IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

NOVAS TECNOLOGIAS, MELHORES PRÁTICAS E APORTES À EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS

T758
Trabalho, tecnologias, multinacionais e migrações: desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global [Recurso eletrônico on-line] organização IV Congresso De Estudos Jurídicos Internacionais e I Seminário Internacional De Pesquisa Trabalho, Tecnologias, Multinacionais E Migrações -TTMMs – Belo Horizonte;

Organizadores: Fabrício Bertini Pasquot Polido, Maria Rosaria Barbato e Natália das Chagas Moura – Belo Horizonte, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-671-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desafios contemporâneos e expansão dos direitos humanos na ordem democrática global

1. Trabalho. 2. Tecnologias. 3. Multinacionais. 4. Migrações. I. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34

IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

NOVAS TECNOLOGIAS, MELHORES PRÁTICAS E APORTES À EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS

Apresentação

Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações:

por que discutir os constantes desafios dos direitos humanos na ordem democrática global?

Fabrício B.Pasquot Polido

Maria Rosaria Barbato

Natália Das Chagas Moura

Debates contemporâneos sobre os desafios dos direitos humanos, suas teorias e agendas de resistência e transformação não poderiam ficar alijados da compreensão analítica em torno da relevância ou pertinência de temas transversais da globalidade e que hoje merecem atenção pela academia brasileira. Os múltiplos movimentos envolvendo pessoas, as forças laborais, o capital, e os produtos do intelecto, em escala global, não apenas ignoram fronteiras, padrões culturais ou referenciais morais e éticos, como sistematicamente a realidade prática e pragmática tem demonstrado. Eles igualmente escancaram o esgotamento das formas e procedimentos ditados pelo direito, suas instituições e narrativas.

Nas entrelinhas e encruzilhadas do repertório de atores, contextos e papéis reduzidos ao imaginário das crises cíclicas, da sucessão das fases do capitalismo (industrial, financeiro, tecnológico e informacional) ao longo dos séculos ou da banal “pós-modernidade”, florescem espaços e pontes de transição, sobretudo construídos a partir do trabalho crítico na academia e projetado para governos, legisladores, tribunais, e para a sociedade como um todo. Essa seria a proposta de repensar a permanência e a estabilidade dos direitos humanos como instrumentos transformadores e de irreversível apelo de tolerância. Entre seus desafios contemporâneos, dentro da própria reconceptualização e afirmação do Estado Democrático de Direito, certamente encontram-se a necessária integração entre o exercício de prerrogativas da cidadania e o resgate da humanidade que deve subsistir em todas as partes do globo, regiões ou localidades.

Com essa nota introdutória, a presente obra vem coligir os estudos coletivos elaborados para a o IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS JURÍDICOS e o I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM DIREITO "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações –"TTMMs": Desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global", eventos científicos realizados nos dias 18, 19 e 20 de abril de 2018, na cidade de Belo Horizonte, sob os auspícios do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Os agradáveis encontros de abril congregaram parceiros acadêmicos nacionais e internacionais que se engajaram em iniciativa inovadora e inclusiva de reflexão crítica no Direito e suas interfaces transdisciplinares.

As iniciativas aqui relatadas envolveram ações especialmente voltadas para disseminar a produção na área do Direito, evitando-se incorrer em quaisquer arbitrariedades formalistas que poderiam minar a relevância da dogmática como objeto de estudos no Direito ou vulgarizar o caráter laborativo que deve nortear a academia e as universidades brasileiras. Nesse sentido, em linha com os formatos de plenárias e sessões de discussão de trabalhos, os eventos destacaram a proposta de articular as dimensões políticas, regulatórias, sociais e normativas em torno dos movimentos gerados pelo eixo analítico "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – TTMMs", absolutamente inédito na América Latina.

A tarefa de coordenação acadêmica, tendo como plataforma inicial o tradicional e prestigiado Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com doutorado mais antigo em funcionamento no Brasil (desde 1932), seria a de proporcionar esse espaço de reflexão, agora registrado em obra publicada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Da mesma forma, a oportunidade criada pelos idealizadores veio a sediar a quarta edição do Congresso Internacional de Estudos Jurídicos, projeto acadêmico de iniciativa dos estimados colegas e professores Luciana Aboim e Lucas Gonçalves, da Universidade Federal do Sergipe - UFS, em continuidade à terceira edição do evento realizada em setembro de 2017, na cidade de Aracajú, Sergipe.

A centralidade do trabalho torna-se cada vez mais evidente nas sociedades de capitalismo central e periférico, haja vista os novos arquétipos que veem surgindo a partir da divisão internacional do trabalho, propiciado tanto pela intensa utilização das tecnologias digitais, bem como pelas migrações, muitas vezes provocadas pela nefasta prática do dumping social e ambiental.

Com o objetivo de proporcionar às leitoras e leitores o aprofundamento de temas contemporâneos no eixo investigativo "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – "TTMMs", o livro permitirá apresentar os desafios a serem enfrentados na interface com os

direitos humanos. Esperamos que os trabalhos aqui selecionados e sistematicamente organizados possam capitanear novas pesquisas temáticas e que respondam a demandas de investigação na academia, dentro da compreensão de dinâmicas e condicionantes que afetam e transformam a sociedade global no século XXI.

Belo Horizonte, outubro de 2018.

MARKETING E OFERTA ELETRÔNICA: ABUSIVIDADES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO NA INTERNET

MARKETING AND ELECTRONIC OFFER: ABUSE IN CONSUMER RELATIONS ON THE INTERNET

Abner da Silva Jaques [1]
Patricia Martinez Almeida [2]
Arthur Gabriel Marcon Vasques [3]

Resumo

No presente trabalho objetivou-se um estudo acerca do marketing eletrônico, problematizando a facilidade de cometimento de abusividades quando da veiculação de anúncios na internet. Justificou-se a pesquisa no sentido de que os abusos constantes em anúncios e as formas agressivas de levá-los ao consumidor resultam no cometimento de danos morais e materiais, bem como em ofensas ao direito à privacidade. Na consecução do estudo, a pesquisa pautou-se no método de abordagem hipotético-dedutivo, com base em pesquisas bibliográficas e documentais, concluindo, ao final, sobre necessidade de regulamentação normativa no tocante à veiculação de conteúdos publicitários, com caráter coercitivo.

Palavras-chave: Relação de consumo, Comércio eletrônico, Lojas virtuais, Internet, Direito do consumidor

Abstract/Resumen/Résumé

In the present work, a study was carried out on electronic marketing, discussing the ease of committing abusiveness in advertising on the Internet. The research was justified in the conception that the abuses in advertisements and the aggressive forms of taking them to the consumer result in the committing of moral and material damages, as well as in offenses to the privacy. In this study, the research was grounded on the hypothetical-deductive method, based on bibliographical and documentary research, concluding, in the end, about the need for normative regulation in relation to the publicity content, with a coercive feature.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consumer relationship, E-commerce, Virtual stores, Internet, Consumer rights

[1] Graduando do 9º semestre em Direito na UCDB/MS. Presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários de Direito, da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Mato Grosso do Sul.

[2] Doutoranda em Direito pela UFMS/USP. Professora Universitária na UCDB/MS.

[3] Graduando do 7º semestre em Direito na UCDB/MS. Presidente do Diretório Acadêmico Clóvis Beviláqua.

1. INTRODUÇÃO

Contemporaneamente a internet vem tomando um espaço de grande importância na vida da população global, tanto é verdade que hoje já podem ser considerados parte da sociedade digital. Enfrenta-se um tempo que os avanços tecnológicos passaram a integrar a essência dos seres humanos, prova disso é que esses instrumentos assumiram papel de relevância na área dos direitos humanos e fundamentais, caracterizando-se em uma espécie do gênero direitos humanos de quarta dimensão.

O dimensionamento paulatino do direito, atento aos avanços das relações sociais, possui tarefa fundamental na tutela dos interesses e direitos inerentes do homem. Assim, para honrar o compromisso com os direitos fundamentais, é necessário que haja a busca da responsabilização daqueles que se valem das novas tecnologias da informação e da comunicação de forma abusada e agressiva, precipuamente nas relações de consumo.

Assim, é de grande relevância o estudo acerca do controle da publicidade e dos limites que os fornecedores de serviços e mercadorias devem respeitar, a fim de se evitar abusos cometidos em meio à aldeia global. Cumpre registrar que no tópico 2 do presente artigo buscar-se-á elucidar o presente momento histórico, tendo como escopo os principais marcos responsáveis para que as relações de consumo e a publicidade fossem encaradas da forma que se vê nos dias atuais.

Por conseguinte, considerando que o tema do presente estudo caminha no sentido de verificar os limites da atuação do marketing e da publicidade nas relações mercantis no meio digital, o tópico 3 tratará sobre os instrumentos normativos responsáveis por assegurar a boa relação entre fornecedor e consumidor, bem como os caminhos para se buscar uma reparação, no caso de a experiência de consumo não entregar os resultados esperados e pactuados.

Para findar o corpo da pesquisa, o tópico 4 tratará acerca da efetiva prática de publicidade abusiva nas relações de consumo, mais especificamente quando essas se efetivarem no meio digital, lançando mão da internet como instrumento de concretização comercial. Evidenciará também as principais práticas consideradas inoportunas e abusivas e como solução tem-se a efetiva regulamentação das relações mercantis realizadas na internet.

Para a realização do trabalho, adotar-se-á o método de pesquisa hipotético-dedutivo, com base em pesquisas bibliográficas e documentais para que, como hipótese inicial, a premissa de que a internet é um espaço que deve ser regido sob os preceitos legais do direito civil e consumerista, a fim de que o avanço nas relações sociais envolvendo os meios

tecnológicos possam vir acompanhado pela boa convivência mútua, e resguardado de segurança jurídica, com normas pautas na coerção, não no aconselhamento.

2. PUBLICIDADE NO MERCADO DE CONSUMO

O consumo, como é apresentado no século XXI, guarda mínimas relações com o que se vivenciava nos primórdios da atividade mercantil. Antes, os atos de consumo eram regidos pela efetiva necessidade, ou seja, apenas se adquiria determinado bem se realmente fosse necessário, portanto tal comportamento interferia na velocidade e quantidade de peças produzidas pela indústria.

Com o advento da Revolução Industrial a ordem natural descrita acima se inverteu, passou-se a produzir as mercadorias mais depressa e em maiores quantidades, e para o escoamento de toda essa produção foi necessário alterar os hábitos e costumes do povo. Baseando o que fora dito alhures, e a fim de estruturar o próximo raciocínio, imperioso trazer os ensinamentos de Niall Ferguson (2012, p. 237) que, em sua obra 'Civilização', defende que o sucesso da Revolução Industrial, bem como a disseminação dessa nova visão de mundo, caminhou lado a lado com o desenvolvimento simultâneo de uma sociedade de consumo dinâmica.

Após estabelecer a Revolução Industrial – e seus efeitos causados no corpo social – como um marco na linha estrutural do estudo sobre o consumo, é possível caminhar à frente. O processo de industrialização acarretou uma grande produção massificada, resultando em um mercado com produtos cada vez mais similares. Neste ponto, coube aos produtores criarem o que hoje é caracterizado como 'marca', a fim de servir como forma de diferenciar seus produtos dos de outros produtores. Como consequência direta dessa ampliação mercantil, os consumidores passaram a ter que lidar com mais uma categoria de decisão, não cabendo apenas identificar o produto de sua escolha, teria que ir além, decidindo de qual fornecedor comprar, e isso se dava por meio das marcas.

Toda essa contextualização histórica serve para compreender o motivo do grande investimento que é feito pelas empresas na área da publicidade. Nos tempos atuais não mais se compra uma mercadoria por simples necessidade imediata, há todo um contexto cultural por detrás de uma simples compra, e, baseado nisso, não é mais economicamente viável e rentável a mera apresentação do produto no mercado, deixando a disposição dos consumidores eventualmente interessados. É exigida, portanto, uma postura mais ativa por

parte dos fornecedores, pois quem produz precisa investir não apenas no conteúdo de sua mercadoria, mas também nos elementos que cercam a exposição mercantil da mesma, entre eles a imagem.

O primeiro obstáculo a ser ultrapassado é a fase de convencer o consumidor de que o produto oferecido deve ser comprado, e aqui a primeira tática pode ser exatamente o da necessidade, relembrando ao comprador em potencial que a mercadoria é realmente importante. Contudo, pode também optar pela abordagem intimamente consumista, enaltecendo as qualidades do produto, tentando fazer com que o consumidor esqueça ou releve a questão da indispensabilidade, e efetue a compra dominado por impulso ou outros sentimentos que não sejam ligados diretamente à imprescindibilidade.

Desde o surgimento e veiculação das marcas, o agente gerador do impulsionamento das relações de mercado pode ser vislumbrado na publicidade, pois esta atua diretamente no inconsciente do consumidor, sendo sua função a de produzir desejos e também a de estimular o próprio consumo. Como ferramenta de alcance desses objetivos está o marketing, com grande destaque nos dias atuais, visto o expressivo investimento das empresas em geral na contratação de equipes especializadas em sua divulgação e planejamento midiático (GABRIEL, 2014, p. 77).

Sobre o marketing, faz-se imperioso conceituá-lo, e, conforme muito bem observa Armando Sant'anna, assim pode ser traduzido:

> O marketing importa em conhecer o que o consumidor necessita ou deseja; implica em estudar a produção dessa necessidade, produzi-la, distribuí-la ao consumidor, ensinando-lhe, ao mesmo tempo, como consumir esse produto (...). É o conjunto de atividades que são exercidas para criar e levar a mercadoria do produtor ao consumidor final. (2007, p. 16 - 17)

Originalmente, poderia facilmente caracterizar como principal função da publicidade, eminentemente, a informativa. Em outras palavras, seria a de dar conhecimento do produto aos consumidores, local onde poderia ser encontrado e preços de venda. Mas com a mudança do perfil cultural de consumo da sociedade, esse papel passou a ser subsidiário, dando espaço à vértice concorrencial, manifesta pelo constante incremento da competição entre as fabricantes (DIAS, 2010, p. 22).

A publicidade passou a desempenhar um papel de catalisador de novos clientes, partindo para o viés persuasivo, objetivando a aproximação da empresa com o consumidor, de modo a incorporar uma abordagem cada vez mais atrativa e repleta de invocações de caráter emocional e apelativa, buscando fazer com que se consuma o produto pretendido.

No mesmo sentido, Maria Elizabete Vilaça Lopes *apud* DIAS (2010, p. 23) delimita que "conceito universalmente, acatado, identifica a publicidade como o conjunto de meios destinados a informar o público e a convencê-lo a adquirir bem ou serviço". Na mesma linha, elucida que sua função "consiste em ressaltar as qualidades do produto (ou serviço), persuadir pessoas a comprá-lo e recordar às pessoas que já o adquiriram que o podem fazer de novo".

Visto todo esse cenário, resta de fácil compreensão o fato de que a publicidade não se reveste de neutralidade em sua atividade, mas sim é flagrantemente tendenciosa. E isto ocorre justamente pela sobreposição do interesse de persuasão sobre o de mera informação, servindo este como instrumento de alcance daquele, o que, frise-se, é natural do estágio mercantil atual.

Mesmo que repetidamente tenha se defendido o protagonismo da intenção de venda de mercadorias na própria publicidade, em detrimento do objetivo informativo, este possui grande relevância dentro dessa relação consumerista, como se verá adiante.

O princípio da informação guarda grande relevância dento da relação de consumo, visto ser essencial, juntamente com o princípio da transparência, para a manutenção de uma relação justa e equânime. Sobre o assunto muito bem leciona Flávio Tartuce (2007, p. 141):

> [...] A informação, nesse âmbito da ciência jurídica, tem dupla face: o dever de informar e o direito de ser informado, sendo o primeiro relacionado com quem oferece o seu produto ou serviço ao mercado; e o segundo, com o consumidor vulnerável.

Esse binômio serve de base para uma correta atuação do fornecedor, pois pautará seus negócios, obrigatoriamente, na boa-fé. Não poderá, desta maneira, se beneficiar da publicidade, feita na grande maioria das vezes de modo virtual, para se esquivar do estrito cumprimento desses regramentos, sendo-lhe vedado aproveitar-se da distância física entre o cliente e o produto para induzir falsas compreensões, omitir informações e detalhes determinantes, e/ou informar com incerteza e imprecisão acerca das particularidades do produto.

O papel do marketing e da publicidade nas relações de consumo é de notória importância, pois é capaz de alterar e criar padrões de consumo entre todas as classes, induzindo a aquisição de produtos que muitas vezes não são necessários, apenas para estarem de acordo com os mandamentos sociais, seguindo as tendências lançadas por quem detém os meios de produção. É exatamente por esse importante papel que desempenha frente às relações consumeristas que o Direito se encarregou de criar disposições que regrem a atuação

daqueles que expõem seus produtos, visando proteger justamente o lado hipossuficiente da relação: o consumidor.

3. O DIREITO CONSUMERISTA E O DIREITO CIVIL NAS RELAÇÕES DE COMÉRCIO ELETRÔNICO

Um importante marco na luta pela blindagem legal das relações de consumo e consequente proteção da parte hipossuficiente foi a elaboração e aprovação da Lei nº 8078 de 1990, denominada popularmente como Código de Defesa do Consumidor (CDC), a qual estabelece os principais aspectos que permeiam e baseiam a atuação daqueles envolvidos em dada relação de consumo. E nesse momento cumpre esclarecer a definição de consumidor e fornecedor, segundo a referida lei.

O artigo 2º do CDC[1] elucida que consumidor é a pessoa, física ou jurídica, que adquire ou faz uso de bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, bem como de serviço, na qualidade de destinatário final. Já segundo o artigo 3º da mesma Lei[2], fornecedor é qualquer pessoa, também física ou jurídica, de qualquer natureza e origem, que desenvolva "atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços" (BRASIL, CDC, 1990).

É notória a ausência de diferenciação entre os fornecedores e consumidores presentes fisicamente no ato de efetivação do negócio jurídico, e àqueles que da mesma forma pactuam e realizam a negociação em lugares diferentes, lançando mão dos recursos tecnológicos a fim de criar vínculo mercantil.

Ademais, antes daquela conceituação, o Código se encarregou, em seu primeiro artigo[3], de classificar as regras contidas no decorrer do corpo normativo como sendo de ordem pública, o que tem grande significância no ordenamento jurídico. Podem-se classificar como norma de ordem pública aquelas que estatuem valores básicos de uma sociedade, caracterizando-se, dessa forma, sua inafastabilidade pela vontade das partes. Neste sentido corrobora Claudia Lima Marques (1994, p. 81):

[1] O CDC assim traz o artigo 2º: "Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."
[2] Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
[3] Art. 1° O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

> O caráter de norma de ordem pública de todas as regras do Código de Defesa do Consumidor representa um importante limite à autonomia privada, tanto em sua face econômica - a liberdade de iniciativa de mercado brasileiro (art. 170, V da Constituição), como em sua face jurídica - a liberdade de contratar e a liberdade contratual de estabelecer o conteúdo dessas relações - que envolvem fornecedores de produtos e serviços e consumidores no mercado brasileiro.
> O caráter de ordem pública da norma em estudo é também importante porque a destaca hierarquicamente. Também no Brasil, as antinomias entre as normas do sistema [...] resolvem se com base nos três critérios clássicos: anterioridade, especialidade e hierarquia. Sendo que, em caso de conflito entre critérios, a hierarquia pode ser o critério definidor usado pelo juiz.

Tamanho esforço empreendido na criação de mecanismos de defesa resulta da presunção de vulnerabilidade do consumidor, elencada como princípio no artigo 4º, *caput*, I, do CDC[4]. Para Leonardo de Medeiros Garcia (2008, p.17), os fatores a serem levados em conta no momento de caracterização dessa vulnerabilidade são a partir da análise do desequilíbrio jurídico, técnico e fático presentes na relação entre as partes. Sobre o assunto, elucida o autor:

> [...] a vulnerabilidade técnica seria aquela na qual o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou o serviço, podendo, portanto, ser mais facilmente iludido no momento da contratação. A vulnerabilidade jurídica seria a própria falta de conhecimentos jurídicos, ou de outros pertinentes à relação, como contabilidade, matemática financeira e economia. Já a vulnerabilidade fática é a vulnerabilidade real diante do parceiro contratual, seja em decorrência do grande poderio econômico deste último, seja pela sua posição de monopólio, ou em razão da essencialidade do serviço que presta, impondo, numa relação contratual, uma posição de superioridade (GARCIA, 2008, P. 17-18).

Outrossim, ao se tratar do desequilíbrio fático é totalmente possível enquadrar a distância entre mercadoria e consumidor, inerente à mercancia por meio da internet, como fator de risco na relação de consumo, por tal feita, deve ser considerada agravante da vulnerabilidade do consumidor.

Em suma, seguindo os preceitos trazidos no Código de Defesa do Consumidor, os riscos de infortúnios são deveras reduzidos. Entretanto, o ordenamento jurídico pátrio conta com uma completa estrutura para resolução de impasses comerciais, e eventuais responsabilizações no âmbito civil. O Código Civil de 2002 elenca as regras e princípios para a reparação dos danos sofridos em dada relação jurídica.

[4]Assim está redigido o artigo 4º, *caput*, I do CDC: "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: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;"

Nos casos de relação de consumo, em grande parte das situações passíveis de responsabilização, há a ocorrência da espécie contratual, e sobre essa diferenciação bem leciona Sérgio Cavalieri Filho (2002, p. 32), ao defender que:

> Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

A princípio, o modo de aplicação e apuração do dano está condicionado à responsabilidade objetiva ou subjetiva do agente, sendo que na primeira prescinde de comprovação de culpa, diferentemente da subjetiva, onde é necessário que se apure a culpa (civil) do autor do fato.

O código de defesa do consumidor, contrariando o que vinha sendo entendido sob a égide do Código Civil de 1916, estatui que a responsabilidade do fornecedor seja objetiva, na amplitude dos "danos que cause no mercado de consumo, o fornecedor - cujo conceito é amplo para compreender todos que disponibilizam produtos ou serviços com habitualidade, mediante remuneração - responde, sem culpa, pelos danos sofridos pelos consumidores." (BRAGA NETTO, 2011, p.118). E é exatamente o que traz o artigo 12, *caput,* do CDC, *in verbis*:

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (BRASIL, CDC, 1990).

Ressalvadas as hipóteses de exceção (como exemplo tem-se os casos dos profissionais liberais, devendo, nessas situações, haver a aferição de culpa, tornando-se subjetiva a responsabilidade civil), a regra é a objetividade da culpa nas relações de consumo, justamente pela hipossuficiência da parte consumidora, por não deter os meios de informação, bem como, muitas vezes, não ter contato direto com a mercadoria, como nos casos de compras pela internet.

As relações de consumo passam por uma espécie de revolução, visto a facilidade de realizar negócios mercantis, o que antes era possível apenas em lojas físicas, doravante pode ser desempenhadas por meio de instrumentos eletrônicos. Tendo em vista essa mudança social, tal qual se viu na Revolução Industrial, incumbe ao Direito criar mecanismos que

assegurem a correta prestação de serviços e oferecimento de mercadorias no ambiente virtual. Sen (2010, p. 9) ressalva que, conquanto as pessoas estejam mais conectadas se comparadas a outros períodos históricos, subsiste ainda problemas tais quais os antigos:

> (...) as diferentes regiões do globo estão agora mais estreitamente ligadas do que jamais estiveram, não só nos campos de troca, do comércio e da comunicação, mas também quanto à ideias e ideais interativos. Entretanto, vivemos igualmente em um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias. Existem problemas novos convivendo com antigos.

Subsistem problemas antigos, na mesma medida que novas situações surgem necessitando a efetiva regulação por parte do Estado, sendo o comércio por meio da internet apenas uma delas. Hoje, no que cabe, o Código de Defesa do Consumidor é aplicado a essas situações, mas é questão de tempo para que este não mais absorva todas as especificidades do mundo tecnológico e as peculiaridades envolvidas em suas relações consumeristas.

4. PUBLICIDADES ABUSIVAS NOS MEIOS ELETRÔNICOS

Os atos de mercancia, para que sejam realizados em uma sociedade imediata e consumista, imprescinde de um investimento publicitário, principalmente quando a pretensão é de realizá-los em meio à internet, onde há uma potencialização dos produtos alçados a uma vitrine virtual. Em razão dessa feroz necessidade de publicidade, ocorre que muitas vezes os fornecedores empregam estratégias ilícitas que enalteçam seus produtos em detrimento dos demais, como é o caso das publicidades enganosas e abusivas. Os conceitos de ambas as espécies de publicidades ilícitas estão descritas nos §§ 1º e 2º, do artigo 37, do Código de Defesa do Consumidor, que, em síntese, tratam acerca das situações de proibição parcial/total, em razão de serem enganosas ou abusivas as propagandas comerciais.

O conceito de publicidade enganosa descrito no diploma normativo retrocitado é de fácil compreensão, sendo, portanto, necessário apenas ressaltar que o erro a que se refere o parágrafo 1º, conforme os ensinamentos de Marques (1994 p. 804-806) deverá ser situação elementar inegavelmente capaz de induzir o consumidor a cometê-lo.

No tocante à explanação acerca da publicidade abusiva descrita no § 2°, do artigo 37, é necessário recorrer à doutrina para melhor entendimento do assunto. Para Rizzato Nunes (2005, p. 489), o primeiro aspecto a ser compreendido é no sentido de que o "o caráter da abusividade não tem necessariamente relação direta com o produto ou serviço oferecido, mas sim como os efeitos da propaganda que possam causar algum mal ou constrangimento ao

consumidos". A partir deste ponto, entende-se que a publicidade abusiva carrega consigo, ainda que implicitamente, a ideia ou intenção de exploração do consumidor, minimizando-o em sua essência enquanto indivíduo social.

Apresentados esses conceitos, é importante compreender que a publicidade possui uma função social, que é a de estimular o consumo – o que resulta em novos empregos, arrecadação estatal, entre outros –, bem como tem por finalidade precípua a de informar um potencial consumidor sobre a existência ou características de determinado produto ou serviço.

Assim, considerando que "a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população" (CONAR, 1980), é necessário que "todo anúncio deva ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar, de forma depreciativa, diferenciações sociais decorrentes do maior ou menor poder aquisitivo dos grupos a que se destina ou que possa eventualmente atingir" (CONAR, 1980, art. 2º).

Essa recomendação editada pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) ganha destaque principalmente quando da análise dos instrumentos utilizados para aproximar o consumidor e o fornecedor. Os instrumentos precípuos para a veiculação de anúncios de natureza abusiva ou enganosa, contemporaneamente, são os meios eletrônicos de comunicação e informação, principalmente por rede televisiva ou internet.

Neste ponto, informa-se que o presente estudo direciona sua atenção apenas às publicidades ilícitas veiculadas na internet, haja vista que no tocante à rede televisa sobre ela a paira um maior controle dos anúncios pretendidos de veiculação, porquanto antes que sejam alçadas informações a potenciais consumidores, há um crivo de análise pela emissora, que por muitas vezes acaba por vetar a veiculação de informações em razão da ilicitude constante no instrumento de publicidade. A situação com a internet é completamente diferente, uma vez que se tratando de espaço desterritorializado[5], para a veiculação de anúncios não é necessária uma prévia análise do material informativo, mas apenas a vontade do fornecedor em alçá-la no mercado eletrônico.

Em face dessa facilidade é que são constantemente veiculados na internet inúmeros anúncios que se valem de um marketing abusivo ou enganoso para captar a atenção do consumidor. Contudo, salienta-se que a ilicitude da publicidade não se remete tão somente ao conteúdo de seu anúncio, mas em se tratando da internet, principalmente da forma em que é apresentada ao consumidor.

[5] Refere-se à impossibilidade de controle estatal sobre atos praticados fora da jurisdição brasileira.

Os avanços dos meios informáticos e da internet deram azo à criação de mercado eletrônico. Com esse advento, foi necessária a evolução das diversidades de publicidade para melhor captar os *cyberconsumidores*, de modo que passaram os fornecedores a atuar por todos os meios que pudessem atingir o consumidor. Assim, valem-se de práticas invasivas, como são os casos de *spam*, *cookies*, *pop-up*, para coagir o consumidor, ainda que indiretamente, a adquirir determinado produto.

A primeira linha de prática abusiva a ser analisada é aquela considerada invasiva. Neste sentido, tem-se o *spam*, que se trata de "[...] uma modalidade de abuso no correio eletrônico, geralmente associada a informes publicitários que não se identificam como tal". Em outras palavras, carece de autorização de envio de anúncios eletrônicos (FILKELSTEIN, 2011, p. 136). Esta prática abusiva de publicidade na relação de comércio eletrônico é considerada invasiva porquanto é inconveniente e perturbadora à boa relação da sociedade digital, conquanto a ninguém é permitido interferir na vida privada do consumidor.

Sobre o assunto, Benjamin (2005, p. 345) leciona que:

> A ninguém é dado o direito de interferir na vida privada do consumidor, exceto quando autorizado por lei (por exemplo, os bancos de dados de consumo) ou fundado em consentimento ativo (não vale o silêncio) do sujeito tutelado. Quanto mais público e massificado se faça o mercado de consumo, mais caro será ao consumidor – como cidadão que é – o seu espaço privado.

Não obstante a interferência na vida privada do consumidor, Gabriel (2014, p. 102-103) sustenta que o envio de *spams* a resulta em danos diretos e indiretos, tanto de ordem moral quanto patrimonial, porquanto os consumidores "são obrigados a despender tempo para "apagar" as mensagens indesejadas, bem como recursos de ordem financeira para aquisição de programas ou *softwares* anti-*spam*".

De igual maneira, os *pop-ups*[6] e *cookies*[7] são instrumentos utilizados para a prática de publicidades abusivas. Ambos os meios são considerados invasivos à privacidade do consumidor, porque, especialmente no caso dos *cookies*, há uma devastação na individualidade do consumidor, que passa a ser mapeado e serve de objeto para a criação de banco de dados sem o seu consentimento. Estes, inclusive, são os ensinamentos de Silva (2012, p. 209-210).

[6] Segundo Gabriel (2014, p. 103) trata-se de "uma janela extra que se abre na tela do computador ao se visualizar determinada pagina web".

[7] "[...] consistem em programas aptos a registrar toda a utilização/movimentação do usuário no ambiente da rede, com o objetivo de criar bancos de dados sobre seus costumes e preferências, justamente para veicular uma espécie personalizada de publicidade" (GABRIEL, 2014, p. 103-104).

> O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devastada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendam a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.

Essas práticas de publicidade invasivas não obstante causarem imensos prejuízos de ordem material e moral aos consumidores, traduzem-se, de outro norte, em locupletamento ilícito aos fornecedores, porquanto em virtude de seu marketing agressivo, muitas vezes o consumidor cede e acaba por contratar determinado produto ou serviço. Neste caso, o consumo exacerbado se dá em razão da facilidade de aquisição pela internet, que rompe espaços de fronteiras territoriais, dispensando a presença do consumidor na loja física do fornecedor.

O fornecedor, nas relações de consumo praticadas em meio à internet, está em posição de superioridade ao consumidor em todos os sentidos. Isto por que: a) a ele é possibilitada uma ampla gama de marketing eletrônico; b) seus custos para comércio são baixos se comparados a uma loja física e; c) os custos com contratação de funcionários são minimizados. Só deste ponto seria possível extrair o sucesso do mercado eletrônico, contudo, há ainda fornecedores que utilizam de publicidade abusiva para potencializar suas operações.

Em virtude de publicidades abusivas decorre a necessidade de ampla regulamentação acerca da matéria. Salienta-se, desta forma, que apenas a normatização constante do código de defesa do consumidor e do código civil não é suficiente para tutelar as relações de comércio havidas na internet, porquanto é imprescindível a constituição de um arcabouço normativo cuja finalidade seja a de disciplinar as formas da utilização da publicidade na internet, assunto que ficou sem o devido tratamento pelo Marco Civil da Internet.

Por fim, é forçoso destacar que embora exista o código brasileiro de autorregulamentação publicitária, que disciplina sobre normas éticas que devem ser observadas quando da elaboração e veiculação de anúncios, sua efetividade e pretensão não é amplamente alcançada, uma vez que suas normas possuem caráter meramente voluntário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Elucidou-se, na presente pesquisa, sobre uma problemática decorrente do advento das novas tecnologias da comunicação e da informação. Como se viu, a publicidade serve

para levar ao público em geral o conhecimento de determinado produto e, consequentemente, incentivar o consumo.

Desta feita, a internet configurou-se como uma verdadeira revolução comercial, permitindo que negócios jurídicos fossem realizados não mais apenas presencialmente, mas também por meio de relações de consumo virtual. Não obstante, foi possível também que a publicidade de produtos e serviços fosse potencializadas em razão dos baixos custos e da facilidade de atingir um maior número de pessoas com seus anúncios.

Contudo, a internet por se tratar de espaço desterritorializado no tocante à aplicação de normas jurídicas visando coibir a prática de atos ilícitos, acabou por se tornar também espaço tendente à veiculação de publicidades enganosas e abusivas, principalmente concretizadas a partir de atos que interfiram diretamente na privacidade do consumidor.

Viu-se, portanto, que acerca das ilicitudes constantes do material publicitário, tem-se o Código de Defesa do Consumidor, que se reveste de normas principiológicas que abrangem e protejam o consumidor no negócio jurídico, no sentido de afastar deles qualquer ato abusivo ou enganador acerca do produto. Porém, há ainda a falta de regulamentação de caráter coercitivo na forma em que se dá a elaboração da publicidade e da maneira que é levada ao consumidor.

Depreendeu-se que ao aliar a internet à publicidade nas relações de consumo, os fornecedores buscaram formas agressivas de levar ao público o conhecimento de determinado produto. Assim, embora em relação ao objeto da publicidade haja norma (CDC) que a considere abusiva ou enganadora, no tocante à sua veiculação o ordenamento jurídico carece de instrumento normativo.

É necessário, desta maneira, que o legislador busque adequar as normas de relação de consumo na internet para resguardar o consumidor de danos materiais e morais. Os fundamentos e bases principiológicas são as mesmas do Código de Defesa do Consumidor (boa-fé objetiva; vulnerabilidade do consumidor; confiança), mas é necessário a regulamentação que impõe deveres jurídicos ao fornecedor da publicidade, que lhe ensine no sentido de resguardar o direito à privacidade do consumidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 6. ed., Salvador: Juspodivm, 2011.

BRASIL, Congresso Nacional. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: {HIPERLINKhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm}. Acesso em: 12 fev. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3. ed.,São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CONAR, Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Brasil, 1980. Disponível em {HIPERLINKhttp://www.conar.org.br/codigo/codigo.php}. Acesso em 12 fev. 2018.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade.** Tese de doutorado. Repositório online da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010.

FERGUSON, Niall. Civilização: **Ocidente x Oriente**, Ed. Planeta do Brasil, São Paulo, 2012.

FILKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Direito do comércio eletrônico**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GABRIEL, Eliana Kamada. **Oferta eletrônica e publicidade abusiva nos meios eletrônicos**. Dissertação de mestrado em direito. Repositório online da pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

GARCIA, Leonardo de Medeiros**. Direito do Consumidor**: Código comentado e jurisprudência. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

LIMA MARQUES, Claudia. **O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o Mercosul**. Revista Investigacion y docência. vol. 23, 1994.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios 2. Ed. rev., modif. E atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANT'ANNA, Armando. **Propaganda**: teoria, técnica e prática, 7. ed. São Paulo: Thompson Learning, 2007.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed., revista e atual. até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.