

(31) Os Estados-membros que permitam a comunicação comercial não solicitada por correio electrónico por parte de um prestador estabelecido no seu território sem autorização prévia do destinatário têm de assegurar que o prestador consulta regularmente e respeita os registos de opção negativa (*opt-out*) onde se podem inscrever as pessoas singulares que não desejem receber esse tipo de comunicações”.

²⁰⁹EUR-lex. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:PT:HTML>>. Acesso em: 30 out. 2008.

(40) Devem ser previstas medidas de proteção dos assinantes contra a invasão da sua privacidade nos casos chamadas não solicitadas para fins de comercialização direta, em especial através de aparelhos de chamadas automáticas, aparelhos de fax de correio eletrônico, incluindo mensagens SMS. Essas formas de comunicações comerciais não solicitadas podem, por um lado, ser relativamente baratas e fáceis de efetuar, mas, por outro, acarretar um ônus e/ou custo ao destinatário. Além disso, em certos casos o seu volume pode também provocar dificuldades às redes de comunicações eletrônicas e ao equipamento terminal. No que diz respeito a essas formas de comunicações não solicitadas para fins de comercialização direta, justifica-se que se obtenha, antes de serem enviadas aos destinatários, o seu consentimento prévio e explícito. O mercado exige uma abordagem harmonizada para assegurar, ao nível da comunidade, regras simples para o comércio e os usuários.

(41) Sempre que sejam obtidas coordenadas eletrônicas do contato, o cliente deverá ser informado de forma clara e distinta sobre a sua futura utilização para fins de comercialização direta, devendo lhe ser dada a oportunidade de recusar tal utilização. Deverá continuar a ser-lhe dada gratuitamente essa oportunidade em todas as mensagens de comercialização direta subsequentes, exceto no que diz respeito a eventuais custos para a transmissão dessa recusa.

(31) Os Estados-membros que permitam a comunicação comercial não solicitada por correio eletrônico por parte de um prestador estabelecido no seu território sem autorização prévia do destinatário têm de assegurar que o prestador consulta regularmente e respeita os registros de opção negativa (*opt-out*) onde se podem inscrever as pessoas singulares que não desejem receber esse tipo de comunicação [tradução nossa].

Elsa Dias Oliveira²¹⁰ esclarece que de acordo com o art. 11º do Decreto-Lei nº 143/2001:

Portugal acolheu o sistema de *opt-in* quando o fornecedor de um bem ou serviço utilize como técnica de comunicação a distância 'sistema automatizado de chamada sem intervenção humana, nomeadamente os aparelhos de chamada automática' ou o telefax. Já no caso de serem utilizadas outras técnicas de comunicação que admitam uma comunicação individual, vigora o sistema *opt-out* e, como tal, só poderão ser utilizadas se não houver '[...] oposição manifesta do consumidor [...]']

O artigo 5º da Lei nº 15/99 (Lei Orgânica de Proteção de Dados da Espanha) aponta quais informações devem ser prestadas ao indivíduo quando lhe forem solicitados dados pessoais, com destaque para:

²¹⁰ OLIVEIRA, Elsa Dias. *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, p. 149.

- obrigatoriedade de informação sobre a existência de um banco de dados e quem são os destinatários da informação;
- informação sobre o caráter obrigatório ou facultativo em responder as questões formuladas;
- informação sobre a possibilidade de exercer o direito de acesso, correção, cancelamento ou oposição aos dados ali contidos; [...].

No Brasil, em razão do Projeto de Lei nº 21/2004, a Associação Brasileira de Marketing Direto (Abemd), a Associação Brasileira dos Provedores de Internet (Abranet), a Associação Gaúcha das Agências Digitais (Agadi), a Associação Paulista das Agências Digitais (Apadi), o Comitê Gestor de Internet no Brasil (CGI), o Interactive Advertising Bureau (IAB) e a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Pro Teste) decidiram estruturar um Código de Auto-Regulamentação²¹¹ para a prática de e-mail marketing, na tentativa de minimizar a imagem negativa da técnica, não obstante já tenham sido anteriormente elaborados o Código Anti-Spam, a Cartilha Anti-Sapam e inúmeras outras ‘recomendações’.

Todas as regulamentações esparsas, pautadas em questões éticas e após a observância dos sistemas adotados nos Estados Unidos e na União Europeia, têm como primordial preocupação a exigência de que as mensagens sejam encaminhadas após uma autorização do consumidor internauta ou que apresentem, informem e disponibilizem uma efetiva ferramenta de descadastramento do e-mail para recebimento da mensagem.

Importante mencionar que o Brasil nem adotou o sistema americano (*opt-out*), nem o sistema europeu (*opt-in*). Até o momento, o país parece ter adotado um sistema misto, pois em algumas situações admite o envio direto sem prévia autorização, enquanto em outros casos o envio de mensagens com a prévia autorização e demonstração de interesse pelo consumidor é a sistemática adotada.

De acordo com o Código de Ética Anti-SPAM: *Opt-in* refere-se à “permissão concedida pelo destinatário, autorizando o envio de mensagens eletrônicas de um determinado Remetente” e *Opt-out* à “opção do destinatário de ser

²¹¹ PEREIRA, Cláudia. *Mercado prepara Código de Auto-Regulamentação para e-mail marketing*. 14.08.2008. Disponível em: <http://www.propmark.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from_info_index=211&infoid=47033&sid=6>. Acesso em: 04 out. 2008.

automática e definitivamente excluído de determinada lista de endereços eletrônicos ou banco de dados eletrônico a partir dos quais são enviadas Mensagens Eletrônicas ou Malas Diretas Digitais”²¹².

Relativamente às ligações telefônicas de conteúdo comercial, foi publicada a Lei Estadual nº 13.226, de 07.10.2008, que instituiu, no âmbito do Estado de São Paulo, o Cadastro para o Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing.

Um dos principais dispositivos da referida lei destaca que após o 30º (trigésimo) dia do ingresso do usuário no Cadastro, os fornecedores não poderão efetuar ligações telefônicas destinadas às pessoas nele inscritas, seja por meio de telefone fixo ou celular, salvo entidades filantrópicas, e a qualquer momento o usuário poderá solicitar a sua exclusão do Cadastro.

Em seguida, o Decreto Estadual nº 53.921, de 30.12.2008, regulamentou o Cadastro para o Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing, destacando que o órgão responsável pelo referido cadastro é a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON). O decreto explicita a forma como deve ser realizada a inclusão dos números de telefones, bem como o modelo de autorização para recebimento de ligações, além de destacar que será considerada prática comercial abusiva condicionar o fornecimento de produto ou serviço: (i) à exclusão ou não-inserção do número de linha telefônica no cadastro; (ii) à outorga da autorização para recebimento de ligações de caráter publicitário. Por fim, determina que o descumprimento sujeitará o infrator às sanções administrativas previstas no artigo 56 do CDC.

Em que pese a lei estadual apenas se referir às ligações telefônicas de âmbito publicitário, não se pode deixar de reconhecer o avanço da medida, o que certamente ensejará a elaboração futura de legislações aptas a alcançar todo o sistema digital (e-mail, SMS etc), na busca da preservação da privacidade do consumidor. Nota-se que a forma adotada para as ligações telefônicas seguiu o

²¹² BRASILANTISPAM. Disponível em: <<http://www.brasilantispam.com.br/main/codigo.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

modelo europeu (*opt-in*), ou seja, necessidade de prévia autorização individual do consumidor para que o fornecedor possa entrar em contato e lhe oferecer determinado produto ou serviço.

Não obstante o avanço da matéria, há que se falar que, caso fossem respeitados os princípios concernentes às relações de consumo e até mesmo a boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil e, do mesmo modo, fossem observados os próprios princípios éticos que regem o marketing, inexistiriam razões para inúmeras tentativas de regulamentação do tema.

O Brasil, vale dizer, ainda está caminhando para o implemento de mecanismos efetivos de controle da privacidade na sociedade digital.

6.3 OS BANCOS DE DADOS E AS EXIGÊNCIAS DE FORNECIMENTO DE DADOS PARA CONCLUSÃO DAS TRANSAÇÕES ELETRÔNICAS COMO PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA

Como já asseverado, as principais ferramentas tecnológicas de marketing aqui trazidas, além de induzirem os internautas ao consumo instantâneo, captam os dados pessoais destes para, em síntese, comercializá-los com outros fornecedores, enviar *spams*, formar bancos de informações quanto à capacidade de consumo daquele indivíduo e analisarem o seu perfil no mercado para o oferecimento e criação de novas “necessidades”.

De posse dessas informações, são criados ou alimentados bancos de dados. Não bastasse apenas o armazenamento destes dados por um fornecedor específico, para, por exemplo, conhecer o mercado e desenvolver novos produtos, ditos “arquivos” são comercializados, sustentando inúmeros e vastos outros bancos de dados de terceiros que jamais tiveram qualquer relação com o consumidor.

José Geraldo Brito Filomeno²¹³ leciona que a análise de perfis psicológicos e sociológicos do consumidor pelos fornecedores para transmissão aos técnicos de marketing deve “evitar toda a sorte de exploração perniciosa e aética de tais facetas comportamentais”.

Não se pode perder de vista que, relativamente ao tema, é possível utilizar qualquer nomenclatura para designar este armazenamento de informações, sendo irrelevante para fins práticos, qualquer diferenciação, ou seja, pode-se denominar estes registros como arquivos de consumo, banco de dados, cadastro de consumidores etc. Assim, qualquer organização de dados pessoais, sensíveis ou não, seja por pessoa jurídica de direito público ou privado será considerada um banco de dados, que atualmente é importante fonte de informações para fins de oferecimento de produtos e serviços, razão pela qual a sua comercialização tornou-se tão lucrativa²¹⁴.

Bem aduziu Ciro Expedito Scheraiber²¹⁵:

Se por um lado a instituição de *mailing lists* representa violação a preceito constitucional que assegura a inviolabilidade de dados privativos e pessoais, bem como do sigilo de correspondências e comunicações eletrônicas, tal prática perante o Código de Defesa do Consumidor configura forma de abusividade.

Esta busca desenfreada de dados dos consumidores para que o produto ou o serviço seja ofertado de forma cada vez mais personalizada e atrativa vem gerando a abusividade da prática e a proliferação descontrolada das informações dos dados dos consumidores na rede, uma violação patente ao artigo 43 do CDC.

Apropriadas são as observações de Jean Baudrillard²¹⁶, nesse sentido:

²¹³ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

²¹⁴ Neste sentido: CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de Direito do Consumidor* n. 46, p. 107.

²¹⁵ SCHERAIBER, Ciro Expedito. Mailing Lists e Direito do Consumidor. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público*. São Paulo. ESMP, n. 04, julho 2002, p.151.

²¹⁶ BAUDRILLARD, Jean. *Sociedade de consumo*, p. 110.

Gostos, preferências, necessidades, decisão – em matéria de objectos como também de relações, o consumidor encontra-se perpetuamente solicitado, interrogado e intimidado a responder. A compra, em semelhante contexto, assemelha-se ao concurso radiofónico: actualmente não é tanto um passo original do indivíduo em vista da satisfação concreta de determinada necessidade, quanto, antes de mais, resposta a uma pergunta – resposta que empenha o indivíduo no ritual colectivo do consumo.

Na primeira oportunidade que o consumidor preenche o cadastro ou fornece informações a uma loja, um site, uma locadora, ou até mesmo a um supermercado²¹⁷ ele não considera tal prática abusiva ou ofensiva aos seus direitos, até porque imagina que está prestando informações necessárias para efetuar uma compra ou para que a empresa se assegure quanto a uma forma de pagamento, ou simplesmente para “ficar cadastrado como cliente preferencial e receber descontos”.

Na hipótese de ser informado que a solicitação de dados será utilizada para verificação de segurança e armazenamento referente àquela compra até que ela esteja finalizada, não há se falar em ilicitude (em que pese inexistir justificativa jurídica para tal requisição, conforme leciona Roberto Senise Lisboa)²¹⁸, salvo se os dados solicitados não apresentarem qualquer pertinência com a compra.

Embora tal prática já possa ser caracterizada como abusiva em razão do desvio de finalidade, abuso de direito e por ser contrária à principiologia que protege as relações de consumo, ainda é mitigada pelo fato de o consumidor, voluntariamente, preencher e ofertar ao fornecedor seus dados pessoais e, na maioria das vezes, suas preferências.

Ocorre que, embora “voluntariamente” forneça seus dados, o consumidor, não raro, engana-se quanto à finalidade da utilização de seu cadastro, situação que viola o diploma legal consumerista, justo pela falta de veracidade, transparência e boa-fé quanto à utilização das informações.

²¹⁷ Neste sentido, o exemplo que se pode citar é do “*Cartão Mais*”, da Rede de Supermercados Pão de Açúcar.

O mal maior ocorre quando o consumidor, além de não ter conhecimento da finalidade dos dados, ainda não sabe que eles estão sendo “capturados” pelo fornecedor, sem aviso prévio, sem questionar ou informar se o consumidor deseja ou não fornecer seus dados pessoais e permitir que sejam veiculados para inúmeras finalidades. O conteúdo informativo é simplesmente “fiscado” do consumidor²¹⁹.

Como já destacado, esses dados são capturados por programas instalados no computador do usuário, que têm a função de rastrear os acessos a sites efetuados pelo internauta. Desta feita, não se pode falar que o consumidor é responsável pelo fornecimento destes dados, sendo lícita e útil a utilização da Internet. O fato é que, não tendo o consumidor ciência de onde possa encontrar estes bancos de dados contendo suas informações mais privativas, ele não poderá corrigi-los ou impedir a sua livre circulação.

A importância atribuída às informações do internauta-consumidor resulta da atividade dos profissionais de marketing, que criam o perfil dos usuários a partir delas ou, como prefere Tércio Sampaio Ferraz Junior²²⁰, digitalizam a personalidade do consumidor para oferecer seus produtos e serviços da forma mais invasiva hoje existente. Mais grave é que o consumidor-internauta não recebe qualquer comunicação prévia de como estão sendo tratados os seus dados e a que fim se destinam, não podendo sequer expressar sua concordância ou não com tal fato.

Nessa linha, Danilo Doneda²²¹ é enfático:

O que hoje destaca a informação do seu significado histórico é a maior desenvoltura na sua manipulação, desde sua coleta e

²¹⁸ Neste sentido: LISBOA, Roberto Senise. A inviolabilidade de correspondência na internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (org.). *Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*, p. 525.

²¹⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dedados pessoais*, p. 158. Para o autor: “O banco de dados informatizado, produto da tecnologia aplicada ao tratamento de informações pessoais, apresenta um potencial superior: ele pode armazenar um grande volume de informações, processá-las rapidamente, agregá-las e combiná-las em uma multiplicidade de modos em um tempo irrisório se comparado com idêntica operação realizada em um banco de dados tratado manualmente”.

²²⁰ FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). *Direito e Internet: relação jurídica na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

²²¹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dedados pessoais*, p. 153.

tratamento até os meios para sua comunicação. O vetor que faz a diferença é exatamente o tecnológico: ao se incrementar a capacidade de armazenamento e comunicação de informações, cresce também a variedade de maneiras pelas quais a informação pode ser organizada – e, portanto, utilizada e mesmo apropriada. Ao passo que maior é a sua utilidade, mais ela se torna elemento fundamental para um crescente número de relações e igualmente aumentam suas possibilidades de influir em nosso cotidiano.

No mesmo sentido são as observações de Fábio Henrique Podestá²²²:

Ora, se as informações pessoais representam a verdadeira matéria-prima do sucesso da rede (especialmente em termos comerciais), é particularmente digno de preocupação que o atual momento não se confira ao consumidor a certeza ou a devida informação (art. 6º, III, do CDC) sobre como se usam ou se manipulam os dados próprios (pessoais), ainda mais considerando que o Estado não tem qualquer agência oficial para fiscalizar tais condutas no âmbito da rede e muito menos leis protetivas e específicas que disciplinem o assunto. Nos EUA, onde reconhecidamente a Internet encontra-se em fase bem mais evoluída do que no nosso país, deixa-se evidente que poucos 'sites' da 'web' fornecem aos consumidores chances reais de opção quanto à divulgação e transferência das informações pessoais que podem conseguir 'on line'. Não há provas de que se as chances forem dadas, especialmente com suporte para incentivos financeiros oferecidos por comerciantes da 'web', consumidores não estarão dispostos a abrir mão daquele tipo de informação.

Marjorie Jakobi²²³, no que concerne à formação de banco de dados, exemplifica um dos problemas relacionados:

Ao admitir o direito de arrependimento nas relações de consumo, a exemplo do que ocorre no direito pátrio, há temores, no direito francês, de que seja criado banco de dados apontando a identificação de consumidores de comportamento versátil, o que poderia prejudicá-los na realização de negócios futuros.

Conforme já relatado na seção que discorre sobre os *banners*, Philip Kotler²²⁴ leciona que uma das ações que devem ser tomadas pelas empresas na Era Digital diz respeito ao gerenciamento de banco de dados e aduz o seguinte:

²²² PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à Intimidade em ambiente da Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*, p. 199.

²²³ JAKOBI, Marjorie. *Vida privada como conceito legal indeterminado: paradigmas para sua determinação*. 2204, 234f. Dissertação (Mestrado em Direito) -Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 74.

Nesta era de clientes escassos, as empresas necessitam reunir nomes de clientes e consumidores potencialmente valiosos e a maior quantidade de informações úteis possível sobre eles. Um rico banco de dados de clientes pode oferecer à empresa uma forte vantagem competitiva. A empresa pode procurar e classificar diferentes grupos e indivíduos quanto à probabilidade de responderem a uma oferta específica ou a produtos e serviços 'sob medida'. Um banco de dados permite que a determinação de alvos da empresa seja muito eficiente.

O mesmo autor, sobre o tema, traz mais uma lição:

O banco de dados de clientes representa um *data warehouse* que exige triagem de dados por meio de ferramentas estatísticas e matemáticas avançadas. Ao utilizar essas ferramentas, as empresas são capazes de definir melhor seus mercados-alvo e aumentar o índice de resposta.²²⁵

E exemplifica a questão mencionando o banco de dados da General Motors, que possui conhecimento de todos os produtos/serviços que seus clientes compraram com os cartões de crédito da GM, banco de dados este que conta com mais de doze milhões de nomes.²²⁶

Essas “dicas” de Philip Kotler, renomado autor da área de marketing, devem estar atreladas necessariamente ao conhecimento da legislação de cada país para que não gere a repulsa dos Tribunais e dos próprios consumidores quanto a práticas como as aqui relatadas, que é o que vem ocorrendo na atualidade.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²²⁷, apenas os bancos de dados de caráter público não violam a vida privada. Nesse sentido anotam:

²²⁴ KOTLER, Philip. *Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*, p. 259-260.

²²⁵ KOTLER, Philip. *Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*, p. 146.

²²⁶ KOTLER, Philip. *Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*, p. 146.

²²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*, p. 214.

Dados pessoais. Proteção. A proteção dos dados pessoais é decorrência da inviolabilidade da vida privada (CF, 5º, X). Sem o consentimento do titular ou autorização legal para tanto, a ninguém é dado ter acesso a dados pessoais de outrem. Quer para apenas conhecê-los, quer para divulgá-los, quer, mais ainda, para praticar ato que possa trazer constrangimento ou prejuízo (moral ou patrimonial) àquele que sofreu referida violação. São constitucionais e não ferem a inviolabilidade aqui referida, as atividades que mantêm cadastros e bancos de dados existentes em entidades particulares, mas de caráter público – Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), Clube dos Lojistas, Serasa etc. – que devem observar os direitos constitucionais de personalidade e as normas de defesa do consumidor que há a esse respeito (CF, 5º, V, X, XII; CF 170, parágrafo único; CDC, 43 e 44).

No tocante aos bancos de dados digitais, ou seja, aqueles formados a partir da coleta de dados recebidos em razão de transações eletrônicas, torna-se claro que se não respeitados os princípios já expostos e não informada ao consumidor a finalidade da solicitação dos dados, a prática será considerada abusiva. A imposição de fornecimento de dados pelo consumidor sem pertinência com a compra para a sua efetiva finalização também será considerada uma prática comercial abusiva em razão de ser um limitativo de acesso ao consumo.

Mas não é só. Toda a sistemática prevista no artigo 43 do CDC referente aos bancos de dados deverá ser respeitada, ou seja, informação quanto à inclusão, à possibilidade de revisão, correção e exclusão destes dados pelos fornecedores que o solicitaram, bem como deverá ser informado para quem foram cedidos os dados pessoais e sensíveis do consumidor.

Portanto, entre os direitos do consumidor relativos aos cadastros, nos termos dos princípios já apontados e do disposto no artigo 43 do diploma legal consumerista, estão: (i) direito de acesso ao cadastro, (ii) direito de conhecimento das fontes que alimentam os cadastros, (iii) direito a informações objetivas e verdadeiras nos cadastros, (iv) direito de ter seu nome retirado do cadastro após cinco anos do fato que deu ensejo ao registro, (v) direito de ser informado no momento de abertura do cadastro, (vi) direito de retificação do cadastro que não atenda aos requisitos legais.

Vale ressaltar que a coleta de dados do consumidor e a comercialização destes cadastros configuram também abuso de direito. No momento em que o consumidor adquire um produto, o fornecedor tem o direito de saber para quem está vendendo, mas ultrapassa a barreira do tolerável ao desvirtuar a finalidade do questionamento, utilizando-se de tal prática para angariar clientes de forma abusiva e para auferir lucro.

Não há que se confundir o exercício de um direito do fornecedor de obter informações do consumidor para que a relação contratual seja formalizada com atitudes que merecem ser coibidas e, quando ocorrerem, punidas pelo Estado-juiz.

Dispõe o artigo 187 do Código Civil que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

No ordenamento jurídico brasileiro, não há qualquer norma capaz de ratificar uma invasão de privacidade como as apontadas neste trabalho, o que já demonstra a ilicitude da prática e, por consequência, o abuso de direito.

Questão de destaque refere-se à impossibilidade de ser concluída uma compra caso determinados dados não sejam prestados pelo consumidor. Certo é que não tendo a informação relação direta com a compra ou forma de pagamento, será considerada uma prática comercial abusiva, por ser exigida uma vantagem manifestamente excessiva do consumidor.

Difícil é aceitar que os fornecedores, por meio de práticas de marketing, violem com tamanha facilidade a privacidade de seus consumidores, com simples alegações de que as informações são necessárias para a concretização do negócio. Tal fato, frise-se, é ainda mais prejudicial quando as informações são capturadas ocultamente e vendidas para terceiros estranhos à relação contratual.

O art. 2º, “g”, da Diretiva 2002/58²²⁸ denomina serviço de valor acrescentado:

[...] qualquer serviço que requeira o tratamento de dados de tráfego ou de localização assim considerados aqueles além do necessário à transmissão de uma comunicação ou à sua faturação; (serviços que fogem da finalidade daquela compra específica) [tradução nossa].

Ora, solicitar dados do consumidor sem que estejam relacionados com a compra/venda ou com determinada prestação de serviço eletrônica não constitui exercício regular do direito, mas sim violação de privacidade infundada e exigência de vantagem manifestamente excessiva.

No tocante à coleta, armazenamento e finalidade da exigência dos dados, a Diretiva 2002/58²²⁹ assim dispõe:

(39) A obrigação de informar os assinantes do fim ou fins a que se destinam as listas públicas em que vão ser incluídos os seus dados pessoais deverá caber à parte que recolhe os dados tendo em vista essa inclusão. Nos casos em que os dados possam ser transmitidos a um ou mais terceiros, o assinante deverá ser informado desta possibilidade e do destinatário ou das categorias de possíveis destinatários. Qualquer transmissão deve obedecer à condição de que os dados não possam ser utilizados para outros fins diferentes dos que motivaram a sua recolha. Se a parte que recolhe os dados a partir do assinante ou de terceiros a quem os mesmos tenham sido transmitidos, pretender utilizá-los para outro fim, quer a parte que recolheu os dados, quer o terceiro a quem foram transmitidos, terá de obter novo consentimento do assinante [tradução nossa].

A vulnerabilidade dos consumidores frente a tais práticas é acentuada em razão de não terem conhecimento da formação de banco de dados com seus hábitos de consumo.

²²⁸EUR-lex. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:PT:HTML>>. Acesso em: 30 out. 2008. Acesso em 30 out. 2008. “[...] qualquer serviço que requeira o tratamento de dados de tráfego ou dados de localização que não sejam dados de tráfego, para além do necessário à transmissão de uma comunicação ou à facturação da mesma; (serviços que fogem da finalidade daquela compra específica).”

²²⁹ EUR-lex. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:PT:HTML>>. Acesso em: 30 out. 2008.

Chris Anderson²³⁰, nesse sentido, é claro em destacar que a “sabedoria coletiva” dos consumidores está sendo explorada para a melhor otimização dos resultados de busca.

Como já ressaltado, o inciso XII²³¹ do artigo 5º da Carta Magna dispõe que são invioláveis os dados dos indivíduos, apenas ressalvando a hipótese de ordem judicial quando presentes os requisitos legais.

Em rigor, não há como se admitir que os fornecedores continuem a vasculhar em ambiente digital a vida privada dos consumidores-internautas sem que qualquer sanção lhes seja aplicada, sob pena de revelar insegurança nas relações e nos tratos negociais, de forma que a desconfiança quanto ao caráter de tais fornecedores passe a prevalecer sobre a qualidade de seus produtos e serviços.

Como bem analisa Alexandre David Malfatti²³²:

Logicamente, quando o consumidor espontaneamente fornece seus dados pessoais ao fornecedor, presume-se sua autorização ao último, para consulta que diga respeito ao negócio jurídico realizado entre eles. A presunção limita-se, insisto, ao relacionamento jurídico específico entre o consumidor e o fornecedor. Em nenhuma hipótese, contudo, poderá o fornecedor usar os dados pessoais do consumidor para a cessão de terceiros, sob pena de violação da privacidade do consumidor.

Mais adiante o autor complementa de forma categórica: “Sem prévia e expressa autorização do consumidor, o fornecedor não pode incluir no cadastro ou banco de dados a informação que faça parte dos direitos da personalidade do primeiro”.²³³

²³⁰ ANDERSON, Chris. *The Long Tail*. A cauda longa: do mercado de massa para o mercado de nicho, p. 54-55.

²³¹ “XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...]”.

²³² MALFATTI, Alexandre David. *Direito de informação no Código de Defesa do Consumidor*, p. 308.

²³³ MALFATTI, Alexandre David. *Direito de informação no Código de Defesa do Consumidor*, p. 308.

André de Carvalho Ramos²³⁴, nesse sentido, assevera que:

As informações, mesmo que pessoais do consumidor, passam a ter valor econômico e, conseqüentemente, o desejo de lucro das empresas entra em choque com o direito à intimidade do consumidor. A informação sobre o consumidor hoje possui um valor imenso e todo um setor da economia brasileira desenvolveu-se a partir da 'vigilância' da conduta dos indivíduos.

Consoante o disposto nos incisos III e V do artigo 39 do CDC:

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

[...]

III – enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço.

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; [...].

O inciso III pode ser facilmente identificado com a prática do envio de mensagens eletrônicas não solicitadas, demonstrando, assim, abusividade da conduta, pois, após a captura das informações por meios desconhecidos pelo consumidor, o fornecedor lhe remete mensagens indesejadas de teor comercial.

Os incisos ora apresentados se mostram plenamente aplicáveis às situações aqui apresentadas, porquanto atentam contra os princípios do CDC e extrapolam os limites do esperado numa relação negocial, extraindo vantagens desnecessárias em afronta à intimidade do consumidor e à segurança da própria coletividade, de forma a violar seus direitos básicos, direitos estes constitucionalmente tutelados.

Como se depreende dos conceitos ofertados, referidas condutas não são compatíveis com a transparência, boa-fé, bons costumes e, muito menos, enquadram-se no conceito de exercício regular de direito.

Consoante ensinamento de Nelson Nery Júnior²³⁵, exercício regular de direito é “a utilização do direito sem invadir a esfera do direito de outrem. É não

²³⁴ RAMOS, André de Carvalho. O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor* n. 53, p. 44.

²³⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 258.

prejudicar o direito de outrem, independentemente de causar dano. Só exerce regularmente seu direito aquele que não prejudica direito de outrem”.

Pertinente é a lição de Maria Helena Diniz²³⁶:

O uso de um poder, direito ou coisa além do permitido ou extrapolando as limitações de um direito, lesando alguém, traz como efeito jurídico o dever de indenizar. Realmente, sob a aparência de um ato legal, ou lícito, esconde-se a ilicitude no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes e por desvio de finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido.

O marketing agressivo, nas modalidades expostas, ultrapassa, sobremaneira, as fronteiras do exercício regular de direito, supera o limite do tolerável pelo ordenamento pátrio, ensejando reparos e coibições inclusive a título de dano moral.

Para o mercado publicitário, conforme observa Chris Anderson²³⁷, o armazenamento de dados dos consumidores é uma prática comum, reiterada e até fundamental, no entanto, diante da disciplina do CDC, revela-se como uma prática abusiva e desleal.

Cabe mencionar aqui a existência de um importante grupo de trabalho, instituído pelo artigo 29º da Directiva 95/46/CE. Referido grupo é um órgão consultivo europeu independente em matéria de proteção de dados e privacidade. Suas atribuições são descritas no artigo 30 da Directiva 95/46/CE e no artigo 15 da Directiva 2002/58/CE²³⁸.

²³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 471.

²³⁷ ANDERSON, Chris. *The long tail*. A longa cauda – do mercado de massa para o mercado de nicho, p. 12. Segundo o autor: “O mais fascinante neste momento é que a economia do século XXI já está esboçada de maneira evidente nos bancos de dados das Googles, Amazons, Netflixes e iTunes da vida, em cujos muitos terabytes sobre comportamentos dos usuários se encontra uma pista de como os consumidores atuarão nos mercados de escolhas infinitas, questão que até recentemente ainda não era significativa, mas cuja compreensão agora se tornou fundamental”

²³⁸ EUROPEAN COMMISSION. Grupo de trabalho do artigo para a protecção de dados. Programa de trabalho 2008-2009. 18.02.2008. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2008/wp146_pt.pdf>. Acesso em: 22 out. 2008.

Em 18.02.2008, na cidade de Bruxelas, o grupo apresentou o programa de trabalho²³⁹ para o período de 2008 a 2009, assinado pelo Presidente Peter Schaar. Entre as atividades que o grupo se propôs a enfrentar destacam-se: (i) o impacto das novas tecnologias; (ii) o enquadramento global (transferência internacional de dados, privacidade global e jurisdição); (iii) melhorar a aplicação da Diretiva 95/46/CE; (iv) dados médicos (registros eletrônicos sobre os pacientes); (v) arquivos e privacidade; (vi) menores e privacidade; (vii) criação de um quadro de referência para as auditorias sobre a privacidade, a ser utilizado pelos sectores público e privado (instrumento que permite aos operadores avaliarem se os dados que estão na sua posse são necessários, proporcionais, exatos, atualizados etc).

Portanto, nota-se que o duelo entre novas tecnologias e proteção de dados é um problema que merece constante aperfeiçoamento e medidas efetivas de controle, pois as técnicas atualmente desenvolvidas evoluíram em direção contrária ao ordenamento jurídico, sendo notório o caráter abusivo e desleal de referidas práticas.

6.4 A LIBERDADE DE ESCOLHA E AS PRÁTICAS COMERCIAIS ABUSIVAS

Fácil perceber, assim, que o intuito das atuais técnicas de marketing é retirar do consumidor o poder de escolha do que realmente quer consumir e deixar que os fornecedores²⁴⁰ apresentem o que deve ser consumido, sem falar que fazem o consumidor, que na verdade está sendo manipulado, acreditar que tem toda liberdade para exercer a sua vontade e tomar uma decisão.

Nessa linha, também não se pode perder de vista que a liberdade de escolha do consumidor no mercado é falsa, ante a existência de técnicas altamente eficazes que vislumbram atingir não os interesses dos consumidores, mas os interesses que o mercado lhes impõe.

²³⁹ EUROPEAN COMMISSION. Data Protection Guide. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm>. Acesso em: 22 out. 2008.

²⁴⁰ Cf. BAUDRILLARD, Jean.. *Sociedade de consumo*, p. 71. Na avaliação do autor: “Agora, porém, é a empresa de produção que controla os comportamentos de mercado, dirigindo e configurando as atitudes sociais e as necessidades. Eis – pelo menos tendencialmente – a ditadura total da ordem de produção”.

O papel do consumidor no mercado é o de apenas responder aos estímulos inconscientes que a todo instante está submetido, ou seja, enquanto o marketing atua por meio de práticas comerciais que violam a principiologia do CDC e é protagonista da relação de consumo, o consumidor assume um papel passivo, de resposta, apenas.

Além de violação de privacidade e intimidade e concorrência desleal, as práticas aqui relatadas rechaçam a liberdade de escolha do consumidor e o pleno e livre acesso ao consumo, configurando prática comercial abusiva, nos termos do art. 6º, IV, e 39, incisos III, V e VII, do CDC.

Walter Ceneviva²⁴¹, desde 1991, já defendia que a liberdade de escolha do consumidor restara ameaçada quando os grandes fornecedores utilizavam mecanismos publicitários que visavam à dominação do mercado por meio do oferecimento de determinados bens e serviços.

Se naquela oportunidade já se falava em ausência de liberdade de escolha, não há como negar que, diante do atual quadro apresentado pelo marketing digital, a liberdade de escolha do consumidor e o pleno acesso ao consumo restam por demais debilitados. Primeiro, pela obrigatoriedade de fornecimento de dados pessoais para finalização de determinada compra. Segundo, pelo recebimento de ofertas personalizadas e diretas que interferem na livre escolha daquele que deseja buscar um produto ou serviço. Também não se pode deixar de mencionar que até os preços são manipulados quando o acesso ocorre pela rede *web*.

Atualmente, a compatibilidade entre os conceitos de exploração de atividade econômica e de liberdade de agir estão cada vez mais distantes, tudo isso em razão da manipulação dos desejos de consumo na atual sociedade. Os desejos de consumo estão sendo moldados, o que gera a alienação das populações, formando os mais diversos nichos e segmentos, que aparentemente são livres, mas ao contrário seguem condutas e padrões impostos pelos detentores de fortes marcas, domesticando o consumidor, longe da liberdade de escolha.

²⁴¹ CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*, p. 25.

Se levarmos em conta, por exemplo, que a mensagem subliminar alcança o nível abaixo do consciente do consumidor, não se pode afirmar que o consumidor adquiriu o produto ou serviço com plena liberdade de escolha e sensatez, sopesando suas necessidades básicas, sua capacidade financeira, seu nível de endividamento etc.

Certamente, a aquisição nestas condições torna a compra e venda viciada, em razão de não ter o consumidor optado livremente, pois não foi considerada sua livre capacidade de discernimento (independente de seu padrão de conhecimento), para aquisição daquele produto ou serviço nas condições publicitárias em que foi oferecido.

Referidos atos violam o direito básico do consumidor previsto no inciso IV do art. 6º do CDC.

Walter Ceneviva²⁴² bem analisa a questão:

A coerção publicitária, para ser caracterizada, exige constrangimento irresistível para o homem médio e capaz, que o force a consumo incompatível com o que ele realizaria em condições normais. Diz-se coercitivo o método que, constituindo uma espécie de violência psíquica, vicia a manifestação de vontade do consumidor.

As palavras de Jean Baudrillard²⁴³ retratam a necessidade do fornecedor ter pleno conhecimento de seu público consumidor:

Compreender as pessoas para por elas ser compreendido. Saber falar-lhes a fim de por elas ser ouvido. Saber agradar-lhes de modo a interessá-las. Numa palavra, saber vender-lhes um produto – o vosso produto. É o que chamamos a ‘comunicação’. Astúcia de comercialização? Não só. A jovem não tem o direito de gostar de Freud, engana-se e nós vamos impor-lhe, para seu bem, o que ela, o que ela secretamente aprecia. Toda a inquietação social e toda a repressão psicológica se encontram aqui. A publicidade, no conjunto, não confessa as coisas com tanta clareza. No entanto, mobiliza em cada instante idênticos mecanismos de controle caritativo e repressivo.

²⁴² CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*, p. 100.

²⁴³ BAUDRILLARD, Jean. *Sociedade de consumo*, p. 180.

Nessa linha de raciocínio é a lição de Carlos Alberto Menezes Direito²⁴⁴:

O que interfere com vigor na liberdade de escolher é a capacidade de discernimento, ou seja, a capacidade de dominar a sua vontade, apesar de seu meio. O homem capaz de exercer a sua vontade é capaz de livrar-se da influência de seu meio e, portanto, de gerenciar o seu próprio destino. Mas, é claro, para que isso ocorra, ainda que exista a disponibilidade do conhecimento e do domínio da vontade, é imperativo uma vigilância permanente e, ainda, a vida em uma sociedade que não multiplique o desejo de adquirir sempre mais bens e serviços, tanto quanto a criatividade humana possa ofertar.

Nesse enfoque se percebe que o comportamento humano é ditado pela sociedade de consumo, que por sua vez interfere de maneira intensa na própria liberdade de escolha, que acaba, por óbvio, rechaçada.

O consumo consciente é o grande mote da defesa do consumidor contemporâneo. É necessário que o consumidor tenha pleno domínio das razões porque escolheu um ou outro produto, serviço ou marca. Ademais, deve ser clara a informação de como estes produtos são fabricados, os padrões de qualidade utilizados, o respeito ao meio ambiente, a não utilização de mão-de-obra infantil, pois só assim atingirá a real liberdade de escolha.

Atualmente, contudo, não há espaço para que o consumidor opte realmente pelo que quer consumir, pois é bombardeado por propostas incríveis e personalizadas, que o fazem sentir-se inferiorizado caso não consuma determinado produto.

O discernimento cede lugar ao desejo manipulado e impede a reflexão consciente da necessidade ou do valor de determinado produto ou serviço. Ademais, o próprio acesso a determinados sites e a busca de informações sobre determinado assunto está com a liberdade ameaçada, pois os consumidores estão descobrindo que todos os seus acessos estão sendo monitorados e, diante disso, sua liberdade de agir no mundo virtual está logicamente sendo tolhida. Qual o consumidor que,

²⁴⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A proteção do consumidor na sociedade da informação: atualidades e perspectivas. *BDJur*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9124>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

sabendo que está sendo vigiado, buscaria na rede informações sobre um novo remédio para a doença que lhe acomete e que deseja manter em sigilo?

Para que o mercado seja saudável em termos de competitividade, livre concorrência e livre iniciativa, o consumidor deve ser soberano em suas escolhas, longe de influências tentadoras que atuem no inconsciente, guiado, portanto, por falsos desejos de consumo.

Neste ponto tem pertinência mencionar que o mercado atual foi construído pelas técnicas de marketing, mas não se sabe ao certo se os produtos atualmente consumidos refletem o real anseio da população.

Assim, cabe ao Estado exigir a observância da lei e aplicar sanções aos fornecedores que atuem no mercado por meio de práticas ilícitas, estabelecer mecanismos para que prestem informações de como os seus produtos são fabricados e disponibilizados no mercado, como obtiveram os dados dos consumidores etc. Ao consumidor compete exercer seu papel de cidadão e vigiar suas próprias condutas, evitando a falência do sistema de proteção do consumidor e de sua própria saúde econômica.

Os gostos e afinidades dos consumidores são construídos por criteriosos mecanismos de formação de perfis, levando o consumidor a acreditar que realmente necessita do produto que está sendo oferecido. Não é à toa que as páginas iniciais de sites de comércio eletrônico moldam-se automaticamente aos principais gostos do consumidor, evitando que “perca tempo” na busca de outros, gerando a chamada compra por impulso, irrefletida e muitas vezes desnecessária.

A liberdade de escolha também está ausente na medida em que não há espaço para uma concorrência séria e leal entre fornecedores, que destroem a livre manifestação e desejo de consumo de determinado produto em razão da customização e da rápida e veloz oferta de novos produtos e serviços no mercado.

A ideia de consumo apenas do que é útil e necessário não é a que se pretende defender, pois, como é cediço, cada um alcança a felicidade de forma

diversa de outro e possui necessidades diferentes. Produtos considerados não essenciais também podem ser adquiridos, porém o consumidor deve sentir-se livre e consciente o bastante para fazer as suas escolhas, não por meio dos desejos manipulados ou de invasão de sua privacidade justo para fazer com que determinado produto chegasse ao seu conhecimento.

Dessa assertiva conclui-se que não há liberdade de escolha, mas sim um processo de adesão a condutas, produtos e serviços impostos ao consumidor, em razão de o marketing digital estimular o processo de aceleração do consumo inconsciente e, na medida que o consumidor tente se “desviar”, acaba sentindo-se inferiorizado e punido pela própria coletividade.

Lúcia Santaella²⁴⁵ faz uma interessante análise do filme Matrix e afirma que se trata de um “mundo virtual em que a mente de todos os seres humanos está aprisionada em um sonho interminável, que simula a vida real, sonho este controlado por programas computacionais”.

Nas suas observações a autora ainda destaca que no contexto de “Matrix” a humanidade está escravizada em razão da tecnologia, pois vive uma realidade simulada e cercada de roubos de informações. No filme, percebe-se que a sociedade apenas será salva se a mente humana for libertada, pois se encontra aprisionada ao computador, à realidade meramente virtual.

Nota-se, pela descrição do filme em comento, que a atual sociedade de consumo pode ser equiparada à de “Matrix” em razão da ausência de percepção do consumidor sobre as técnicas difundidas pelo marketing, capazes de influenciar mentes e decisões. O filme demonstra que uma mente alienada e escravizada é incapaz de perceber o próprio meio em que vive, o que acaba por viciar a livre manifestação de vontade, em razão da absoluta falta de transparência.

Na época em que o filme foi divulgado, o retrato da situação ali trazida parecia distante da sociedade atual, no entanto, com a liberdade de escolha

²⁴⁵ SANTAELLA, Lúcia. *Navegar no ciberespaço: o perfil cognitivo do leitor imersivo*. São Paulo: Palus, 2004, p. 125.

cerceada e com mecanismos que perseguem nossos acessos, não há dúvidas de que a sociedade está escravizada em razão da existência de práticas abusivas desenvolvidas no mercado de consumo pelas constantes evoluções tecnológicas que o ordenamento jurídico não pode ignorar.

Liberdade de escolha, com efeito, não significa possibilidade de encontrar um sem-número de diferentes produtos nas prateleiras de lojas e supermercados, virtuais ou não, nem distingui-los por seus distintos rótulos e outras qualidades desnecessárias. Liberdade de escolher implica discernimento para reagir a tantas técnicas de marketing digital que favorecem uma falsa diferenciação entre os produtos e que leva à ideia de que o consumidor tem uma gama de opções em sua volta. Liberdade de escolha é buscar o melhor produto ou serviço e não ser invadido por inúmeras ofertas de bens que o fornecedor acredita que sejam de seu gosto, pois captou ocultamente informações de seu computador, não raro, de forma desautorizada. Liberdade de escolha também alude à possibilidade de o consumidor realizar uma busca de informações em um site e receber como resultado as melhores e mais sérias informações sobre o produto pesquisado e não se deparar com a publicidade de um fornecedor que pagou mais e melhor para que o seu portal aparecesse em destaque e na primeira página do Google, por exemplo. Liberdade de escolha é também ter livre acesso ao mercado de consumo sem a obrigatoriedade de fornecimento de dados pessoais irrelevantes para a finalização da transação.

J. Edward Gerard, desde 1963, já dizia que o conceito de compradores não coagidos seria “a heterogênea massa do público com a capacidade de escolher, voluntariamente, cada dia, os veículos de informação que prefere comprar”.²⁴⁶

No tocante ao envolvimento do consumidor com as ofertas e a falta de discernimento, Luciana Salazar Salgado²⁴⁷ destaca:

²⁴⁶ GERARD, J. Edward. *A responsabilidade social da imprensa*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1963, p. 09.

²⁴⁷ SALGADO, Luciana Salazar. Armadilhas as inclusão personalizada, feitas ‘só para você’. In: ANTAS JUNIOR, Ricardo Mendes (org.). *Desafios do consumo*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2007, p. 208.

Com isso, vamos nos amarrando à teia. À medida que as coisas se espalham, elas mesmas com novos traços se reapresentam e, para continuar fazendo parte, consumimos essas 'diferenciações'. Estranha inclusão num sistema que se alimenta de nosso enredamento.

Adiante, observa a citada autora:

De dentro do mundo do consumo vemos que há quem esteja fora dele. E tememos isso. Penso que tememos ficar de fora e também que os que já estão de fora invadam nossa praia. Visto assim, parece plausível perguntarmo-nos quanto somos incluídos ou aprisionados; quanto participamos ou somos cooptados; quanto sonhamos e conquistamos ou somos seduzidos e formatados.²⁴⁸

As técnicas de marketing digital citadas ditam o percurso do consumo. Pois bem, onde está a liberdade de escolha no mercado? Por tudo o que já foi exposto, pode-se afirmar que a abusividade nas relações de consumo certamente foi o que o CDC visou suprimir, razão pela qual traçou premissas e mecanismos de proteção para eliminar ou ao menos mitigar os danos à parte vulnerável na relação de consumo. É o que se depreende da disciplina, por exemplo, do artigo 39 do mesmo código, que enumera práticas já consideradas abusivas, sem excluir a possibilidade de reconhecimento de outras que possam ser desenvolvidas pelo fornecedor.

A propósito, o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Direito Econômico, e em observância ao art. 56 do Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, expediu a Portaria nº 5, de 27 de agosto de 2002, que, embora assevere complementar o elenco de cláusulas abusivas constante do art. 51 do CDC, considera como abusivas, as seguintes condutas: (i) aquela que autorize o envio do nome do consumidor e/ou de seus garantes, a bancos de dados e cadastros de consumidores, sem comprovada notificação prévia; (ii) aquela que imponha ao consumidor, nos contratos de adesão, a obrigação de manifestar-se contra a transferência, onerosa ou não, para terceiros, dos dados cadastrais confiados ao

²⁴⁸ SALGADO, Luciana Salazar. Armadilhas as inclusão personalizada, feitas 'só para você'. In: ANTAS JUNIOR, Ricardo Mendes (org.). *Desafios do consumo*, p. 217.

fornecedor; (iii) aquela que autorize o fornecedor a investigar a vida privada do consumidor.

Portanto, ainda que o CDC não enumere, no rol do artigo 39, as práticas aqui tidas como abusivas, a citada Portaria nº 5/2002, bem como a descrição das atuais técnicas de marketing e formas ocultas de captação de dados, são claras no tocante à caracterização da abusividade.

Como já destacado, o Decreto Estadual nº 53.921 (Estado de São Paulo), de 30.12.2008, considera prática comercial abusiva o condicionamento do fornecimento de produto ou serviço: (i) à exclusão ou não-inserção do número de linha telefônica no cadastro; (ii) à outorga da autorização para recebimento de ligações de caráter publicitário.

Nota-se, portanto, que a intenção do legislador, por óbvio, foi a proteção da liberdade de escolha e do acesso ao consumo.

6.5 PRIVACIDADE EM AMBIENTE ELETRÔNICO: PROJETOS DE LEI EM TRÂMITE

O tema da evolução tecnológica e direito à privacidade é uma preocupação mundial. A Comunidade Europeia, em especial, tem servido de exemplo para que outros países estabeleçam regras de conduta para a sociedade digital.

No Brasil, além da principiologia do diploma legal de proteção e defesa do consumidor – parte mais frágil da relação de consumo –, existem inúmeros projetos de lei que tratam a questão, a maioria, vale destacar, tenta disciplinar as informações capturadas e mantidas por meio eletrônico de dados, ambiente onde se insere o marketing digital, objeto deste estudo.

A título de informação, alguns desses projetos de lei são a seguir citados²⁴⁹:

PL 672/1999 - Dispõe sobre o comércio eletrônico. Apenso PL 4.906 – Câmara Deputados;

PL 1.589/1999 - Dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital, e dá outras providências. Apensado PL - 1.483/1999.

PL 1.532/1999 - Dispõe sobre a elaboração e arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos.

PL 3.016/2000 - Dispõe sobre o registro de transações de acesso a redes de computadores destinados ao uso público, inclusive a Internet.

PL 3.360/2000 - Dispõe sobre a privacidade de dados e a relação entre usuários, provedores e portais em redes eletrônicas.

PL 3.366/2000 - Dispõe sobre a oferta de serviços através de redes de informação.

PL 3.891/2000 - Dispõe sobre o registro de usuários pelos provedores de serviços de acesso a redes de computadores, inclusive à Internet ou *crackers*. Apensados PL-3.016/2000, PL 6557/2002

PL 4.031/2001 - Dispõe sobre a publicação de resultados de pesquisas de opinião pública. Explicação da Ementa: Obrigando as empresas responsáveis pela pesquisa de opinião pública a divulgarem, pela Internet, os parâmetros para realização das pesquisas sujeitando aquelas que desobedecerem a lei multa de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Apensado PL 200/1991.

PL 4.906/2001 - Dispõe sobre o comércio eletrônico. Apensados PL 1.483/1999, PL 6.965/2002 e PL 7.093/2002.

PL 4.972/2001 - Dispõe sobre o acesso à informação da internet, e dá outras providências. Apensado PL-3.016/2000.

PL 5.403/2001 - Dispõe sobre o acesso a informações da Internet, e dá outras providências. Apensados PL 3.016/2000 e PL 18/2003.

²⁴⁹ CÂMARA BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. Disponível em: <http://www.camara-e.net/projetos_de_lei.asp>. Acesso em: 15 fev. 2009. Também: CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de lei e outras proposições. <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 15 fev. 2009.

PL 6.541/2002 - Acrescenta o art. 153-A ao Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, incluindo como crime passível de pena a divulgação ou comercialização de endereços e dados pessoais sem a devida autorização.

PL 6.891/2002 - Estabelece normas para a proteção e tratamento dos dados pessoais e dá outras providências. - Apensado PL 3.494/2000.

PL 7.093/2002 - Dispõe sobre a correspondência eletrônica comercial, e dá outras providências. Apensado PL-4.906/2001

PL 7.461/2002 - Dispõe sobre a obrigatoriedade dos provedores de acesso a Internet manterem cadastro de usuários e registro de transações. Apensado PL-3.016/2000.

PL 95/2003 - Dispõe sobre a privacidade na Internet.

PL 123/2003 - Veda a transmissão a terceiros de dados relativos a pessoas naturais e jurídicas.

PL 306/2003 - Acrescenta artigo à Lei nº 8.078, de 11 setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), tipificando como crime a manutenção de informações negativas sobre consumidor em cadastros, banco de dados, fichas ou registros por período superior a cinco anos.

PL 367/2003 - Coíbe a utilização de mensagens eletrônicas comerciais não solicitadas por meio de rede eletrônica.

PL 473/2003 - Dispõe sobre serviços cadastrais de consumidores.

PL 757/2003 - Proíbe as prestadoras dos serviços móvel celular e móvel pessoal de utilizarem o serviço de mensagem para a veiculação de propaganda comercial. Apensado PL 2.766/2003.

PL 2.186/2003 - Dispõe sobre o envio de mensagem não solicitada por meio de redes de computadores destinadas ao uso do público. Apensado PL 2.423/2003.

PL 2.348/2003 - Altera o artigo 151 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, incluindo como crime a divulgação, transmissão e utilização indevida de conteúdo de correspondência, telefonemas ou outras comunicações interceptadas sem a autorização do destinatário.

PL 2.423/2003 - Dispõe sobre procedimentos de invasão de computadores e envio de mensagem eletrônica não solicitada (*spam*), por meio da Internet. Apensado PL-2.186/2003.

PL 2.766/2003 - Proíbe o envio de mensagens de texto em celulares sem prévia autorização do usuário e dá outras providências. Apensado PL-757/2003.

PL 21/2004 - Disciplina o envio de mensagens eletrônicas comerciais.

PL 36/2004 - Dispõe sobre mensagens não solicitadas no âmbito da rede mundial de computadores (Internet).

PL 87/2004 - Modifica a Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, para oferecer garantias de privacidade aos usuários de programas de computador.

PL 5.958/2005 - Tramitando em conjunto (Apensado PL 836/03) - Disciplina a atuação dos bancos de dados de proteção ao crédito e de relações comerciais, bem como sua relação com os cadastrados, fontes de informações e consulentes, e dá outras providências - Altera a Lei nº 9.492, de 1997 (Lei nº 9.841, de 1999) e a Lei nº 10.169, de 2000.

PL 5.961/2005 - Tramitando em conjunto (Apensado PL 836/03) - Disciplina a atuação dos bancos de dados de proteção ao crédito e de relações comerciais, bem como sua relação com os cadastrados, fontes de informações e consulentes.

PL 5.870/2005 - Tramitando em conjunto (Apensado PL 836/03) - Disciplina os bancos de dados de proteção ao crédito e de relações comerciais, bem como sua relação com os cadastrados, fontes de informações e consulentes. Explicação: permitindo a coleta e o manuseio, pelos bancos de dados, de informações do cadastro negativo (inadimplemento) e cadastro positivo (adimplemento) de obrigações do consumidor.

PL 866/2007 - Tramitando em conjunto (Apensado PL-2.387/2003) - Assegura o direito a intimidade e a privacidade das pessoas usuárias de serviços de telefonia, quanto ao recebimento de ligações de empresas prestadoras de serviço de telemarketing, e dá outras providências.

PL 2.899/2008 - Obriga as operadoras de telefonia fixa e móvel ao pagamento de multa em razão de danos decorrentes da ineficiência em garantir a privacidade de seus usuários.

Ainda, merece destaque o artigo 5º do Projeto de Lei nº 1.589/99, que assim dispõe:

Art. 5º. O ofertante somente poderá solicitar do destinatário informações de caráter privado necessárias à efetivação do negócio oferecido, devendo mantê-las em sigilo, salvo se prévia e expressamente autorizado a divulgá-las ou cedê-las pelo respectivo titular.

§ 1º. A autorização de que trata o *caput* deste artigo constará em destaque, não podendo estar vinculada à aceitação do negócio.

Por fim, é importante mencionar que a maioria dos projetos de lei retrocitados visam caracterizar e determinar condutas eletrônicas como abusivas. No entanto, entende-se que bastaria a aplicação das disposições já contidas na Lei 8.078/90 que se mostram suficientes para a proteção e defesa do consumidor na Era Digital.

7 CONCLUSÃO

Indubitável que a sociedade de consumo atualmente vive o problema da necessidade de conciliar evolução tecnológica e proteção e defesa do consumidor, este último, que o legislador, por princípio, considerou a parte vulnerável das relações de consumo.

Tendo a sociedade de consumo como pano de fundo e foco na proteção da figura do consumidor, o estudo dedicou-se a evidenciar o problema da crescente e dinâmica revolução digital em matéria de marketing e o distanciamento entre as técnicas desenvolvidas e o ordenamento jurídico, precisamente o Código de Defesa do Consumidor.

O direito à privacidade revelou-se como o maior problema merecedor de atenção não apenas do Estado, mas dos próprios agentes do mercado publicitário, que ao desenvolverem novas técnicas de oferta de produtos e serviços customizados descaram da necessária privacidade do consumidor. Necessitamos, como se viu, de instrumentos informáticos idôneos para que o exercício da atividade econômica tecnológica esteja de acordo com o artigo 170, da Constituição Federal e com o Código de Defesa do Consumidor.

Note-se que a oferta de produtos customizados não é o cerne do problema, mas sim a afronta aos direitos constitucionais e aos direitos básicos do consumidor quando o fornecedor decide produzir determinado bem – produto ou serviço – de acordo com perfis traçados por meios não transparentes de captura de dados e informações pessoais.

A “digitalização da personalidade”, termo bem empregado por Tércio Sampaio Ferraz Junior, além de ser construída em bases ilícitas (técnicas de marketing digital que ocultamente perseguem o consumidor em seus acessos à rede) gera consequências contrárias ao ordenamento jurídico, na medida em que lhe

impõe a obrigatoriedade de instalação de programas ou o obriga a responder extensos questionários, limitando o acesso amplo ao mercado de consumo e a plena liberdade de escolha.

O consumidor, outrossim, precisa ter acesso ao consumo de forma consciente, longe de persuasões e manipulações, pois só dessa maneira é que se pode dizer que está garantida a sua livre participação no mercado, ou seja, detém a liberdade de escolha.

A proliferação de bancos de dados e a absoluta falta de controle sobre o “local” onde podem estar registradas as informações mais íntimas do consumidor-internauta, seus acessos, suas compras, ruas ou pesquisas realizadas, comprovam a necessidade de criação de efetivas medidas pautadas nos princípios das relações de consumo, suficientemente aptas a tratar da questão e limitar a ingerência dos fornecedores na vida das pessoas. O respeito a estes preceitos é a exata medida que o ordenamento jurídico necessita para fazer valer os direitos do consumidor e, assim, evitar que a sociedade de consumo se transforme em uma sociedade perniciosa no tocante à proteção da privacidade, garantia constitucionalmente prevista e esteio do Estado Democrático de Direito.

As práticas comerciais destacadas neste trabalho são claramente abusivas e vedadas pelo artigo 39 do CDC, que apresenta um rol meramente exemplificativo em sua redação, justo para evitar o engessamento do microssistema. Essa intenção do legislador consumerista abre a possibilidade de reconhecimento de novas práticas consideradas abusivas, em razão da evolução da sociedade ante princípios e cláusulas gerais previstos no mesmo diploma legal (Lei nº 8.078/90).

Nas questões aqui debatidas foi possível observar que informações de caráter público, disponíveis no Diário Oficial, por exemplo, de acordo com o regime espanhol, poderiam estar contidas em banco de dados, no entanto, melhor seria excluí-las, mediante justificativa, de determinados cadastros que permitem o acesso via sites de busca como o Google, o Yahoo etc. Assim, eventual informação sobre remédio fornecido pelo Estado a um portador de doença rara, poderia ser passível

de oposição por parte do titular, em razão da possibilidade de criação de determinado perfil moral do indivíduo, gerando atos discriminatórios, por exemplo.

Diante disso, conclui-se que mesmo um dado público pode ser considerado sensível, pois é passível de discriminação de seu titular perante a sociedade, merecendo proteção e cautela na manipulação, divulgação e transferência pelos detentores destes dados.

Outro ponto importante alude ao prazo de manutenção de dados pessoais do consumidor em cadastros, arquivos, “ficheiros” etc, que deve compreender apenas o período em que a compra puder gerar algum efeito para o fornecedor do produto ou serviço, tal como compensação bancária, prazo de devolução, prazo de garantia legal e contratual, entre outros aspectos relacionados à aquisição do bem. Assim, a manutenção ou o aproveitamento, às vezes por longos anos, do histórico de compras de um consumidor ou de suas informações pessoais configurará abuso de direito e prática comercial abusiva, já que a conservação de referidos dados não tem qualquer pertinência com a segurança da transação.

Mister se faz ressaltar que a verificação da ocorrência de violação de privacidade ou de mera solicitação de informações para a segurança de uma compra e venda encontra limites nos princípios destacados neste trabalho. Assim, a privacidade será considerada rechaçada se a coleta de dados e o rastreamento de hábitos do consumidor não ocorrerem de forma transparente, devidamente pautados em princípios de confiança, lealdade e boa-fé. Do mesmo modo, haverá ilicitude se as informações coletadas não tiverem relação com a compra virtual, neste caso, entende-se caracterizada a violação ao Código de Defesa do Consumidor.

No mais, como destacado na seção em que se discorreu sobre a liberdade de escolha, não se pode admitir como lícita a negativa de venda de um produto ou serviço na hipótese de o consumidor recusar-se a declarar algum dado pessoal que não tenha relação com a aquisição (como por exemplo: afinidades), configurando uma prática comercial abusiva.

Conclui-se, portanto, que a evolução tecnológica está apta a devassar a vida do indivíduo e não encontra limites territoriais para a transferência, comercialização e interpretação equivocada dos dados que garimpa.

Diante dessa realidade é possível afirmar que as ilicitudes serão mitigadas se o fornecedor prestar informações transparentes e precisas de como capta, armazena e utiliza as informações coletadas; o prazo que as mantém e a forma como são descartadas; a possibilidade ou não de correção destes dados, bem como verificar se o Estado intensifica condutas (sendo desnecessário nova legislação) na proteção e defesa do consumidor, aplicando, evidentemente, sanções aos infratores.

De todo o exposto extrai-se que a proteção dos dados e a privacidade do consumidor é mais um desafio do consumo contemporâneo. Bem por isso, não poderá o Direito, guardião da sociedade, da paz e do bem comum, fechar os olhos para as práticas que se desenvolvem no mundo virtual em nome da acirrada competitividade e do lucro. Mais, as garantias fundamentais constitucionalmente expressas – privacidade, liberdade de escolha e de expressão, intimidade, honra e vida privada, dignidade e igualdade – não podem caminhar a reboque da devassa digital na vida de pessoas, consumidores de fato ou em potencial, em nome da idolatria do mercado. É preciso compreender, pois, ao priorizar o controle da transferência e manipulação de dados por quaisquer atores dos balcões virtuais de negócios, que o consumidor é quem deve “ser” o protagonista dessa relação e que, para tanto, não necessita “ser” invadido tecnologicamente.

REFERÊNCIAS

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Disponível em: <<https://www.agpd.es/portaIweb/index-ides-idphp.php>>. Acesso em: 10 fev. 2009.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 14, p. 20-28, 1995.

ANDERSON, Chris. *The long tail*. A cauda longa – do mercado de massa para o mercado de nicho. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

ARAÚJO, Clarice Von Oerizen de Araújo. Teoria Geral do Direito como teoria fundamental de cunho fenomenológico. [Mestrado em Direito das Relações Sociais]. São Paulo: PUC/SP, 1º semestre 2008.

ARCE, Érika Tinajejeros. Protección del Conumidor en el Mercosur: primeiras observaciones sobre publicidad y oferta en el comércio eletrônico. *Revista de Derecho Informático*. Argentina, Alfa Redi, n. 78, janeiro 2005. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=983>>. Acesso em 06 fev. 2009.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MARKETING DIRETO. Boas maneiras nas ações de e-mail markeging. 2007. Disponível em: <<http://www.abemd.org.br/AutoRegulamentacao/BoasManeiras.aspx>>. Acesso em: 04 out. 2008.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Roberth H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* n. 45. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

BAUDRILLARD , Jean. *Sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70 - Arte e Comunicação, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. A repressão penal aos desvios do marketing. *BDJur*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8839>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Biblioteca de Direito do Consumidor, n. 25).

BLUM, Renato M. S.; BRUNO, Marcos Gomes da Silva. *O novo Código Civil e as relações jurídicas virtuais*. 18.11.2003. Disponível em: <http://www.opiceblum.com.br/lang-pt/02_artigos_a022.html>. Acesso em: 30 set. 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 369.939. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgado em 04.06.2000. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 04 fev. 2009.

BRASILANTISPAM. Cartilha AntiSpam. Disponível em: <<http://www.brasilantispam.com.br/main/cartilha.htm>>. Acesso em: 04 out. 2008.

BRASILANTISPAM. Código de Ética AntiSPAM e Melhores Práticas de Uso de Mensagens Eletrônicas. Disponível em: <<http://www.brasilantispam.com.br/main/codigo.htm>>. Acesso em: 04 out. 2008.

CALAZANS, Flávio Maria de Alcântara. *Propaganda subliminar multimídia*. 6. ed. São Paulo: Summus, 1992.

CÂMARA BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. Disponível em: <http://www.camara-e.net/projetos_de_lei.asp>. Acesso em: 15 fev. 2009.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de lei e outras proposições. <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 15 fev. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de Direito do Consumidor* n. 46, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CASUSOL, Jean Paul Calle. *Responsabilidade Civil por publicidade falsa o enganosa*. Peru: Ara Editores, 2002.

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTAS E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL. Cartilha de Segurança para Internet. 3.1. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br>>. Acesso em: 30 set. 2008.

CERVIÑO, Alberto Casado. *Derecho de marcas y protección de los consumidores – El tratamiento del error del consumidor*. Madri: Tecnos, 2000.

COBRA. Marcos. *Consultoria em Marketing*. São Paulo: Cobra, 2003.

CORREA, Rodrigo Stefani. *Propaganda Digital: em busca da audiência através de sites multimídia na Web*. 1. ed. (2003), 4ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

CORREIA, Miguel Pupo. *Contratos a distância: uma fase na evolução da defesa do consumidor na Sociedade de Informação?* Estudos de Direito do Consumidor n. 04. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, 2002.

COSTA. Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.

COUTINHO, Marcelo. Marketing e comunidades digitais: do discurso ao diálogo . *Revista da ESPM*. Abril de 200?. Disponível em: <www.ibope.com.br>. Acesso em: 21 ago. 2008.

DESCARTES, René. *Carta-Prefácio dos Princípios da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DINIZ, Maria Helena . *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A Proteção do consumidor na sociedade da informação: atualidades e perspectivas. *BDJur*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9124>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

_____. Os direitos da personalidade e a liberdade de informação. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro, v. 23, p. 31-42, maio/ago. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/6754>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

DONEDA, Danilo . *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais: panorama global e desafios para o Brasil*. p. 19-20. Disponível em: <<http://ce.desenvolvimento.gov.br/dataprotection>>. Acesso em: 10 fev. 2009.

DONINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOWBOR, Ladislau. Consumo Inteligente. In: ANTAS JUNIOR, Ricardo Mendes (org.). *Desafios do Consumo*. Petrópolis: Vozes, 2007.

ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade Patológica na Internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

EUR-lex. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:PT:HTML>>. Acesso em: 26 jan. 2008.

EUROPEAN COMMISSION. Data Protection Guide. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm>. Acesso em: 22 out. 2008.

EUROPEAN COMMISSION. Grupo de trabalho do artigo para a protecção de dados. Programa de trabalho 2008-2009. 18.02.2008. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2008/wp146_pt.pdf>. Acesso em: 22 out. 2008.

FADEL, Marcelo Costa. Breves Comentários ao Código de Auto-Regulamentação Publicitária do Conar. *Revista de Direito do Consumidor* n. 50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade Abusiva – incitação à violência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. *Publicidade abusiva*. [Aula ministrada na Disciplina Práticas Comerciais e Publicidade no CDC. Curso de Especialização em Relações de Consumo]. São Paulo: PUC/SP-COGEAE, 09 ago 2008.

FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). *Direito e Internet: relação jurídica na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GERARD, J. Edward. *A responsabilidade social da imprensa*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1963.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada pelegri et al. (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HTMLSTAFF. Cartilha de Segurança para Internet. Versão 2.0. 11.03.2003. Disponível em: <<http://www.htmlstaff.org/cartilhaseguranca/cartilha-index.html>> Acesso em: 08 out. 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Notícias, Internet, IBOPE//NetRatings, IBOPE Inteligência - Área: Notícias\Press Releases\2007. 18.01.2008. Disponível em: <www.ibope.com.br>. Acesso em: 21 ago. 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Millward Brown. 21.08.2008. Disponível em: <www.ibope.com.br>. Acesso em: 12 fev. 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Pesquisas. 16.01.2009. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=6&proj=Port>>

allBOPE&pub=T&db=cald&comp=pesquisa_leitura&nivel=null&docid=9457B242579C653A832575400043B82D>. Acesso em: 09 fev. 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. Notícias. 26.01.2009. Disponível em:

<http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=6&proj=PortallBOPE&pub=T&db=cald&comp=pesquisa_leitura&nivel=null&docid=17FFBC82352731D38325754A005F0EB9>. Acesso em: 18 fev. 2009.

JAKOBY, Marjorie. *Vida Privada como conceito legal indeterminado: paradigmas para sua determinação*. 2004, 234f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

KOTLER, Philip. *Marketing para o Século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*. São Paulo: Futura, 1999.

LABRUNIE, Jacques. Conflitos entre nomes de domínio e outros sinais distintivos. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*. vol II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*. Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. A inviolabilidade de correspondência na internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*. vol. I, 2ª. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Informática, Cyberlaw, E-Commerce. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*, vol. I. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *“Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. vol.I. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. _____. vol.II. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

M&MONLINE. Notícia. 23.08.2005. Disponível em:
<http://www.meioemensagem.com.br/novomm/br/Conteudo/?Brasil_e_quarto_pais_no_ranking_dos_spams>. Acesso em: 14 fev. 2009.

M&MONLINE. Notícia. Disponível em:
<http://www.meioemensagem.com.br/novomm/br/conteudo_maiusculo/index.jsp?Brasil_e_o_sexto_maior_emissor_de_spam_no_mundo>. Acesso em: 13 fev. 2009.

MAIA, Raphaella. Teclados comuns permitem espionar a distância. 22.10.2008. *Yahoo.Brasil.Tecnologia*. Disponível em:
<<http://br.tecnologia.yahoo.com/article/081022/7/gjtvim.html>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

MALFATTI, Alexandre David. *Direito-Infomação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; MIRAGEM, Bruno; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade Civil por acidente de consumo na internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 35).

MARTINS, José S. *O poder da imagem: o uso estratégico da imagem criando valor subjetivo para a marca*. São Paulo: Intermeios, Comunicação e Marketing: 1992.

MENSAGEM SUBLIMINAR ONG. Disponível em:
<<http://www.mensagensubliminar.com.br/conteudo.php?id=LTM4OC44NQ>>. Acesso em: 10 out. 2008.

NASCIMENTO, Sônia Maria Moro do. *O nível subliminar na percepção: os subsentidos da mensagem publicitária*. 2008, 168f. Tese (Doutorado em Comunicação e Semiótica)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial. Proteção e limites na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Contratos no Código Civil. In: NETTO, Franciulli; MENDES, Domingos Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coords.). *O Novo Código Civil – Homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006, p. 418-464.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 (Coleção Perspectivas de Direito Privado, v.1).

OLIVEIRA, Elsa Dias. *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*. Coimbra: Almedina, 2002.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2000.

PEREIRA, Cláudia. *Mercado prepara Código de Auto-Regulamentação para e-mail marketing*. 14.08.2008. Disponível em: <http://www.propmark.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from_info_index=211&inford=47033&sid=6>. Acesso em: 04 out. 2008.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINHO, José Benedito. *Publicidade e vendas na Internet – técnicas e estratégias*. São Paulo: Summus, 2000.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade em ambiente de *Internet*. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*, vol. I. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. O pequeno irmão que nos observa: os direitos dos consumidores e os bancos de dados de consumo no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor* n. 53, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REINALDO FILHO, Demócrito. *Decisão norte-americana firma jurisprudência no uso de metatags*. Notícia de 03.12.2002. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 10 jul. 2008.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O princípio da transparência no Direito Europeu dos contratos*. Estudos de Direito do Consumidor nº 04. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70003519782. 11ª Câmara Cível. Relator Des. Voltaire de Lima Moraes. Julgado em 19.06.2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70003519782&num_processo=70003519782>. Acesso em: 10 fev. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Cível nº 71001280536. Terceira Turma Recursal Cível. Turmas Recursais. Relator Des. Carlos Eduardo Richinitti. Julgado em 07.08.2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71001280536&num_processo=71001280536>. Acesso em: 10 fev. 2009.

SALGADO, Luciana Salazar. Armadilhas as inclusão personalizada, feitas 'só para você'. In: ANTAS JUNIOR, Ricardo Mendes (org.). *Desafios do Consumo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

_____. *Semiótica Aplicada*. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2002.

_____. *Navegar no ciberespaço – o perfil cognitivo do leitor imersivo*. São Paulo: Palus, 2004.

_____; WINFRIED, Noth. *Imagem: cognição, semiótica e mídia*. São Paulo: Iluminuras, 2005.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na Internet*. São Paulo: Método, 2001.

SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SCAROBOTO, Daiane. *Comunidades virtuais como grupos de referência nos processos decisórios do consumidor*. 2006, 155f. Dissertação (Mestrado em Administração)-Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

SCHERAIBER, Ciro Expedito. Mailing Lists e Direito do Consumidor. *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público*. São Paulo. ESMP, n. 04, julho 2002.

SILVA, Hélio. *Marketing: uma visão crítica*. São Paulo: Senac São Paulo, 2007.

STIGLITZ, Gabriel; MORELLO, Augusto M. *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses coletivos*. La Plata: Libreria Editora Platense, 1986.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. Defesa do Consumidor, Concentração industrial, reserva de mercado: perplexidades de um civilista atento ao noticiário. *Revista de Direito do Consumidor* n. 01. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1992.

VAZ, Conrado Adolpho. *Google Marketing – o guia definitivo do marketing digital*. 2. ed. São Paulo: Novatec, 2008.

VAZ, Patrícia Milano. O consumo internacional através dos provedores de acesso à Internet. *Revista de Direito do Consumidor* n. 52, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis B. Boston. The right to privacy. *Harvard Law Review*. Vol. IV. December 15, 1890. Disponível em: <http://www.lawrence.edu/fast/BOARDMAW/Privacy_brand_warr2.html>. Acesso em: 30 out. 2008.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

ALTERINI, Atílio Aníbal. Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, RT, n. 15, p. 05/19, 1995.

ALTMARK, Daniel R.; MOLINA, Eduardo. *Informática y Derecho – Aportes de doctrina Internacional – Régimen jurídico de los bancos de datos*. Buenos Aires: Desalma Buenos Aires, 1998. v. 06.

ANTAS JUNIOR, Ricardo Mendes (org.). *Desafios do Consumo*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

ASCENSÃO, J. Oliveira. *As funções da marca e os descritores (metatags) na Internet. Estudos de Direito do Consumidor*, n. 04. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE. Disponível em: <<http://www.abes.org.br>>.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. Disponível em: <<http://www.assespro.org.br>>.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE PUBLICIDADE. Disponível em: <<http://webserver.4me.com.br/wwwroot/abap/>>.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANUNCIANTES. Disponível em: <<http://www.aba.com.br>>.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MARKETIN DIRETO. Disponível em: <<http://www.abemd.org.br/>>.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROVEDORES DA INTERNET. Disponível em: <<http://www.site.abranet.org.br>>.

ASSOCIAÇÃO DE MÍDIA INTERATIVA. Disponível em:
<<http://ami-associacao-midia-interativa.br>>.

BORGES, Nelson. “*A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*”. Malheiros Editores, São Paulo: 2002.

BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE. Disponível em:
<<http://www.bsa.org>>.

CAMPOS, Diogo Leite de – “*A imagem que dá poder: privacidade e informática jurídica*” in “*Comunicação e defesa do consumidor*”. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996.

CARPENA, Heloisa. “*O consumidor no direito da concorrência*”. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CASSANO, Giuseppe (a cura di). “*Commercio elettronico e tutela del consumatore*”. Milano: Ed. Giuffrè Editore, 2003.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. “*Os ficheiros de crédito e a proteção de dados pessoais*”. Estudos de Direito do Consumidor nº 04. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito do Consumo, 2002.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. “*Da Boa fé no direito civil*”. Coimbra: Ed. Almedina, 2001.

FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em:
<<http://www.fecomercio.com.br>>.

FELLOUS, Beyla Esther. – “*Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia*”. Biblioteca de Direito do Consumidor nº 24. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. – “*Aspectos jurídicos do Comércio Eletrônico*”. Porto Alegre: Ed. Síntese, 2004.

FIUZA, Ricardo (coord.). “*Novo Código Civil Comentado*”. São Paulo: Ed. Saraiva: 1ª ed., 2002.

FRANCIULLI NETTO, Domingos, MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coords.). *“O Novo Código Civil – Homenagem ao Professor Miguel Reale”*, São Paulo: Ed. LTR, 2ª ed., 2006.

GADE, Christiane. *“Psicologia do consumidor e da Propaganda”*. São Paulo: Ed. rev. e ampl., Ed. Pedagógica e Universitária Ltda, 1998.

GARCÍA, Javier Cremades – *“Régimen Jurídico de Internet”*, Colección derecho de las telecomunicaciones. Madrid: Ed. La Ley Actualidad, S.A.), 2002.

GRECO, Marco Aurélio e MARTINS, Ives Gandra da Siva. (coords). *“Direito e Internet: relação jurídica na sociedade informatizada”*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros – *“Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto”*, Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 7ª. ed., 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires: 2006.

LUCCA, Newton de. – *“Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática”*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MANTELERO, Alessandro. – *“Attività di impresa in Internet e tutela della persona”*. Padova: Ed. CEDAM, 2004.

MARANHÃO, Jorge. – *“A arte da publicidade: estética, crítica e kitsch”*. São Paulo: Ed. Papyrus, 1988.

MARQUES, Cláudia Lima (coord.) - *“A nova crise do contrato”*, São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____; CAVALLAZZI, Rosângela Kunardelli (coords.). *“Direitos do Consumidor Endividado. Superendividamento e crédito”*. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 29, São Paulo: Ed. RT, 2006.

MONITOR DE PRIVACIDAD Y ACCESO A LA INFORMACIÓN EM AMERICA LATINA. Revista de Derecho Informático. Disponível em:
<<http://www.alfa-redi.org/privacidad/>>.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

PALAZZO, Antônio e RUFOLLO Ugo (a cura di). *“La tutela del navigatore in Internet”*. Milano: Ed. Giuffrè Editore, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva – *“Instituições de Direito Civil”*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

RIBEIRO, Mauricio Moura Portugal. *“O controle do uso da noção de ordem pública como limite à liberdade de contratar. Périplo do paradigma de dogmática contratual pós napoleônica”*. Dissertação de Mestrado – PUC/SP, 2002.

RODRIGUES, Cunha. – *“Informática e Reserva da Vida Privada”*. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996.

SANTAELLA, MANUEL. *“Introducion al derecho de la publicidad”*. Madrid: Editora Civitas S.A., 1982.

SILVA JUNIOR, Roberto Roland Rodrigues da.(coord) – *“Internet e Direito – Reflexões Doutrinárias”*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2001.

SILVA NETO, Amaro Moraes e – *“Privacidade na Internet – um enfoque jurídico”*, São Paulo: Edipro: 2001.

TARTUCE, Flávio. *“A função social dos contratos – Do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil”*, São Paulo: Ed. Método, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *“Direitos do Consumidor”*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.