

Marketing cruzado na Internet e publicidade abusiva: a necessária proteção à privacidade do consumidor

Cross Marketing on the Internet and abusive advertising: the necessary protection to the consumer's right to privacy

João Victor Rozatti Longhi

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges

Resumo: A eclosão das Tecnologias da Informação e Comunicação trouxe profundas mudanças à sociedade contemporânea. Com elas, também novos riscos às situações jurídicas subjetivas fundamentais e a necessidade de se readaptarem inúmeros institutos para sua adequada tutela. Nesse contexto se insere a publicidade na atualidade. A Internet, especificamente, revela-se estruturada em modelos de negócio cujo *marketing* dirigido é a força principal. Tal forma de oferta é possível, contudo, em detrimento de um valor fundamental no sistema jurídico atual: a privacidade do usuário. Este artigo tem por objetivo apresentar breve sobrevôo acerca do atual problema da falta de privacidade na Internet e o exercício da publicidade por parte dos fornecedores. Por essa razão, analisa o regime jurídico da publicidade no CDC e averigua a abusividade da publicidade dirigida amplamente praticada por intermédio da Internet.

Palavras-Chave: Consumidor – Publicidade – Abusiva - Privacidade – Internet.

Abstract: The popularization of the Information and Communication Technologies (ICTs) brought deep changes to contemporary society. With them, also new risks to the fundamental rights and the need of readjusting many laws. And advertising in the present time is inserted in this context. The Internet, specifically, shows business models whose cross marketing is the main force. Such form of offers is possible, however, in detriment to a fundamental value in the current legal system: the privacy of the user. This article aims to analyze the problem of the lack of privacy on the Internet today and the exercise of the advertising. Therefore, it also studies the legal aspects of the advertising at the Brazilian Consumer Code asking about the abuses of these advertising practices, widely practiced throughout the internet.

Keywords: Consumer - Advertising - Abusive - Privacy - Internet.

Sumário

1. Desdobramentos da publicidade e a proteção do consumidor.....	3
1.1. Identificação da publicidade	3
1.2. Veracidade	5
1.3. Vinculação contratual do ofertante	6
1.4. Transparência na fundamentação.....	7
1.5. Correção dos desvios publicitários	8
2. Espécies de publicidade ilícita no CDC: abusiva e enganosa.....	9
3. Publicidade na Internet	11
4. Privacidade do consumidor internauta e a tutela contra abusividades.	15
5. Considerações finais	23
Referências	25

1. Desdobramentos da publicidade e a proteção do consumidor

O conceito de publicidade é abrangente e sua análise é objeto de estudos em várias áreas do conhecimento. Entretanto, publicidade pode ser definida como todo e qualquer meio que o fornecedor utiliza para promover sua atividade econômica, seja produto ou serviço. Ela se diferencia da propaganda por ter um fim lucrativo, de ofertar um produto ou serviço aos consumidores em potencial, ao passo que a propaganda consiste em uma forma de difundir ideologias¹. A legislação consumerista brasileira trata da publicidade enquanto prática de mercado, apesar de os dois conceitos serem larga e equivocadamente utilizados como sinônimos.

Por sua vez, a publicidade pode ser institucional ou promocional. A primeira guarda relação com o empresário, visando à promoção do fornecedor. Dessa forma, ela é uma publicidade chamada mediata, uma vez que ela promove o fornecedor para incutir, no consumidor, o anseio de conhecer seus produtos e/ou serviços. Por outro lado, a publicidade promocional visa ao anúncio de um objeto direto, ou seja, o que se promove é o produto ou serviço, não o fornecedor. É imediata, porquanto visa à promoção direta do objeto econômico.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) trouxe um sistema próprio de tutela da publicidade, abarcado por alguns princípios norteadores para limitar e direcionar o uso desta técnica de oferta ao público evitando exposição da parte vulnerável da relação jurídica consumerista a riscos e danos aos direitos tutelados pela mesma lei. Alguns valores na publicidade são apontados como estruturais para seu regime jurídico.

1.1. Identificação da publicidade

Dispõe o *caput* do art. 36 do CDC: “A publicidade deve ser identificada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal”.

Assim, nota-se que tal princípio busca garantir que o consumidor saiba quando estiver sendo alvo de publicidade, para evitar que o fornecedor, abusivamente, o induza a contratar com ele mediante mensagens subliminares, que são aqueles meios

¹ Cf. AUBY, Jean-Marie; ABER-DUCOS, Robert, *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 318.

utilizados pelo fornecedor para submeter o consumidor a publicidade sem que ele tenha consciência disso, registrando a oferta apenas em seu subconsciente. O resultado pode ser a aquisição de produtos ou serviços de que o consumidor não necessita, ou mesmo não quer, naquele momento.

Assim, sabe-se que esse princípio assegura ao consumidor o direito de saber que os dados que lhe são transmitidos têm a finalidade específica de promover a venda de um produto ou a utilização de um serviço².

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. OFERTA. ANÚNCIO DE VEÍCULO. VALOR DO FRETE. IMPUTAÇÃO DE PUBLICIDADE ENGANOSA POR OMISSÃO. ARTS. 6º, 31 E 37 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIOS DA TRANSPARÊNCIA, BOA-FÉ OBJETIVA, SOLIDARIEDADE, VULNERABILIDADE E CONCORRÊNCIA LEAL. DEVER DE OSTENSIVIDADE. CAVEAT EMPTOR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA NÃO CARACTERIZADA. [...] 7. Rodapé ou lateral de página não são locais adequados para alertar o consumidor, e, tais quais letras diminutas, são incompatíveis com os princípios da transparência e da boa-fé objetiva, tanto mais se a advertência disser respeito à informação central na peça publicitária e a que se deu realce no corpo principal do anúncio, expediente astucioso que caracterizará publicidade enganosa por omissão, nos termos do art. 37, §§ 1º e 3º, do CDC, por subtração sagaz, mas nem por isso menos danosa e condenável, de dado essencial do produto ou serviço. 8. Pretender que o consumidor se transforme em leitor malabarista (apto a ler, como se fosse natural e usual, a margem ou borda vertical de página) e ouvinte ou telespectador superdotado (capaz de apreender e entender, nas transmissões de rádio ou televisão, em fração de segundos, advertências ininteligíveis e em passo desembestado, ou, ainda, amontoado de letrinhas ao pé de página de publicação ou quadro televisivo) afronta não só o texto inequívoco e o espírito do CDC, como agride o próprio senso comum, sem falar que converte o dever de informar em dever de informar-se, ressuscitando, ilegitimamente e *contra legem*, a arcaica e renegada máxima do caveat emptor (= o consumidor que se cuida). 9. A configuração da publicidade enganosa, para fins civis, não exige a intenção (dolo) de iludir, disfarçar ou tapear, nem mesmo

² BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 526.

culpa, pois se está em terreno no qual imperam juízos alicerçados no princípio da boa-fé objetiva.³

1.2. Veracidade

O art. 37, §1º, do CDC, ao tratar da proibição à publicidade enganosa, consagrou o princípio da publicidade veraz. Ele decorre do *dever de informar*, anexo à *boa-fé objetiva*, princípio basilar do nosso direito privado. Esses deveres anexos, também chamados de laterais, ou instrumentais, ou deveres acessórios de conduta, ou deveres de proteção, ou, ainda, deveres de tutela, são dirigidos a todos os participantes do vínculo obrigacional, constituindo deveres de cooperação e proteção dos interesses recíprocos⁴.

Pela boa-fé objetiva, os contratantes devem guardar fidelidade à palavra dada, de forma a não frustrar ou abusar da confiança, uma vez que todas as relações humanas têm, nela, sua base⁵.

Gladston Mamede⁶ lembra que o dever de informar – e, *mutatis mutandis*, o direito de ser informado – guarda forte relação com a autonomia privada e a força vinculadora da expressão da vontade pelos particulares, com força de norma jurídica. Essa relação está no fato de a vontade só ser livre e consciente quando o sujeito tem uma compreensão adequada do ato que praticará.

Dessa forma, o que se busca é garantir que a autonomia privada estará vinculada a um consentimento esclarecido por parte do consumidor, que recebe a declaração de vontade conforme o princípio da confiança⁷. E o princípio da publicidade veraz, ao garantir que a publicidade guarde identidade com o produto ou serviço verdadeiros, garantiu o cumprimento do dever de informar com vistas à obtenção desse consentimento esclarecido.

Nesse sentido, *verbi gratia*, a jurisprudência do STJ, que imputou responsabilidade à corretora de imóveis pelo regime do CDC haja vista ter omitido que o bem objeto de promessa de compra e venda era de propriedade de massa falida de sociedade empresária, anteriormente penhorado:

³ STJ, AgRg no AgRg no REsp 1261824/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 09/05/2013. G. n.

⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 438-439

⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. de Jaime Santos Brinz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. I, p. 143.

⁶ *Direito empresarial brasileiro*, volume 5: teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2010, p. 75.

⁷ Cf. MARTINS, Fernando Rodrigues. *Superendividamento e a necessidade de proteger o consumidor dele mesmo*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/superendividamento-e-a-necessidade-de-protger-o-consumidor-dele-mesmo/6323>. Acesso em 31 ago. 2013.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E DO CONSUMIDOR. [...] CORRETORA QUE INTERMEDEIA A CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA QUE, DESDE A ORIGEM, MOSTRAVA-SE NULO, VISTO QUE A VENDEDORA TIVERA A FALÊNCIA DECRETADA CERCA DE UM ANO ANTES E O BEM IMÓVEL ENCONTRAVA-SE PENHORADO. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. POSSIBILIDADE. 1. É inequívoco que o corretor de imóveis deve atuar com diligência, prestando às partes do negócio que intermedeia as informações relevantes, de modo a evitar a celebração de contratos nulos ou anuláveis, podendo, nesses casos, constatada a sua negligência quanto às cautelas que razoavelmente são esperadas de sua parte, responder por perdas e danos 2. Ademais, a moldura fática aponta, no que as partes não controvertem, que a recorrente promoveu a veiculação de publicidade do imóvel - inclusive, foi o que atraiu a autora para a oferta -, o qual estava há muito penhorado e já pertencia à massa falida, isto é, não estava mais sob a gestão dos administradores da Conenge. Com efeito, apurada a patente negligência da recorrente quanto às cautelas que são esperadas de quem promove anúncio publicitário - ainda que não afirmada a má-fé -, nos termos do artigo 37, § 1º, do CDC, também por esse fato é cabível o reconhecimento de sua responsabilidade, visto que a publicidade mostrara-se idônea para induzir a consumidora em erro. 3. Em relação à denúncia da lide, a decisão tomada pelo Tribunal de origem decorreu de fundamentada convicção, amparada na análise dos elementos existentes nos autos, tendo sido constatado pelas instâncias ordinárias que a autora havia sido lesada, já tendo pago todo o preço do bem imóvel quando procurou o Cartório, de modo que a eventual reforma do acórdão recorrido esbarra no óbice intransponível imposto pela Súmula 7 desta Corte. 4. Recurso especial não provido.⁸

1.3. Vinculação contratual do ofertante

Tal princípio guarda semelhança com a questão da oferta, tratada no Direito dos Contratos. O art. 30 do CDC tornou obrigatório o cumprimento pelo fornecedor de todas as informações expostas na publicidade, como no instituto de Direito Civil.

Nelson Rosenvald leciona que, em verdade, o CDC foi ainda mais rigoroso que o Código Civil (CC), posto que este diploma legal exige que a oferta ao público,

⁸ (REsp 1266937/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 01/02/2012)

para ser vinculativa, com característica de proposta, traga, consigo, os elementos essenciais ao contrato. Caso contrário seria uma “recomendação para que sejam encaminhadas propostas ao anunciante, um convite a contratar”, enquanto que o CDC trouxe, nos arts. 30 a 35, que a oferta pública é irrevogável e o art. 35 da legislação consumerista dá, ao consumidor, inclusive, a prerrogativa de demandar tutela específica da obrigação nos termos da oferta, apresentação ou publicidade, em caso de recusa do fornecedor ao seu cumprimento⁹.

Dessa forma, a vinculação contratual da publicidade, presente no Direito do Consumidor, guarda semelhança com o regime da oferta no Direito Civil, mas com essa ressalva.

1.4. Transparência na fundamentação

Por esse princípio, o fornecedor deve manter todas as informações – técnicas, fáticas e científicas – relativas às publicidades por ele realizadas em seu poder, de forma a assegurar ao consumidor a preservação e o acesso às informações referentes à publicidade, garantindo, mediante *inversão do ônus da prova* (art. 38 do CDC), que, em momento algum, seja o consumidor lesado pela falta de acesso a tais informações.

Nesse sentido, a jurisprudência do TJRJ vem condenando provedores de conexão à Internet que oferecem serviços de banda larga em locais que posteriormente não poderiam fornecer por impossibilidade técnica:

APELAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E INDENIZATÓRIA. LINHA TELEFÔNICA COM ACESSO À INTERNET. SERVIÇO OI VELOX DE INTERNET CONTRATADO E NÃO DISPONIBILIZADO POR INVIABILIDADE TÉCNICA. COBRANÇA INDEVIDA. AUTOR VÍTIMA DE PUBLICIDADE ENGANOSA. DANO MORAL. 1- Relação de consumo. 2- A Ré, na condição de fornecedora de serviço, responde objetivamente pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa, só podendo se eximir desta nos casos estritos do art. 14, § 3º do CDC. 3- Teoria do Risco do Empreendimento. 4- Autor afirma que contratou nova linha telefônica, pois lhe foi garantido plano que incluía acesso à internet - OI VELOX. 5- Consumidor afirma que, após a instalação da linha telefônica, o preposto da Ré informou que não havia viabilidade técnica para disponibilização do serviço. 6- O folder acostado aos

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, v. 4: Contratos, teoria geral e contratos em espécie. 3. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2013, p. 98.

autos pela própria concessionária não fornece as informações sobre as condições do negócio, tudo formatado de maneira a induzir o consumidor mediano a erro, evidenciando publicidade enganosa. 7- A Ré fez uso da publicidade enganosa por omissão (§ 3º do art. 37, do CDC), valendo-se da vulnerabilidade do consumidor, faltando com o dever de informar dado essencial do serviço oferecido, qual seja, a viabilidade de técnica. 8- Afronta aos arts. 37 § 3º, 39, IV e 51, XV todos do CoDeCon. 9- É lícito estimular o consumo de bens e serviços através da publicidade, porém esta deve pautar-se pelos princípios do CDC, principalmente o da boa-fé. 10 Violação dos princípios da Transparência, Boa-fé Objetiva e Informação, do direito de dar ao consumidor conhecimento prévio e o verdadeiro conteúdo do contrato, na forma dos artigos 4º III, e 6º, III do CDC. 11- A concessionária não deveria oferecer serviços sem antes se certificar da possibilidade de instalação do serviço no imóvel do Autor. 12- Evidentemente que o fato causou desgaste físico, psicológico e a frustração de que foi vítima, por não poder usufruir do serviço que acreditava ter adquirido circunstâncias que não constituem mero aborrecimento, suficiente para ensejar o dever de indenizar, nos termos do art. 6º, inciso VI do C.D.C. 13- Dano moral caracterizado. 14- Quantum indenizatório de R\$5.000,00 (cinco mil reais) que deve ser mantido, pois atende aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e de acordo com casos semelhantes. 15- NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO, na forma do art. 557, caput do CPC.¹⁰

1.5. Correção dos desvios publicitários

Por esse princípio, toda publicidade enganosa ou abusiva deve ser corrigida, possivelmente mediante contrapropaganda, não podendo mais ser veiculada.

Nesse sentido, v. g., decisão do TJRJ que determinou a informação ao consumidor do não reconhecimento pelo MEC em curso de educação à distância:

CURSO SUPERIOR A DISTANCIA. CURSO NAO RECONHECIDO PELO M.E.C. PROPAGANDA ENGANOSA. FALTA DE INFORMACAO ADEQUADA. DEVOLUCAO DA QUANTIA PAGA. DANO MORAL. ORDINÁRIA. PUBLICIDADE ENGANOSA. OFERTA DE CURSO UNIVERSITÁRIO À DISTÂNCIA, SEM AVISO DE QUE A INSTITUIÇÃO NÃO SE ENCONTRAVA CREDENCIADA JUNTO AO MINISTÉRIO DA

¹⁰ TJRJ - 0020639-17.2012.8.19.0001 – APELACAO - DES. TERESA CASTRO NEVES - Julgamento: 06/06/2013 - SEXTA CAMARA CIVEL.

EDUCAÇÃO E CULTURA - MEC. DEVER IMPOSTO AO PRESTADOR DE SERVIÇO DE VEICULAR CONTRAPROPAGANDA, NA FORMA DO ART. 56, XII, DA LEI Nº 8.078/90. INFORMAÇÕES QUE HÃO DE OBSERVAR A MESMA AMPLITUDE E ÊNFASE, DE MODO A PERMITIR O CONHECIMENTO, PELOS CONSUMIDORES, TAL COMO A OFERTA ANUNCIADA. DESCUMPRIMENTO. RÉ QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS QUE LHE COMPETIA, NO SENTIDO DE COMUNICAR AOS ALUNOS A AUSÊNCIA DO COMPETENTE RECONHECIMENTO DO CURSO MINISTRADO. CONDENAÇÃO NA DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO, CORRIGIDO MONETARIAMENTE E COM INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA, ALÉM DO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANO MORAL. IRRESIGNAÇÃO. RÉ QUE EM MOMENTO ALGUM NEGOU HAVER OFERECIDO CURSO UNIVERSITÁRIO À DISTÂNCIA, NÃO LOGRANDO AFASTAR SUA LEGITIMIDADE PASSIVA. DEVER DE INFORMAÇÃO INOBSERVADO. RESPONSABILIDADE IN RE IPSA. DANOS MORAIS. MONTANTE QUE NÃO MERECE REPARO, EIS QUE, ATENTO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSOS CONHECIDOS, AOS QUAIS SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC.¹¹

2. Espécies de publicidade ilícita no CDC: abusiva e enganosa

A vedação à publicidade abusiva representa um grande avanço na legislação consumerista brasileira, o que pode ser comprovado com uma comparação entre as normas de direito do consumidor no nosso ordenamento jurídico e de países mais juridicamente desenvolvidos¹².

O conceito traz uma ideia de proteção ao consumidor, parte hipossuficiente da relação jurídica, frente à exploração e opressão do fornecedor, com novas aplicações, como a tutela dos bons costumes e de outros valores, como o meio ambiente. Importante nesse ponto é diferir publicidade abusiva de enganosa.

A publicidade enganosa, proibida pelo CDC, art. 37, *caput* e §§1º e 3º, é aquela suscetível de induzir o consumidor a erro. Isso pode ser de qualquer forma, seja

¹¹ TJRJ - 0007376-89.2009.8.19.0075 – APELACAO - DES. MAURO DICKSTEIN - Julgamento: 22/05/2013 - DECIMA SEXTA CAMARA CIVEL. Grifamos.

¹² BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 210.

ela comissiva ou omissiva. Dessa forma, Claudia Lima Marques usa como parâmetro para definir se uma publicidade é ou não enganosa o “observador menos atento”, ou seja, aquele que vê a publicidade, mas, provavelmente, não notará, por exemplo, as letras menores, ou qualquer outro elemento a ela inerente:¹³

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR – ANÚNCIO DE VEÍCULO – VALOR DO FRETE – INFORMAÇÃO NO RODAPÉ – LETRAS MIÚDAS – REEXAME DE PROVA – ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ – PROPAGANDA ENGANOSA – NÃO-CARACTERIZAÇÃO. 1. Inviável a verificação do tamanho dos caracteres utilizados no anúncio publicitário, em razão do óbice da Súmula 7/STJ. 2. Anúncio publicitário que informa a não-inclusão do valor do frete no preço ofertado e, ao mesmo tempo, não especifica o seu valor correspondente, por si só, não configura publicidade enganosa ou abusiva, ainda que essa informação conste no rodapé do anúncio veiculado em jornal. 3. Recurso especial não provido.¹⁴

O que, para alguns, não se confunde com o erro justificável na página virtual,¹⁵ mas também se estende a práticas de publicidade em um meio de comunicação e regulamento na Internet, por exemplo¹⁶.

¹³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 831 e ss.

¹⁴ STJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 02/09/2010, T2 - SEGUNDA TURMA.

¹⁵ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - OBRIGAÇÃO DE DAR COISA CERTA C/C INDENIZAÇÃO - COMPRA PELA INTERNET - VALOR DO BEM MUITO ABAIXO DO VALOR DE MERCADO - ERRO FLAGRANTE - PUBLICIDADE ENGANOSA - INOCORRÊNCIA - INADIMPLÊNCIA DO CONTRATO - INDENIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE.

- Constatado o evidente erro na informação do anúncio veiculado pela internet, não há falar em propaganda enganosa.

- Existindo erro justificável, não se pode obrigar o fornecedor a entregar bem por valor muito abaixo do real, sob pena de enriquecimento ilícito do consumidor.

- O inadimplemento contratual não gera, por si só, o direito à reparação por danos morais.

- Preliminar de nulidade da sentença rejeitada.

- Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

- Apelo não provido. (Apelação Cível 1.0701.12.014686-8/001, Relator(a): Des.(a) Nilo Lacerda, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/08/2013, publicação da súmula em 14/08/2013)

¹⁶ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - SENTENÇA "ULTRA PETITA" - INOCORRÊNCIA - TELEFONE CELULAR REGISTRADO EM NOME DE OUTREM - PROPRIEDADE DA USUÁRIA COMPROVADA - CONTEMPLAÇÃO DE PRÊMIO EM PROMOÇÃO TELEVISIVA - DIREITO A RECEBER O PRÊMIO DA USUÁRIA EMITENTE DA MENSAGEM - DIVULGAÇÃO DA PROMOÇÃO PELA TELEVISÃO E RESPECTIVO REGULAMENTO PELA "INTERNET" - PROPAGANDA ENGANOSA - SUCUMBÊNCIA - INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS A

Sobre a publicidade abusiva, sabe-se que ainda não existe um critério jurídico infalível que a identifica¹⁷. Dessa forma, sempre que uma publicidade não for enganosa, mas contrarie a Lei Maior e a legislação infraconstitucional, será tida como abusiva.

O CDC trouxe um rol *numerus apertus*¹⁸ de formas abusivas de publicidade em seu art. 37, §2º. Este trata como abusiva toda publicidade: a) discriminatória; b) que incite violência; c) que explore o medo ou a superstição do consumidor; d) que se aproveite da hipervulnerabilidade da criança; e) que desrespeite valores ambientais. f) que possa induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Há, contudo, outras formas de publicidade abusiva. Neste trabalho, será averiguada a abusividade daquela que se utiliza de informações privadas do usuário da internet para lhe ofertar, pela *web*, produtos cuja probabilidade de lhe ser interessante seja maior: o chamado *marketing* cruzado.

3. Publicidade na Internet

O primeiro caso de publicidade na internet de que se tem notícia é o caso do escritório de advocacia Canter & Siegel, nos Estados Unidos, que, em um fórum de debates, lançou uma série de anúncios de serviços para obtenção do *Green Card*. O caso ganhou a atenção da mídia devido à péssima repercussão entre os internautas, com natural queda na reputação do escritório¹⁹.

PARTIR DA ÚLTIMA CITAÇÃO VÁLIDA.
- Não há que se falar que a decisão é 'ultra petita' quando o magistrado decide em conformidade com os pedidos formulados pela parte autora.
- A propriedade da coisa móvel se transfere com a simples tradição, sendo, portanto, prescindível a transferência formal de titularidade junto à operadora de telefonia móvel.
- Restando comprovado que o telefone celular sorteado na promoção "Seleção do Faustão" pertence à parte requerente, sendo, inclusive, fato incontroverso, ter sido esta quem enviou a mensagem participante da promoção, pertence a esta o direito ao recebimento do prêmio respectivo.
- Pratica a propaganda enganosa a empresa que divulga chamada atrativa de concurso através da televisão e o respectivo regulamento apenas através da "Internet", mormente se a divulgação omite questão relevante que pode inviabilizar a participação do consumidor.
- Os juros moratórios incidentes sobre os honorários sucumbenciais são devidos a partir da citação válida. (Apelação Cível 1.0079.06.284239-2/003, Relator(a): Des.(a) Valdez Leite Machado, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/11/2012, publicação da súmula em 07/12/2012)

¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Op cit.* p. 210.

¹⁸ O caráter exemplificativo desse rol é facilmente abstraído a partir da expressão "dentre outras", que aparece no art. 37, §2º, não havendo margem de discussão acerca disso, porquanto não há qualquer elemento no texto legal que possa induzir à crença de que o rol é *numerus clausus*.

¹⁹ ERENBERG, Jean-Jacques. **Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 38.

Para se reconhecer a publicidade na internet, não se pode deixar de ter em mente que a publicidade tem que ser veiculada de forma que o consumidor a reconheça como tal. Por isso, no ambiente virtual, qualquer informação com vistas à divulgação de produto ou serviço e estímulo ao seu consumo será vista como publicidade²⁰.

Erenberg²¹ cita várias formas diferentes de publicidade na internet. São elas: *websites* de destinação, por meio dos quais é possível a divulgação de produtos e serviços, bem como a realização de vários tipos de negócios jurídicos; os *micro-sites*, também chamados *hot sites* ou *promo pages*, são pequenos sítios dedicados unicamente a um produto ou serviços, ao qual os usuários são direcionados ao clicar em um *banner*; as páginas intercaladas, que são páginas que surgem na tela do computador do usuário, ocupando-a em parte ou em sua totalidade, sobre as quais os usuários, via de regra, não possuem nenhum controle, sendo necessariamente submetidos a elas; os *frames*, que são “subdivisões da janela principal do navegador”²², cada uma funcionando como uma pequena janela, com conteúdos independentes; as janelas *pop-up*, que aparecem na tela, invadindo o campo visual do internauta, sem aviso ou permissão do mesmo; os *websites* de aproximação, corretagem e leilão, que funcionam como intermediário entre compradores e vendedores; os *banners* que aparecem no canto das páginas e geralmente levam o internauta a um *micro-site* ou outra página na internet quando este clica sobre eles; e os *e-mails* que a empresa pode enviar ao consumidor ofertando seus produtos e serviços, desde que respeitadas as condições legais.

Outra forma de publicidade que pode ser veiculada *online* é o SPAM, sobre o qual, recentemente, decidiu o STJ no fatídico julgado cuja ementa se segue:

INTERNET - ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS - SPAM - POSSIBILIDADE DE RECUSA POR SIMPLES DELETAÇÃO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1 - segundo a doutrina pátria "só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada

²⁰ DIAS, Jean Carlos. **O direito contratual no ambiente virtual**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 126. O autor erroneamente se refere à publicidade como “propaganda”.

²¹ *Op. cit.*, p. 41 e ss.

²² PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 43.

estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo". 2 - Não obstante o inegável incômodo, o envio de mensagens eletrônicas em massa - SPAM - por si só não consubstancia fundamento para justificar a ação de dano moral, notadamente em face da evolução tecnológica que permite o bloqueio, a deleção ou simplesmente a recusada de tais mensagens. 3 - Inexistindo ataques a honra ou a dignidade de quem o recebe as mensagens eletrônicas, não há que se falar emnexo de causalidade a justificar uma condenação por danos morais. 4 - Recurso Especial não conhecido.²³

O caso foi o de um consumidor que recebeu em seu *e-mail* publicidade de um restaurante onde ocorriam *shows* de *strip-tease*. Mesmo depois de o autor contatar o restaurante solicitando que tais mensagens parassem de ser enviadas, a cessação não ocorreu. No caso, apenas o relator, Ministro Luís Felipe Salomão, reconheceu a existência do dano moral e a obrigação de o restaurante retirar o autor da lista de envio.

Em seu voto, o Relator originário esclareceu, sobre o SPAM, a diferença entre o sistema *opt-in*, utilizado na União Europeia e o *opt-out*, utilizado nos Estados Unidos. No primeiro, o consumidor em potencial receberá mensagens se realizar um cadastro, autorizando-as e, no segundo, ele as receberá sem necessidade do mesmo, mas poderá requerer à empresa que estas cessem. No Brasil, infelizmente, ainda não há regulamentação legal sobre o assunto.

Quando a ementa se referiu ao SPAM como “mero dissabor”, não o enquadrando no conceito doutrinário de “desequilíbrio em seu bem-estar”, o Superior Tribunal de Justiça adotou posição dissonante ao regime de publicidade previsto no CDC. Isto porque receber, em seu *e-mail* pessoal, publicidade desse jaez não pode tratada como “mero dissabor”, principalmente após ter notificado o fornecedor requerendo a cessação.

Não Obstante, o Desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Amapá Honildo Amaral de Mello Castro, relator para o acórdão, asseverou que uma vez

²³ REsp 844.736/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 02/09/2010.

admitido o dano moral neste caso, a quantidade de demandas semelhantes se multiplicaria de forma exponencial.

O raciocínio hipotético, utilitarista, de consequencialismo pedestre e destituído de fundamentos práticos, deixou de se ater à causa de pedir dos autos, ou seja, o dano moral sofrido pela vítima²⁴.

Ainda sem legislação específica sobre o tema, o Executivo federal editou o Decreto nº 7.962/2013, que visa regulamentar o CDC para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico²⁵.

No concernente à publicidade, dispõe que os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização: I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros; V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta (art. 2º).

Além disso, traz obrigações específicas ao ofertante nos sites de compras coletivas (art. 3º)²⁶ e dispõe também sobre atendimento facilitado ao consumidor (art.

²⁴ Para maiores críticas ao caso, V. LONGHI, João Victor Rozatti; MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade civil do provedor pelos danos à pessoa humana nos sites de redes sociais. in LISBOA, Roberto Senise; ABREU, Célia; REZENDE, Élcio. Direito Civil. Niterói: Anais do XX Congresso Nacional do Conpedi. pp. 277-304. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8487e01fbaf43e75>. Acesso 07 set. 2013.

²⁵ Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos:

- I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor;
- II - atendimento facilitado ao consumidor; e
- III - respeito ao direito de arrependimento.

²⁶ Art. 3º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2º, as seguintes:

- I - quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato;
- II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e
- III - identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º.

4º)²⁷, exercício do direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC (art. 5º)²⁸, identidade oferta-bem (art. 6º)²⁹ e sanções administrativas, que são as do art. 56 do CDC (art. 7º).³⁰

Contudo, pouco ainda se dispõe acerca da privacidade do usuário e sua proteção quanto às práticas invasivas dos fornecedores ofertantes. Com relação à abusividade, Patrícia Peck Pinheiro assevera que não há uma definição de situações abusivas, mas que, nas políticas internas de “definição do uso aceitável” das empresas, estas serão encontradas³¹. Contudo, pode-se afirmar que é possível sustentar a abusividade na publicidade veiculada na internet no tocante ao “marketing cruzado”, com base no direito fundamental à privacidade.

4. Privacidade do consumidor internauta e a tutela contra abusividades.

²⁷ Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá:

I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos;

II - fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação;

III - confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta;

IV - disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação;

V - manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato;

VI - confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor; e

VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor.

Parágrafo único. A manifestação do fornecedor às demandas previstas no inciso V do **caput** será encaminhada em até cinco dias ao consumidor.

²⁸ Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

§ 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

§ 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou

II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

§ 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

²⁹ Art. 6º As contratações no comércio eletrônico deverão observar o cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços contratados, observados prazos, quantidade, qualidade e adequação.

³⁰ Art. 7º A inobservância das condutas descritas neste Decreto ensejará aplicação das sanções previstas no art. 56 da Lei nº 8.078, de 1990.

³¹ PINHEIRO, Patrícia Peck, *Op cit*, p. 335.

O conceito de “Privacidade” varia conforme o sistema jurídico. No âmbito do *Common Law*, esse direito decorre da Liberdade, ao passo que, no *Civil Law*, ele advém da Dignidade Humana³².

A liberdade é um direito que foi conquistado paulatinamente começando no século XIII, com a *Magna Charta*, outorgada pelo rei João Sem-Terra, da Inglaterra, para resguardar alguns privilégios dos barões.

Em 1668, o Parlamento inglês enviou ao rei a *Petition of Rights*, pedindo o reconhecimento de direitos e liberdades já reconhecidos na *Magna Charta*, mas que vinham sendo violados. Seu reconhecimento pelo rei foi uma grande vitória para o povo inglês. Foi com o tempo que a liberdade começou a ganhar poder, devido ao fortalecimento do Parlamento e do Judiciário inglês³³.

Em 1679, ocorreu uma das maiores vitórias da liberdade inglesa: o *Habeas Corpus Act*, que visava a garantir o direito de liberdade frente às prisões arbitrárias que ocorreram durante a Revolução Puritana na Inglaterra.

O mais importante documento britânico nesse contexto foi promulgado em 1688: a *Bill of Rights*. Tal carta conferiu imenso poder ao Parlamento Britânico, submetendo a ele a coroa, instituindo, portanto, a monarquia constitucional na Inglaterra. Esse modelo era submetido à soberania popular, tendo, inclusive, servido como fonte de inspiração ideológica para movimentos liberais na América e na Europa nos séculos XVIII e XIX.

Contudo, explica José Afonso da Silva³⁴ que a primeira carta de direitos fundamentais em sentido moderno foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, uma das Treze Colônias Inglesas na América. Essa declaração, anterior à própria Independência dos Estados Unidos, ergueu os pilares dos direitos do homem, consagrando, por exemplo, a divisão dos poderes em três, conforme proposto por Montesquieu, tornando as eleições dos representantes do povo livres, e impondo a igualdade entre todos os homens, tidos, também, como livres e independentes, consagrou a popularização da soberania estatal e que o governo deveria buscar o benefício do povo, vedando privilégios exclusivos, dentre outros direitos liberais consagrados. Essa declaração influenciou na de Independência e na própria Constituição

³² Cf. WHITMAN, James Q. *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty in YALE Law Journal*. Vol. 113 (2004). Disponível em: <http://www.yalelawjournal.org/images/pdfs/246.pdf>. Acesso em 07 set. 2013. *Passim*.

³³ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 152.

³⁴ *Id.* p. 153.

Estadunidense, sendo um dos documentos históricos mais importantes para a consagração da liberdade como direito do homem.

Foram os franceses que, por meio de sua famosa Revolução, levaram essa primeira noção de direitos fundamentais para o resto do mundo, instaurando, em tese, na França, os ideais burgueses de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, que positivaram na Declaração Internacional dos Direitos do Homem e do Cidadão. Comparato afirma que os revolucionários franceses se viam como apóstolos de um novo mundo, que deveria ser anunciado a todos os povos naquele tempo e nos próximos³⁵.

Foi a partir daí que a liberdade foi consagrada como direito fundamental, aparecendo nas constituições da grande maioria do mundo civilizado.

A liberdade é um direito de característica normogenética, de forma que, dela, advém inúmeros outros, como o direito de locomoção, ou a proibição de prisões arbitrárias, sem o devido processo legal. Nos países de *Common Law*, a Privacidade é uma extensão da liberdade.

No sistema *Civil Law*, onde se enquadra o Brasil, a Privacidade vem da dignidade humana, princípio basilar do Estado.

Na doutrina cristã se encontra uma das bases da dignidade humana. Aqui, o ser humano foi enxergado como “imagem e semelhança de Deus”. Segundo São Tomás de Aquino, a razão converte o ser humano em um fim em si mesmo, jamais podendo ser alvo de instrumentalização. Isso é dignidade humana.

Kant trouxe uma noção de dignidade contrapondo-a a “preço”: o que tem preço pode ser trocado por algo equivalente. O que não tem preço e, por conseguinte, é insubstituível, tem dignidade³⁶. Segundo Nelson Rosenvald, enquanto imperativo categórico, “a dignidade é um valor moral intrínseco ao homem que jamais poderá ser relativizado pelo Estado ou pela sociedade”³⁷.

A doutrina kantiana aproximou os conceitos de dignidade humana e liberdade, porquanto o ser humano age conforme a sua vontade no uso da razão, de forma que a liberdade é um princípio fundamental do sistema, convertendo o sujeito em destinatário da ordem jurídica. Sem a liberdade, a pessoa humana é tão-somente um mero instrumento a serviço da sociedade.

³⁵ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 134.

³⁶ KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. São Paulo: Nova Cultural, 2000 (Col. Os pensadores), p. 134.

³⁷ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

Dessa forma, independentemente de a privacidade advir da liberdade ou da dignidade humana, o importante é que ela continuará tendo o mesmo valor, posto que esses dois princípios dialogam muito entre si. A grande questão com relação a isso é que as diferenças conceituais criam uma dificuldade de tutela mundial idêntica da privacidade.

Em princípio, um significado básico de privacidade contemporânea seria a capacidade que o indivíduo tem de controlar o fluxo de informações a seu respeito³⁸.

Contudo, Túlio Lima Vianna assevera que de tal direito decorre a tutela de três diferentes interesses jurídicos: o direito de não ser monitorado, o direito de não ser registrado e o direito de não ser reconhecido, o que implica na não publicação de registros pessoais³⁹.

Além disso, Daniel J. Solove propõe a seguinte taxonomia: (1) coleta de informações: a) vigilância, b) interrogação; (2) processamento de informações: a) agregação, b) identificação, c) insegurança, d) uso secundário, e) exclusão; (3) disseminação de informações: a) quebra de confidencialidade; b) revelação; c) exposição; d) aumento de acessibilidade; e) chantagem; f) apropriação; g) distorção; (4) invasão: a) intrusão, b) interferência em decisões⁴⁰.

Não obstante, Marcelo Leonardi afirma que a proposta de Vianna é exageradamente abrangente, haja vista que ninguém poder ter absoluto controle sobre as informações a seu respeito que circulam⁴¹. Ademais, levanta inúmeras situações não abrangidas por Solove, dentre as quais se destacam: a possibilidade de um vídeo privado de um casal em ato sexual circular em *website* de conteúdo pornográfico; jornais eletrônicos publicando documentos secretos cujo teor foi conhecido ilicitamente; redes sociais criam dificuldades para seus usuários apagarem suas contas e fazer suas informações desaparecerem dos registros; uma empresa de comércio eletrônico tem seus servidores invadidos e permite o acesso aos dados pessoais e números de cartões de crédito de seus clientes.⁴²

Dessa forma, o autor vê dificuldades na explanação de um conceito de privacidade que abranja toda a problemática que lhe é inerente. Contudo, é certo que a

³⁸ Cf. LEONARDI, Marcelo. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67.

³⁹ VIANNA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. (Tese) Curitiba: UFPR. p. 73.

⁴⁰ Cf. SOLOVE, Daniel J. **Understanding Privacy**. Cambridge: Harvard University Press, 2008. pp. 10-11 e 101 e ss.

⁴¹ Cf. LEONARDI, Marcel. *Privacidade* (cit.). pp. 78 e ss.

⁴² *Ibidem.*, p. 89.

formação de um conceito não deve ter o condão de abranger seus futuros desdobramentos práticos, mas sim servir para interpretá-los. Daí porque os conceitos de Solove e Tulio Vianna são de importante valor.

Outrossim, sabe-se que a privacidade até agora tem sido tratada apenas em sua dimensão individual. Não obstante, ela possui um caráter público cuja existência também tem sua importância. É a dimensão coletiva da privacidade.⁴³

Empresas têm se valido da coleta e do uso de informações armazenadas em bancos de dados e cadastros de consumo para estimular um consumismo cada vez maior, por meio da chamada “publicidade dirigida”.

Essa forma de publicidade está na base dos modelos da Internet na atualidade. Trata-se de uma consequência da chamada web 2.0. Segundo Tim O’Reilly, precursor da expressão, a *Web 2.0* seria ilustrada como um grande sistema solar, em que os serviços prestados pela Internet são difusos, por meio de técnicas que incentivem condutas positivas dos próprios usuários. É o caso de veículos como a *Wikipedia*, uma enciclopédia colaborativa, em que os usuários inserem seu conteúdo. São muitos os exemplos: blogues, redes sociais, troca de arquivos *P2P* e outros.⁴⁴

O provedor, nestes casos, vale-se de técnica conhecida por *cross marketing*, consistente em ações promocionais de certos produtos e serviços, as quais, embora não rentáveis em si, proporcionam lucros decorrentes da venda de outro. É o caso de um site de redes sociais, que, “apesar de gratuito, [...] exige que o usuário realize um cadastro e concorde com as condições de prestação do serviço, gerando um banco de dados com infinitas aplicações comerciais”, sendo ferramenta importante na divulgação de sua marca. “Há, portanto, inegável relação de consumo nos serviços de *internet*, ainda que prestados gratuitamente.”⁴⁵

Acerca do tema, Jonathan Zittrain faz a seguinte indagação: “é justo, por exemplo, um *website* de vendas, como, por exemplo, o *Amazon*, gravar o tempo que cada usuário gasta contemplando um item antes de comprá-lo?”⁴⁶

⁴³ Nesse sentido, NISEMBAUM, Helen. **Privacy in context: Technology, policy and integrity of social life**. Stanford: Stanford Law Books, 2010. p. 5.

⁴⁴ Cf. O’REILLY, Tim. O que é Web 2.0? Padrões de design e modelos de negócios para a nova geração de software. Publicado em <http://www.oreilly.com/>. Tradução: Miriam Medeiros. Revisão técnica: Julio Preuss. Novembro 2006 Disponível em: <http://www.cipedya.com/web/FileDownload.aspx?IDFile=102010>. Acesso em: 09 set. 13.

⁴⁵ Cf. STJ – Recurso Especial nº 1193764 /SP – TERCEIRA TURMA - Relatora. Ministra NANCY ANDRIGHI – Julgamento 14/12/2010 – Informativo de jurisprudência nº 0460. Grifo nosso.

⁴⁶ ZITTRAIN, Jonathan. *The future of Internet and how to stop it*. New Haven/London: Yale University Press, 2008. p. 204. Tradução nossa.

O autor prossegue asseverando que tais dados poderiam ser usados pelo *website* em questão para impulsionar ainda mais os compradores, ao averiguar que determinado consumidor não espera tempo suficiente para refletir sobre o preço inerente ao item que acabaram de comprar. Alguns consumidores, no caso, notaram que poderiam ter economizado dez dólares em um item, se tivessem deletado os *cookies* que indicavam ao *website* que já o visitaram antes⁴⁷.

Tais práticas são amplamente utilizadas pelos conglomerados empresariais que atuam na Internet. *Google, Facebook*, dentre outros valem-se destes modelos de negócios que se baseiam no armazenamento maciço de dados pessoais, muitos de caráter sensível, gerando riscos de que sua utilização ocorra apenas para fins de oferecer o produto mais relevante ao consumidor certo. Nesse sentido, Eli Pariser:

A questão é que a base dos dois negócios é essencialmente a mesma: publicidade direcionada, altamente relevante. Os anúncios contextuais que o Google coloca ao lado dos resultados de pesquisas e em sites são sua única fonte significativa de lucro. E, embora as finanças do Facebook não sejam reveladas ao público, alguns *insiders* já deixaram claro que a publicidade está no âmago dos rendimentos da empresa. O Google e o Facebook tiveram pontos de partida e estratégias diferentes — um deles apoiou-se nas relações entre informações, o outro nas relações entre pessoas-, porém, em última análise, os dois competem pelos mesmos dólares advindos da publicidade.’ Do ponto de vista do anunciante on-line, a questão é simples: qual empresa ira gerar o maior retorno por cada dólar investido? É aí que a relevância entra na equação. As massas de dados acumuladas pelo Facebook e pelo Google têm dois propósitos: para os usuários, os dados são a chave para a oferta de notícias e resultados pessoalmente relevantes; para os anunciantes, os dados são a chave para encontrar possíveis compradores. A empresa que tiver a maior quantidade de informações e souber usa-las melhor ganhará os dólares da publicidade.⁴⁸

Estas são muitas evidências de que os modelos de negócio na web contemporânea revelam abusividades por se arquitetarem em detrimento à privacidade

⁴⁷ Id. p. 204.

⁴⁸ PARISER, Eli. O filtro invisível. O que a Internet está escondendo de você. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p.41.

do usuário. Sem legislação específica sobre o tema, os intermediários atuam sem limites normativos claros, violando sensivelmente os direitos fundamentais dos cidadãos.

O Marco Civil da Internet (PL 2126/2011) procura solucionar o problema, ainda que por vezes proteja mais a livre iniciativa dos grandes provedores do que a situações jurídicas subjetivas existenciais dos usuários.⁴⁹

A privacidade no Marco Civil é mais que um princípio enunciativo, mas uma garantia estruturante do texto legal. Em observância à Carta da República, é direito do usuário a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações (art. 7º, I), ressaltando-se que privacidade e liberdade de são uma condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet (Art. 8º)⁵⁰

O Marco Civil procura também evitar as práticas de vigilância que hoje compõem a estrutura do modelo de negócios de muitos provedores (bem como de instituições públicas), disciplinando a questão do registro e disponibilização de dados referentes à conexão e acesso a aplicações da Internet.

Para tal, o art. 5º do Marco se vale dos conceitos que estruturam o funcionamento da Rede: Internet, terminal, administrador de sistema autônomo, endereço IP, conexão à internet, registro de conexão, aplicações de Internet e registro de acesso a aplicações de Internet.⁵¹

⁴⁹ Para maiores aprofundamentos, V. BEÇAK, Rubens; LONGHI, João Victor Rozatti. Processo Legislativo Colaborativo: a participatividade pela internet no trâmite do Projeto de Lei n. 2.126/2011 (Marco Civil da Internet). In: Anais do “XXI Congresso Nacional do CONPEDI”, - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. (Niterói, 31 out. - 19. nov. 2012d).

⁵⁰ Art. 7º O acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assegurado o direito à sua proteção e à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - à inviolabilidade do e ao sigilo de suas comunicações pela Internet, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

III - à não suspensão da conexão à Internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

IV - à manutenção da qualidade contratada da conexão à Internet;

V - a informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com previsão expressa sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de Internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar a qualidade dos serviços oferecidos; e

VI - ao não fornecimento a terceiros de seus registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei.

⁵¹ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - Internet - o sistema constituído de conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

II - terminal - computador ou qualquer dispositivo que se conecte à Internet;

Procura regulamentar, assim, a atuação dos intermediários quanto à guarda de registros de acesso e conexão (arts. 11 a 13).

Em linhas gerais, a lógica adotada é a da regra do sigilo, imputando-se o dever de guarda dos registros de conexão pelo prazo de um ano aos provedores de conexão (art. 11, *caput*,)⁵². Quanto aos registros de acesso a aplicações da Internet, o texto veda ao provedor de conexão que o faça (art. 12).⁵³

No tocante ao provedor de aplicações, atribui-se a faculdade de armazenamento dos registros de acesso às aplicações que fornece. (art. 13, *caput*).⁵⁴ O texto sugere que não faz parte do risco proveito decorrente de sua atividade a opção pelo não armazenamento (art. 13, § 1º).⁵⁵ O que pode a contrariar tendências jurisprudenciais que vinham se consolidando no país, causando um certo repensar sobre sua adequação no sistema jurídico.⁵⁶

III - administrador de sistema autônomo - pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço Internet Protocol - IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País;

IV - endereço IP - código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;

V - conexão à Internet - habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela Internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

VI - registro de conexão - conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à Internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

VII - conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à Internet

VIII-registros de acesso a aplicações de Internet-conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de Internet a partir de um determinado endereço IP.

⁵² Art. 11. Na provisão de conexão à Internet, cabe ao administrador do sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de um ano, nos termos do regulamento.

⁵³ Art. 12. Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de Internet.

⁵⁴ Art. 13. Na provisão de aplicações de Internet é facultada a guarda dos registros de acesso a estas, respeitado o disposto no art. 7º.

⁵⁵ Art. 13. ...omissis...

§ 1º A opção por não guardar os registros de acesso a aplicações de Internet não implica responsabilidade sobre danos decorrentes do uso desses serviços por terceiros.

⁵⁶ V. g. "AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. SIMPLES ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE CUMPRIMENTO DA DECISÃO QUE NÃO MERECE PROSPERAR. SUMULA 372 STJ. APLICABILIDADE. MULTA DIÁRIA EXCLUÍDA. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. 1. No caso dos autos, alegando violação de sua conta de e-mail, o agravado quer que a agravante lhe forneça os dados necessários para identificação dos invasores de sua conta de e-mail. 2. Haja vista a fase embrionária jurídica em relação ao assunto, ainda não se concretizaram definitivamente as posições no tocante à matéria. 3. Contudo, ainda que existam muitos nichos desconhecidos em relação à internet, esse mesmo argumento não pode servir para justificar ou escusar a não aplicação da legislação que se tem a mão. 4. O Marco Civil da Internet no Brasil, submetido à segunda consulta pública, estabelece os direitos dos cidadãos brasileiros na internet. 5. Ponto muito importante e positivo do Marco Civil é a

Finalmente, atendendo aos termos da Constituição da República, a regra é a da disponibilização dos registros mediante decisão judicial. A disciplina da requisição é trazida pelos arts. 17 e 18.⁵⁷

5. Considerações finais

Desde sua abertura comercial, a Internet passou por muitas transformações. Na atualidade, os modelos de negócio da chamada Web 2.0 são arquitetados para promover a inserção de informações por parte dos usuários. Entretanto, as informações coletadas e armazenadas propiciam técnicas de publicidade muitas vezes invasivas e obscuras ao consumidor. A principal delas se trata do denominado “*Marketing Cruzado*”, ou “*Publicidade Dirigida*”.

Este trabalho procurou averiguar a abusividade das práticas de publicidade realizadas pela Internet. Para tal, analisou-se as bases estruturantes do regime jurídico

forma como propõe regular os direitos e deveres relativos aos vários dados gerados pelo usuário quando navega. 6. Os registros relativos à conexão (data e hora do início e término, duração e endereço IP vinculado ao terminal para recebimento dos pacotes) terão que ser armazenados pelo provedor de acesso à internet. 7. Em relação ao registro de acesso aos serviços de internet (e-mails, blogs, perfil nas redes sociais etc.), o provedor não tem obrigação de armazenar os dados. Mas, se o fizer, terá que informar o usuário, discriminando o tempo de armazenamento. 8. Assim, resta claro que a simples alegação de impossibilidade técnica de cumprimento à decisão, tendo em vista não mais possuir armazenados os logs de acesso com as informações das operações realizadas no mês de setembro de 2009 não tem o condão de afastar a determinação judicial concedida nos autos da Medida Cautelar. 9. Além disso, medida não trará nenhum prejuízo ao agravante já que este estará apenas fornecendo os dados necessários para identificar os possíveis violadores da conta de e-mail do autor da ação. 10. Por outro lado, em se tratando de ação de exibição de documentos, aplica-se ao caso a S. 372, STJ. 11. Mantém-se, contudo, a decisão recorrida que determinou o fornecimento dos nomes, endereços e todos os dados que a NET tiver em seus arquivos, relativos a seus contratantes que das 22:00 horas do dia 19.09.2009 às 00:44 horas do dia 20.09.2009, se utilizaram dos IPs indicados no item 1 da petição inicial (cf. fls. 60), especificando os horários de início e fim da utilização, bem como os sites na internet que foram acessados no curso da utilização. 12. Parcial provimento do agravo de instrumento para excluir a imposição da multa diária para caso de descumprimento." (TJRJ - 0013822-08.2010.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. LETICIA SARDAS - Julgamento: 30/06/2010 - VIGESIMA CAMARA CIVEL).

⁵⁷ Art. 17. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de Internet. Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I – fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II – justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III – período ao qual se referem os registros.

Art. 18. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

da publicidade no CDC. Posteriormente, analisando-se a questão da publicidade ilícita ou patológica em suas duas grandes vertentes, enganosa ou abusiva, verificou-se que o rol legal de práticas abusivas previsto no CDC não é taxativo, e sim enumerativo. Por se tratar de um sistema normativo principiológico, a máxima do CDC é a de munir o intérprete para enfrentar problemas que as técnicas de mercado viessem a criar, evitando-se o engessamento do rol de abusividades em proteção ao consumidor hipossuficiente.

Conforme pôde-se perceber, práticas de publicidade que violem a privacidade do cidadão podem vir a ser alocadas como de natureza abusiva, haja vista a exploração econômica a criação de riscos ao consumidor de manejo inadequado dos seus dados pessoais, muitos deles de caráter sensível.

O mecanismo utilizado nessa forma de publicidade vale-se das informações extraídas do consumidor internauta, de forma a ofertá-lo o que pode parecer mais relevante, haja vista que as informações produzidas podem denotar suas preferências.

A abusividade pode se revelar pela junção da violação sua privacidade com a falta de informações claras e precisas ao consumidor da sua destinação. A coleta de dados é algo inerente às TICs. Sua destinação, entretanto, é a fonte de maior risco. Em outros termos, é muito fácil obter informações na Internet. Difícil é o controle do que se faz com elas.

Por essa razão, o Marco Civil da Internet (PL nº 2126/11), procura proteger a privacidade do usuário impondo deveres positivos e abstenção tanto a provedores de conexão quanto aos de aplicações da Internet.

O primeiro somente deverá guardar e informações de acesso do IP e mantê-las em sigilo, somente sendo obrigado a divulgá-las por ordem judicial. Por seu turno, o provedor de aplicações não poderá armazenar os dados de navegação do usuário, salvo ordem judicial em contrário.

Em que pesem as críticas, algumas delas válidas por identificar em dispositivos do Marco Civil uma pré ponderação de interesses que privilegia claramente a livre iniciativa dos grandes provedores frente à dignidade do consumidor, é certo que sua aprovação fortalecerá a base normativa no combate à publicidade dirigida abusiva pela Internet.

Referências

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

BRASIL. Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2.013. Regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em: 02 set. 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Jean Carlos. O direito contratual no ambiente virtual. Curitiba: Juruá, 2001.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KANT, Emmanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. São Paulo: Nova Cultural, 2000 (Col. Os pensadores).

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. de Jaime Santos Brinz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. I.

LEONARDI, Marcelo. Tutela e privacidade na internet. São Paulo: Saraiva, 2012.

LONGHI, João Victor Rozatti; MARTINS, Guilherme Magalhães. Responsabilidade civil do provedor pelos danos à pessoa humana nos sites de redes sociais. *in* LISBOA, Roberto Senise; ABREU, Célia; REZENDE, Élcio. Direito Civil. Niterói: Anais do XX Congresso Nacional do Conpedi. pp. 277-304. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8487e01fbaf43e75>. Acesso 07 set. 2013.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro, volume 5: teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2010, p. 75.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Superendividamento e a necessidade de proteger o consumidor dele mesmo. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/superendividamento-e-a-necessidade-de-protoger-o-consumidor-dele-mesmo/6323>. Acesso em 31 ago. 2013.

NISEMBAUM, Helen. *Privacy in context: Technology, policy and integrity of social life*. Stanford: Stanford Law Books, 2010.

O'RELLY, Tim. O que é Web 2.0? Padrões de design e modelos de negócios para a nova geração de software. Publicado em <http://www.oreilly.com/>. Tradução: Miriam Medeiros. Revisão técnica: Julio Preuss. Novembro 2006 Disponível em: <http://www.cipedya.com/web/FileDownload.aspx?IDFile=102010>. Acesso em: 09 set. 13.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito digital. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

VIANNA, Túlio Lima. Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. (Tese) Curitiba: UFPR.

WHITMAN, James Q. *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty in YALE Law Journal*. Vol. 113 (2004). Disponível em: <http://www.yalelawjournal.org/images/pdfs/246.pdf>. Acesso em 07 set. 2013.

ZITTRAIN, Jonathan. *The future of Internet and how to stop it*. New Haven/London: Yale University Press, 2008.