



ISSN Eletrônico: **2525-5908**

revista.farol.edu.br

ISSN Impresso: **1807-9660**

Vol. 19, Nº 19. 2023 - AGOSTO

Contato: revista@farol.edu.br

**DIREITO DO CONSUMIDOR:
marketing e a proteção do consumidor**

Cleyton José Wolff

Aleff Alves de Oliveira

**DIREITO DO CONSUMIDOR:
marketing e a proteção do consumidor**Cleyton José Wolff¹
Aleff Alves de Oliveira²

Resumo: O presente estudo traz como objeto o marketing do tradicional ao digital e a proteção do consumidor, abordou-se e analisou-se as recentes técnicas de marketing digital e suas consequências no dia a dia do consumidor. De início foi feita uma análise sobre a história do marketing nas relações de consumo demonstrando a evolução tecnológica dos últimos anos, fator relevante que leva a compreensão da razão da alteração no comportamento de consumo bem como o impacto das técnicas de oferecimento de produtos e serviços, foi feito um breve levantamento sobre as aludidas técnicas, demonstrando os possíveis desencontros com Código de Defesa do Consumidor que tem natureza de norma principiológica e cogente, e, neste contexto, os princípios concernentes à publicidade, o marketing e as práticas comerciais são também demonstrados e analisados. A presente pesquisa foi realizada por meio de análise bibliográfica e documental, com método de abordagem indutivo e qualitativo, conceituando, relacionando e analisando o tema e como resultado pode se observar que o marketing praticado em desacordo com tais princípios tende a trazer consequências negativas para o consumidor.

Palavras chaves: Direito do consumidor. Marketing abusivo. Relação de consumo. Proteção do consumidor.

**CONSUMER LAW:
marketing and consumer protection**

Abstract: The present study has as its object the marketing of the traditional to the digital and the protection of the consumer, it was approached and analyzed the recent techniques of digital marketing and its consequences in the daily life of the consumer. At first, an analysis was made of the history of marketing in consumer relations, demonstrating the technological evolution of the last years, a relevant factor that leads to the understanding of the reason for the change in consumer behavior as well as the impact of the techniques of offering products and services, a brief survey was made of the aforementioned techniques, demonstrating the possible disagreements with the Consumer Protection Code, which has the nature of a principled and coherent norm, and, in this context, the principles concerning advertising, marketing and commercial practices are also demonstrated and analyzed. The present research was carried out by means of bibliographic and documentary analysis, with an inductive and qualitative approach method, conceptualizing, relating and analyzing the theme and as a result it can be observed that the marketing practiced in disagreement with such principles tends to bring negative consequences for the consumer.

Keywords: Consumer law. Abusive marketing. Consumer relationship. Consumer protection.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente a Internet é um serviço essencial e que cada vez mais ganha espaço no dia a dia do consumidor, e por conseguinte nas relações contratuais, sociais, ou até mesmo de

¹ Professor no curso de Direito Faculdade de Rolim de Moura – FAROL. Mestrando em História da Amazônia pela Universidade Federal de Rondônia. Especialista em Docência no Ensino Superior pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (2020). Licenciado em Letras – Língua Portuguesa pelo Centro Universitário ETEP (2022), graduado em Direito pela Faculdade de Rolim de Moura FAROL (2019). e-mail: cleyton-wolff@outlook.com

² Professor no curso de Direito da Faculdade de Rolim de Moura – FAROL. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Rolim de Moura – FAROL (2020), graduado em Direito pela Faculdade de Rolim de Moura FAROL (2019). e-mail: aleffalves.oliveira@gmail.com

trabalho, utilizando de cada vez mais dos meios eletrônicos, isto é, as relações sociais são frequentemente firmadas cada vez mais no mundo digital.

Logo se faz necessário uma adaptação para as novas tecnologias e com os meios publicitários não é diferente, estes precisam se adequar para essas novas interações, e assim está sendo feito por meio de ferramentas que são capazes de atingir diretamente os usuários da rede.

Todavia a grande dúvida é se a legislação tem acompanhado tais mudanças no sentido de proteger o consumidor, neste contexto, o presente trabalho discorre sobre a evolução do marketing analisando as principais questões referentes ao meio eletrônico, as técnicas e o modo de abordagem do consumidor, entre outras, ademais é preciso analisar se tais práticas seguem em consonância aos princípios constitucionais e à legislação consumerista. É importante compreender que toda mensagem publicitária seja eletrônica ou tradicional, deve estar em consonância com a Constituição Federal e com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), sob pena de se sujeitar às imposições das leis.

Convencer o consumidor a adquirir um produto é a grande finalidade dos profissionais do marketing, porém os meios utilizados não são ilimitados, claramente, devem obediência aos limites impostos pela legislação sob pena de ser caracterizado como prática abusiva.

Dentre as práticas abusivas estão o monitoramento sem permissão das condutas do consumidor na rede, o que viola a privacidade, já que os fornecedores se apropriam indevidamente das informações pessoais do internauta, captando dados dos hábitos de consumo, monitorando inclusive o que o usuário acessa.

No Brasil é considerado lícito apenas a prática de marketing que conjugue observância ao princípio da livre iniciativa e o alcance do lucro com o respeito e proteção do consumidor. Assim, qualquer prática diversa é caracterizada por um afastamento, como por exemplo, a concorrência desleal e a violação ao artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

HISTÓRIA DO MARKETING NAS INTERAÇÕES DE CONSUMO

A troca, foi esta a primeira modalidade encontrada pela sociedade na permuta de produtos ou serviços, usada como meio de circulação do que era produzido, e é claro, as necessidades do próprio indivíduo (TERBLANCHE, 2005).

Baudrillard (2007), cita que chegou um momento que as técnicas de troca, escambo toraram-se antiquadas, não alcançava o potencial da aquisição de produtos e serviços sendo necessário buscar outras maneiras de oferecê-los, e aí foi dada a origem do próprio termo marketing.

Com a mudança de mercado, a produção em massa de produtos, houve um maior intercâmbio entre produtos e serviços, os fornecedores logo viram a necessidade de desenvolver técnicas capazes de despertar o desejo de compra, o desejo de consumir (KOTLER; ARMSTRONG, 1999).

O marketing para as relações de consumo e estratégias de venda, nem sempre foi priorizado, acredita-se que sua oficialização se deu com a invenção das prensas, antes delas, os livros eram raros, pois eram feitos à mão, atendendo apenas uma parcela da população, os abastados, poucas pessoas sabiam ler, com a invenção das prensas a quantidade de livros impressos e de comunicação publicitária aumentam o alcance levando conhecimento para mais pessoas (CARVALHO, 2004).

Apesar do método rústico, a comunicação com o público gerava vendas, e, indiretamente já podia ser chamado de marketing, porém, a necessidade do consumidor não era levada em consideração, o consumidor não era importante, prevalecendo apenas o fato da necessidade de vender algo.

Apesar do pontapé ser dado por Gutenberg no século XVI, foi apenas no século XVII que os jornais começaram a ser publicados em larga escala, de outro lado, as revistas, essas começaram a aparecer apenas no século XVIII no Estados Unidos, época que as empresas começaram a entender como isso poderia ajudá-los a vender mais, pois as revistas chegaram a uma grande quantidade de pessoas, e foi aí que oficialmente surgiu aos primeiros anúncios em revistas e jornais que são utilizados até hoje (CARVALHO, 2004).

No mesmo período, notou-se ser fácil fazer a impressão de panfletos, o problema era a sua distribuição, então um desconhecido decidiu pregá-los nas paredes. O uso de posters se tornou tão popular que no século XIX, a Inglaterra proibiu o uso, pela poluição da cidade (BAUDRILLARD, 2007).

Com o fim do século XIX e começo do século XX, novas revoluções tecnológicas e com elas surgiram o telefone no final do século XIX, o rádio e a televisão no século XX e no referido século passou-se a usar o telefone como ferramenta de marketing e assim surgiu os famosos telemarketings (BAUDRILLARD, 2007).

O rádio, com a chegada da primeira Guerra Mundial, era usado pelas forças armadas, com o fim da guerra, passou a ser usado como um dos principais meios para disseminar a comunicação, e, na década de 1940 foi feita a primeira transmissão documentada, transformando a TV um sinônimo de ganhar dinheiro (BAUDRILLARD, 2007).

Em 1970 foi feita a primeira ligação por telefone celular que se tem registro, em 1990 surgiu a internet, que ligou pessoas, não apenas do mesmo país, permitindo que notícias chegassem muito rápido.

Com o aparecimento da televisão, a propagação da publicidade foi relevante para as novas técnicas de marketing e após, com o início da era digital, acabou-se por alterar os conceitos básicos de marketing (espécie de publicidade), o objetivo era alcançar o consumidor, momento então que se foi necessário a adaptação do tradicional para a mídia eletrônica (CENEVIVA, 1991).

MARKETING NO MEIO DIGITAL

A popularização da internet tem sido ampliada cada vez mais, informação esta que está constatada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística, O Brasil, é um dos países com o maior tempo médio de navegação (IBOPE, 2008).

A internet foi a seiva da evolução das técnicas aplicadas no marketing digital, já que por meio dele, existe um amplo campo de desenvolvimento de cores, sons, imagens, e toda a possibilidade de interação entre consumidor e fornecedor (CORREA, 2003).

Para Vaz (2008), a internet estaria cedendo o espaço do marketing permissivo para o marketing da intromissão, a ideia inicial seria a que o internauta fornecesse permissão para que o fornecedor apresente o produto ou serviço, ao contrário do quem vem sendo praticado.

Não distante, tais modalidades de marketing desenvolvidas para a internet, existe uma lacuna: a falta de proteção ao consumidor, que é constantemente exposto à prática do marketing da intromissão.

O uso da internet permitiu diversas facilidades na divulgação de produtos e serviços, permitindo um melhor alcance ao consumidor, a tecnologia atua diretamente no acesso ao mercado de consumidor e geralmente deveria caminhar em consonância às normas jurídicas.

Mas, na prática, diversas das técnicas eletrônicas desrespeitam diretamente os direitos dos consumidores, não observando os princípios consagrados na Lei 8078/90 (CDC).

Conceitua Doneda (2006), que:

O verdadeiro problema não é saber sobre o que o direito deve atuar, mas, como interpretar a tecnologia e suas possibilidades em relação aos valores presentes no ordenamento jurídico, mesmo que isso signifique uma necessária mudança nos paradigmas do instrumento jurídico utilizado (DONEDA, pp. 54-55, 2006).

De outro lado é certo que a tecnologia traz reflexos positivos tanto para os fornecedores quanto para os consumidores, o acesso aos produtos e serviço, com muitas vezes mais informações, no entanto, meios de criar necessidades supérfluas, devem ser pautados nos princípios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Podestá (2005), destaca que:

Cada vez mais nos deparamos com o agigantamento de meios e tecnologias dignas de violação dos direitos da personalidade, isto é, a máquina não serve ao homem, mas sim substituí-lo, deixando a margem sua condição de ser pensante e dotado de sensibilidade (PODESTÁ, p. 179, 2005).

A interpretação provoca uma reflexão de alguns dos problemas vividos, entre eles está a violação da privacidade. Para tanto, independente da aceitação da oferta de produtos e serviço, a mera exposição do internauta a uma técnica de marketing digital abusiva, já atinge os direitos resguardados pela Constituição de 1988 e pela legislação consumerista.

PRINCIPAIS TÉCNICAS APLICADAS NO MARKETING DIGITAL

Links patrocinados

No mundo digital, a forma mais usual de se realizar uma compra é inicialmente realizar uma pesquisa através de sites de busca (Yahoo, Google, Bing etc.), o consumidor digita no buscador palavras específicas, palavras estas que são colocadas nos sites dos fornecedores como palavras-chaves, fazendo com que determinados sites apareçam na busca.

E logicamente, as empresas de buscas encontraram uma forma de lucrar, vendem as colocações nos resultados das buscas, ou seja, quando você pesquisa algo, os primeiros resultados, nem sempre serão os melhores, mais sim das empresas, dos fornecedores que desembolsam mais.

Da mesma forma como em uma revista, os anúncios mais chamativos custam mais, e como no mundo físico, “ter a melhor colocação” tem um custo, e esse tempo de permanência é limitado, permanecendo quem continua desembolsando.

Em um olhar superficial, tal técnica não apresenta ilicitude, todavia, quando o consumidor confia que os primeiros resultados serão os que mais se aproximam da sua busca, evitando perder tempo olhando os demais, se perde a transparência, que é dever do fornecedor, dever também do próprio site de busca, que cede lugar para aquele que “que paga mais aparecer na frente”, por certo que o consumidor estará no prejuízo, ficará longe do resultado esperado, ficando próximo apenas de quem paga mais.

Logo tal técnica também vem sendo deturpada no mundo digital, restando para o usuário final, o consumidor, informações que não são norteadas nos princípios basilares que regem as relações fornecedor-consumidor.

Mensagens subliminares

Comumente utilizada em publicidades veiculadas nos cinemas, as mensagens subliminares vêm sendo inseridas no mundo digital através de softwares, não se economizam nas cores, nos sons e imagens de impacto.

Tal técnica é definida pela ONG de Mensagem Subliminar como sendo qualquer estímulo que não é captado em nível de consciência por estar abaixo dos limites sensoriais receptores (MS ONG, 2018).

São inseridas nas telas e alcançam o subconsciente do consumidor por um período de duas ou três horas e, no máximo três vezes na semana, o principal objetivo é influenciar nas decisões, todavia, ao considerar que o tempo de utilização dos computadores é cada vez maior certamente a difusão de tal técnica produz cada vez mais efeitos no subconsciente do consumidor-internauta (SANTOS, 2009).

Os estímulos são discretos, mas possuem força de influência na alteração de comportamentos, a ideia da estratégia é liberar uma enorme quantidade de informações em um pequeno tempo de exposição, isso para que o consciente filtre a mensagem que interessa naquele momento e armazene o restante na seara do inconsciente (CALAZANS, 1992).

Todavia, no Brasil, a utilização de tal técnica é vedada pelo artigo 36 do CDC, confrontando diretamente o princípio da transparência e da lealdade publicitária.

Publicidades mascaradas

Essa prática é muito comum na esfera do virtual, ocorre quando determinada empresa através de um perfil falso se passando por um consumidor opina sobre determinado produto, ou ainda avalia negativamente o produto de uma empresa concorrente. De plano nota-se que a técnica viola o princípio da transparência, as opiniões são manipuladas induzindo o consumidor ao erro (COUTINHO, 2007).

A publicidade mascarada também conhecida como o marketing do “disse-me-disse”, o Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística realizou uma pesquisa que demonstrou nos resultados que as práticas colaborativas influenciam comportamento de consumo, 46% dos participantes afirmaram que sempre buscam comentários de outros consumidores-internautas antes de adquirir um produto, do total pesquisado apenas 20% opinam sobre produtos e serviço (IBGE, 2009).

Logo, a espontaneidade e imparcialidade dos comentários é um tanto duvidosa, o que enseja reconhecimento de que o consumidor continua sem informações claras e transparentes sobre os produtos que pretende consumir, o que é vedado nos termos do Código de Direito do Consumidor.

Banner

Os banners são espécies de faixas cicláveis que oferecem produtos e serviços personalizados ao internauta em razão das informações coletadas através do seu comportamento na internet, comportamento este que são obtidos por meio dos cookies, ferramenta esta que será abordada mais adiante.

Trata-se de anúncios digitais que ocupam uma porção da tela do navegador, geralmente é apresentado em conjunto com recursos gráficos sofisticados com o intuito de atrair a atenção do usuário, são modificados com frequência, pois depois de incutida na mente do consumidor, esta não surte mais efeito. À medida que o banner é modificado, novos desejos se instalam na mente do consumidor, ainda que não clique sobre ele. A simples presença já é o bastante para que o consumidor se habitue com a marca/produto e crie mesmo que inconsciente uma relação de confiança (ERENBERG, 2003).

Spams

É a técnica mais conhecida, a mais antiga, e a mais questionada. É o envio de mensagens eletrônicas com anúncios não solicitados pelo usuário, junto com anúncios ainda são enviados vírus, também ocorre a saturação da caixa postal e outros graves problemas advindos da Era Digital.

Em resumo pode-se dizer que o *spam* é o anúncio publicitário não solicitado de produtos e serviços, bem como do próprio site. O termo segundo o Código de Ética *Anti Spam* em seu artigo 3º é definido como:

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 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. (IFD, 2023).

Apesar do texto do referido artigo, é difícil concordar que spam não pode ser considerado uma técnica de marketing eletrônico, já que seu uso tem todas as características de publicidade on-line promoção de produtos e serviços via internet encaminhada por mensagem eletrônica (BRASIL, 1990).

A utilização da aludida ferramenta, configura prática abusiva à luz dos preceitos do Código de Direito do Consumidor. Outra questão relevante a ser considerada é a de que alguns remetentes lançam mão de técnicas de anonimato para que a eventual resposta negativa advinda do consumidor não consiga alcançá-los (BRASIL, 1990).

Cookies

Não é necessariamente uma técnica, mas sim um meio para desenvolver outras técnicas, a modalidade de *cookies* é a forma mais comum de capturar dados sem que o usuário tenha conhecimento, ou seja, desde o início já é violado o princípio da informação.

Cookies é uma programação gerada com objetivo de identificação do usuário, rastreamento, obtenção de dados úteis ao seu respeito, hábitos de navegação. São frequentemente utilizados por provedores da internet, que quando em posse desses dados, vendem a comerciantes que as utilizam efetuando estatísticas de critérios de consumo (CARVALHO, 2004).

Essa programação que coleta dados sensíveis do consumidor como costumes, desejos, hábitos de compra, interesses por determinados sites, comportamentos, religião, opção sexual, entre outras. De posse das informações estas são utilizadas para a criação de perfis dos usuários, no intuito de personalizar o serviço a ser oferecido (AGEPD, 2020).

Tal ferramenta ainda vem sendo utilizada como uma técnica de fidelizar, direcionando os anúncios tendo como base o comportamento do usuário (consumidor). Além disso, através dos cookies é possível informar o fornecedor que o consumidor retornou o acesso ao site, e com essa informação é possível customizar a tela com as preferências do usuário, ou até mesmo retomar a última compra que não foi concluída (MARTINS, 2008).

É evidente que a instalação de *cookies* sem a alegada informação de autorização é uma afronta à privacidade do consumidor, não se pode admitir com base nas regras do diploma legal consumerista, e mais grave ainda é a comercialização das informações íntimas do internauta (RAMOS, 2005).

PRÁTICAS ABUSIVAS, O DIREITO À PRIVACIDADE E OS INSTITUTOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO

O direito à privacidade é expresso no artigo 5º inciso X da Constituição de como uma garantia fundamental *in verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]” (BRASIL, 2016).

É mister destacar que o direito à intimidade e o direito à vida privada são decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no inciso III do artigo primeiro da Carta Magna.

Ainda que a doutrina estabeleça diferenças entre os termos intimidade e vida privada, uma coisa é certa, independente do conceito, a proteção desses direitos, tanto na esfera individual ou coletiva, deve ser assegurada.

O direito à privacidade apesar de cada vez mais evidente nos dias contemporâneos, já é objeto de estudo há anos, em 1986 os autores argentinos Gabriel Stiglitz e Augusto M. Morello já abordavam a existência do problema no mundo da informática, e defendiam a necessidade de uma participação ativa dos indivíduos na luta pela proteção deste direito que é de ordem coletiva (STIGLITZ; MORELLO, 1986).

Na mesma linha de raciocínio, Lisboa (2005), escreve que o direito à intimidade ganhou maior relevância a partir da evolução das comunicações e das técnicas de espionagem.

Tal problema não está restrito em si às relações de consumo, mas sim nos aspectos íntimos do indivíduo, que se encontra desprotegido diante da nova sociedade digital. A privacidade não deve ser entendida como uma incursão de um local, mas a invasão da intimidade, das ideias, das objeções e dos juízos de valor de uma pessoa.

O Código Civil de 2002 regula os direitos de personalidade, em especial nos artigos 12, 17, 18, 20 e 21, entre os quais estão inseridos direitos à privacidade, à vida privada, protegem também as divulgações não autorizadas, inserções de nome em falso contexto, utilização indevida em “propaganda comercial” etc.

Nesta seara o artigo 21 do código civil brasileiro é uma significativa fonte legislativa “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” (BRASIL, 2002).

O direito acima, legalmente resguardado, encontra-se vulnerável diante de um novo fato social: a tecnologia.

Jacobi (p. 164, 2004), cita que o direito à vida privada pode ser considerado absoluto, essencial, extrapatrimonial vitalício e necessário, irrenunciável, indisponível, intransmissível, impenhorável, imprescritível, ilimitado, inato e possui condição de direito negativo.

As principais violações estão mais presentes nas relações de submissão, o consumidor, vulnerável, é sujeito a regras impostas pelo fornecedor, inclusive a obrigação de apresentar vários dados pessoais para poder acessar determinado serviço ou finalizar alguma compra.

Santos (2001), distingue os dados que as pessoas querem manter reservados e aqueles que deseja manter em segredo:

A noção de “reservado está vinculada ao desviar-se da difusão pública de fatos privados. 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. (SANTOS, p. 174, 2001).

Proteger tais direitos é resguardar informações que merecem estar livres de ingerências, pois dizem respeito ao seu titular (consumidor), ainda que se refiram por exemplo a compras efetuadas, para quem foi enviada, valor pago, forma que foi paga etc. (SANTOS, 2009).

O direito à privacidade na Era Digital configura o direito de o consumidor navegar sem o risco de que suas informações sejam guiadas e enviadas para um local desconhecido, significa também o direito de adquirir um produto sem ter a obrigação de fornecer informações sobre sua vida pessoal, hábitos, gostos, profissão etc.

A privacidade no mundo digital é totalmente atingida por práticas abusivas, a exemplo de quando um consumidor pesquisa determinado produto no Google e logo em seguida ao acessar vários sites lhe são sugeridos os referidos produtos pesquisados, ou ainda quando se busca determinado endereço no Google Maps, e a referida busca fica armazenada nos arquivos dos “interessados” ainda que a suposta ideia seja uma espécie de serviço de “auxílio” acaba sendo a privacidade do indivíduo rechaçada.

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

É considerado uma lei multidisciplinar com diretrizes e construções próprias voltadas para a proteção das relações de consumo. De grande interesse social, a lei é de ordem pública (artigo 1º), possui contorno imperativo de caráter cogente e obrigatório, apto a regular as relações entre fornecedores e consumidores, incluído os consumidores por equiparação (artigos 2, 17 e 29). Que também são atingidos pela relação de consumo (BRASIL, 1990).

O referido diploma legal, é um microsistema, tem sua prevalência em qualquer relação que trate de consumo, deste modo todas as relações, ainda que regida por lei posterior e especial, deverá observar os ditames ali previstos, sob pena de ser considerado nulo de pleno direito.

O CDC foi elaborado de tal maneira para evitar que leis posteriores acabassem por revogá-lo, ou derrogá-lo e assim lentamente os mais básicos direitos do consumidor não mais existissem no ordenamento jurídico, a ponto de perder a finalidade de um microssistema de tão grande valor social.

Tal microssistema serve de norte não apenas para situações particulares, mas sim para toda a sociedade de consumo, vez que o Estado tem o dever de resguardar os direitos dos consumidores, intervindo no privado.

O CDC é, portanto, um conjunto de normas imperativas que controla diretamente a licitude do que é pactuado entre as partes, principalmente sua adequação aos valores essenciais previstos no ordenamento jurídico. A completa autonomia privada, provoca uma ruptura da ordem social, logo, é necessário a intervenção para o mínimo de controle público sobre as ações privadas, que é feita através de vários princípios estabelecidos (LORENZETTI, 2006).

Insta salientar que, dentre os princípios que regem as relações de consumo estão as estruturas de interpretação, e não há como uma lei ordinária contrariar o CDC, pois não estão contidos ali apenas normas e dispositivos, mas princípios de cláusulas gerais (SANTOS, 2009).

Os princípios jurídicos não são senão uma regra jurídica particularmente importante, em virtude das consequências práticas que dele decorrem neste sentido Paulo Bonavides (2008), acrescenta que os princípios são as normas chaves de todo o sistema jurídico.

O CDC conta ainda com cláusulas gerais, que são princípios positivados que atuam com o intuito de dar mobilidade aos códigos e são fontes criadoras de direitos e obrigações devendo ser aplicada de ofício em razão do caráter de norma de ordem pública (NERY JUNIOR; NERY, 2006).

Os princípios que regem as relações de consumo, levam a compreensão de que várias práticas de marketing digital tendem a violar o CDC, sendo inconcebíveis com as diretrizes do referido microssistema jurídico.

Destaca-se que, a atividade publicitária pode influenciar mentes e por consequência, manifestações de vontade, e de tal modo deve ser limitada e regradada por princípios e normas protetivas em benefício da parte mais fraca e vulnerável, qual seja, o consumidor. Embora a análise deste estudo seja as relações com o marketing digital, optou-se por relacionar a maioria da parte principiologia do CDC com o objetivo de levar conhecimento (SANTOS, 2009).

O objetivo da inclusão da maior parte de princípios é justamente chamar a atenção para o fato de que qualquer técnica de marketing digital que contraria o referido diploma legal deve ser considerada uma prática abusiva.

Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor

Previsto no caput do artigo 4º do CDC, estabelece uma realidade contra a qual não cabem argumentos e/ou tentativas de provas em contrário. Isto é, o código assegura que frente ao fornecedor, o consumidor tem menos condições.

De tal monta o CDC foi criado em razão da tremenda desproporção existente entre consumidor e fornecedor, o princípio em comento assegura que todos os consumidores são vulneráveis, frágeis e sem estrutura para enfrentar a relação propriamente dita.

Traduz uma fraqueza geral, do ponto de vista técnico quanto econômico, pois o fornecedor é considerado titular da tecnologia que produz os bens e presta os serviços, além de possuir condições econômicas favoráveis (MALFATTI, 2003).

Princípio da Iniciativa Estatal na tutela das relações de consumo

Apesar de a Constituição vigente não conter um capítulo específico sobre a tutela do consumidor, o artigo 170 tem como princípio: a atividade econômica a defesa do consumidor. Outro relevante ponto é que o Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias determinou a necessidade de elaboração de um diploma específico que visasse a proteção e defesa do consumidor.

A tutela do consumidor decorre de um mandamento constitucional, sendo obrigação do Estado garanti-la seja por meio da regulação, fiscalização, ou incentivando associações.

Logo, o Estado tem o dever de resguardar o mercado de consumo em decorrência da atividade empresarial, devendo zelar para que os interesses se integrem e não se excluam.

Princípio da Harmonização das relações de consumo

A harmonização visa proteger o próprio mercado de consumo, o desequilíbrio pode refletir não apenas em uma situação individualizada, mas sim em todo o mercado, que começará a sofrer as consequências pela ausência da harmonização.

Cumpra mencionar que tal princípio não significa que os riscos não devem ser suportados pelo fornecedor, os riscos da atividade, pela própria sistemática do CDC, deverão ser suportados pelo fornecedor, já que o consumidor merece uma efetiva reparação (art. 6º, VII, CC).

Incentivos à criação de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços

A harmonização pode ser buscada por meio de diversos instrumentos. Entre eles está o próprio 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 que servirá de auxílio.

E pode ser analisado em conjunto com o disposto no inciso VIII do artigo 39 do CDC, que considera 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) (BRASIL, 1990).

Em rigidez, incumbe ao fornecedor e não ao Estado, o dever de garantir a qualidade e a segurança dos produtos, isto é, a qualidade do produto em verdade é conduta esperada dos que estão no mercado, entretanto, compete aos órgãos de proteção e defesa do consumidor, às associações e aos órgãos certificadores a elaboração de padrões de segurança para os produtos e serviços disponíveis no mercado.

Coibição e repressão de abusos, inclusive da concorrência desleal

A defesa do consumidor é princípio de ordem econômica, a livre concorrência por sua vez é o instrumento para a conquista de clientes e ocupar posição no mercado, desde que feita de forma lícita, devendo esta ser garantida pelo Estado, nos termos do artigo 173, § 4º, e 174 da CRFB/88.

Outro ponto relevante é mencionar que com o mercado monopolizado, ou com poucos níveis de concorrência auxilia tão somente os fornecedores, que percebem exacerbados lucros, colocando, por conseguinte, o consumidor em prejuízo.

Dentre as demais espécies de prática de concorrência desleal ou competições imperfeitas nos termos do inciso VI do art. 4º e do inciso IV do art. 6º do CDC devem ser coibidas estão o *dumping*, o truste, os cartéis e outros.

Todos os meios que formam preços exagerados ou colocam no mercado produtos e serviços de má qualidade, logo qualquer prática que viole a livre competição deverá ser reprimida pelo Estado em benefício dos demais competidores e dos consumidores (NUNES JUNIOR, 2001).

Princípio da informação e da veracidade

Está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais precisamente no art.º 5, XIV, da CRFB/88, “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, 2016).

Nota-se uma preocupação direta do legislador, surgindo no CDC como um princípio, de tal maneira que, exige-se que os produtos e serviços postos no mercado apresentem conteúdo informativo suficiente para não induzir os consumidores a erros, tampouco lhes gerar lesões ou outros tipos de prejuízos.

A informação deve estar presente em todas as relações de consumo em todas as fases da negociação, inclusive nas relações contratuais, os desdobramentos, consequências ou os efeitos, de forma que o consumidor possa manifestar sua vontade em adquirir o produto/serviço sem máculas ou desconhecimento de algum fator, que se tivesse conhecimento, o levaria a não contratar.

No que pese a veracidade, o artigo 37, §1º, do CDC, ao prever que toda informação falsa configura publicidade enganosa, exalta o princípio da veracidade.

Que abrange não apenas a manipulação de dados, mas a de imagens, e todo tipo de conteúdo integrante de anúncios de determinado produto ou serviço, bem como da própria relação entre consumidor e fornecedor.

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

Transparência

A transparência na relação de consumo está prevista no artigo 4º, caput, do CDC. E enseja o dever de informar o fim a que um produto ou serviço que se destina, sem omitir qualquer característica que influencie na decisão de compra

Neste sentido Joaquim de Souza Ribeiro (2002), a respeito da transparência, escreve 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. (RIBEIRO, p. 140, 2002).

Para que tal princípio seja cumprido, não basta os esclarecimentos referentes aos produtos, mas sim o detalhamento de todas as implicações decorrentes da relação de consumo que será estabelecida.

A transparência é observada principalmente na fase pré-contratual, quando por muitas vezes o fornecedor vale-se de condutas desprovidas de seriedade, que por muitas vezes induzem o consumidor a adquirir um produto que não atenderá às suas expectativas.

Confiança

A Confiança é o desdobramento do dever de boa-fé, o consumidor crê no anúncio publicitário, que quer materializar um sonho, por conseguinte desrespeitar a confiança depositada pelo consumidor em determinado produto, pode acarretar prejuízos materiais e até mesmo morais para o fornecedor, pois tende a afetar diretamente a expectativa de consumo.

A confiança tem grande aplicação em todas as fases contratuais, até mesmo nos pós contratuais, momento que o consumidor acredita estar amparado pelo fornecedor na hipótese de problemas com o produto.

Outro ponto relevante é que quando o consumidor adquire produtos ou serviços por meio da Internet acredita na segurança oferecida por determinado site quanto à manipulação dos seus dados pessoais e não apenas aqueles relacionados à compra.

Boa-fé objetiva

Disposto no artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor 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. (BRASIL, 1990).

Em se tratando de marketing, não se pode deixar de registrar que a violação de qualquer princípio dos descritos anteriormente, acarretará também na violação da boa-fé objetiva, pois a falta de veracidade, de transparência, de informação ou descumprimento de oferta apresentada e abusividade no anúncio refletem de forma direta na cláusula de boa-fé.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente vivenciamos o problema da necessidade da conciliação entre evolução tecnológica e a proteção e defesa do consumidor, esse último que por princípio foi considerado pelo legislador como parte vulnerável.

Em que pese a gama de violações que ocorrem no mundo virtual, a grande preocupação que fica é quanto à violação da privacidade dos dados dos consumidores pelos próprios fornecedores, que na prática deveriam ser pautadas na confiança e na lealdade.

Tal problema, é merecedor de atenção não apenas do Estado, mas também dos próprios agentes do mercado publicitário, que são responsáveis pelo desenvolvimento de novas técnicas de oferta.

Observa-se que, a oferta customizada de produtos não é o núcleo do problema, e afronta os direitos constitucionais e os direitos básicos de consumo, quando o fornecedor passa a produzir determinado bem ou serviço, usando como base informações capturadas por meios ilícitos, não transparente.

De outra monta, o consumidor precisa consumir de forma consciente, ficando longe de manipulações, pois só assim é que se pode dizer que está garantida a livre participação no mercado, pois o consumidor detém a liberdade de escolha.

Mister se faz destacar que, o marketing não deve ser visualizado como um inimigo da sociedade, muito pelo contrário, as relações comerciais em sua maioria se iniciam em função do marketing, que impulsionam o desenvolvimento de atividades econômicas, geram empregos e aumentam o poder econômico.

Lado outro, as atividades publicitárias influenciam mentes e por consequência devem ser limitadas e regradas por princípios e normas protetivas da parte mais fraca, vulnerável, que é o consumidor, devendo o Estado exercer um papel fiscalizador de forma mais coercitiva só assim garantindo a efetivação da legislação vigente.

REFERÊNCIAS

- AGEPD. **Agencia Española de Protección de Datos**. Disponível em: <<https://www.agpd.es/portalweb/index-ides-idphp.php>>. Acesso em: 17 jul. 2023.
- BAUDRILLARD, J. **Sociedade de Consumo**. Lisboa: Edições 70, 2007.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf.
- CALAZANS, F. M. A. **Propaganda subliminar multimídia**. 6. ed. São Paulo: Summus Editorial, 1992.
- CARVALHO, A. P. G. 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.
- CENEVIVA W. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- CORREA, R. S. **Propaganda digital**: em busca da audiência através de sites multimídia na web. 1. ed. (2003). 4ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

COUTINHO, M. Marketing e comunidades digitais: do discurso ao diálogo. **Revista da ESPM**. Abril de 2007. Disponível em: <www.ibope.com.br>. Acesso em: 21 de maio 2021.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ERENBERG, J. J. **Publicidade Patológica na Internet à luz da legislação brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

IBGE, 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=pe_squisa_leitura&nivel=null&docid=17FFBC82352731D38325754A005F0EB9>. Acesso em: 21 de maio 2021.

IBOPE, 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 de maio 2021.

IFD. **Código de Ética Anti-Spam**. Disponível em: <<https://www.ifd.com.br/publicidade-e-propaganda/codigo-de-etica-anti-spam/>>. Acesso em: 18 jul. 2023.

JACOBI, M. 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, P.; ARMSTRONG, G. **Introdução de Marketing**. São Paulo, LTC, 1999.

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.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires: 2006.

MARTINS, G. M. Responsabilidade Civil por acidente de consumo na internet. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

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

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. **Código Civil comentado**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

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

PODESTÁ, F. H. 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.

RAMOS, A. C. 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.

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.

SANTOS, A. J. **Dano moral na Internet**. São Paulo: Método, 2001.

SANTOS, F. M. A. **O MARKETING DIGITAL E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR**. Dissertação de Mestrado: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

STIGLITZ, G.; MORELLO, A. M. **Tutela procesal de derechos personalisimos e intereses coletivos**. La Plata: Libreria Editora Platense, 1986.

TERBLANCHE, N.S. **A century of marketing**: Achievements, mishaps and future challenges, Management Dynamics, p.1-17, 2005.

VAZ, A. C. **Google marketing**: o guia definitivo do marketing digital. 2. ed. São Paulo: Novatec, 2008.

Recebido para publicação em junho de 2023.
Aprovado para publicação em agosto de 2023.