

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR ANTE A PUBLICIDADE NO MEIO DIGITAL

THE PROTECTION OF THE CONSUMER AGAINST THE ONLINE ADVERTISING

MAGALHÃES, Thyago Alexander de Paiva
HAAS, Adriane

RESUMO

O presente trabalho apresenta e discute o impacto da publicidade na sociedade de consumo atual, demonstrando, para tanto, a abrangência desta no meio eletrônico, assim como a dificuldade em se garantir que estas obedçam às diretrizes que asseguram a defesa dos direitos dos consumidores, tendo em vista a complexidade de relacionar a publicidade ao fornecedor que a veicula no meio eletrônico. Diante dessa problemática, apresenta as normas já existentes a respeito da regulamentação da publicidade, assim como, uma possível solução, para conseguir, mais facilmente, fazer o relacionamento entre publicidade e fornecedor, conseguindo, desta forma, responsabilizar os fornecedores por possíveis vícios que apresentem a publicidade por eles veiculadas, evitando que os consumidores possam ser prejudicados. O objetivo deste trabalho é analisar as normas vigentes que a publicidade deve seguir para poder ser veiculada, assim como sua aplicação na prática, e sua eficácia quanto às propagandas no meio digital. Diferentemente dos demais meios, o digital necessita de uma fiscalização diferenciada, que consiga acompanhar seu dinamismo, a fim de assegurar que os direitos do consumidor estejam sendo devidamente respeitados. Como alternativa, o trabalho apresenta uma abordagem diferenciada na fiscalização, apontando como possível solução do problema que esta seja realizada no momento anterior a veiculação da publicidade, ao contrário daquela realizada após a sua veiculação como se vê hoje.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor; Proteção do Consumidor; Publicidade Meio Digital.

ABSTRACT

This paper presents and discusses the impact of advertising on consumer society today, demonstrating, therefore, the scope of the electronic media, as well as the difficulty to ensure that they comply with guidelines that ensure the protection of consumer rights, and the complexity of relating to advertising provider that transmits it online. Faced with this problem, presents the existing rules regarding the regulation of advertisements, as well as a possible solution to achieve more easily the relationship between advertising and vendor, obtaining thus blaming suppliers for possible defects that present the ads aired by them, avoiding that consumers are harmed. The objective of this paper is to analyze the current regulations that advertising should follow to be conveyed, as well as its application in practice, and as to their effectiveness in the digital broadcast. Demonstrating that unlike other media, digital media requires a differentiated supervision, which can monitor its dynamism, in order to ensure that consumer rights are being properly respected. Alternatively, the paper presents a differentiated approach to surveillance, pointing to a possible solution of the

problem that this is done in time before the placement of advertising, unlike that held after its placement as seen today.

KEYWORDS: Consumer Law. Consumer Protection. Online Advertising.

1 INTRODUÇÃO

O assunto do referido trabalho é sobre a proteção do consumidor ante a publicidade no meio digital, onde serão abordados os problemas enfrentados pelo consumidor e as soluções para garantir que os seus direitos estejam sendo respeitados na publicidade veiculada no meio digital, assim como analisará uma forma de fiscalizar e responsabilizar de forma mais rígida os fornecedores que se utilizam deste meio.

Incontestável é o impacto da publicidade na sociedade de consumo atual. Com o advento da internet, assim como a disponibilização de seu acesso em todas as classes sociais, a publicidade se tornou ainda mais dinâmica, sendo que atualmente o consumidor vê-se influenciado diuturnamente por intensa e hábil publicidade à aquisição de produtos.

Desta forma, é necessário assegurar que os direitos dos consumidores sejam respeitados, garantindo os que seguem as normas previamente estabelecidas. Ocorre que, de fato, é encontrada uma regulamentação eficaz quanto à publicidade veiculada em rádio, televisão e impressos, sendo inclusive facilmente associada aos fornecedores que a veicularam, não acontecendo o mesmo com relação à publicidade que circula no meio digital.

A internet é um meio muito difuso, podendo facilmente se realizar compras nos mais diversos locais do globo, sem para isso, sem que o consumidor precise sair de seu domicílio. O mesmo vale para o fornecedor, que pode hospedar seu site, assim como sua publicidade, em qualquer localidade e colocar seus produtos e/ou serviços à disposição de quem queira no mundo.

Assim, verifica-se que o fornecedor, fazendo uso dessa diversidade de opções quanto à hospedagem de sites, pode veicular sua publicidade ocultando-a de seu site principal, dificultando a conexão da publicidade veiculada com determinado fornecedor, tornando ainda mais difícil sua responsabilização por possíveis vícios, imprecisões ou por conteúdo abusivo ou enganoso.

Soma-se a isso o fato de que o meio digital é um meio muito dinâmico, que cria, simultaneamente, necessidades ao consumidor a partir das diversas espécies de publicidade,

induzindo-o a comprar produtos que sequer planejava, sendo então necessário obter uma forma de controle eficaz para a proteção dos interesses do consumidor.

Ainda que a legislação atual faça essa proteção adequadamente, sua eficácia no meio digital, como já citado, se vê prejudicada pela soma dos fatores mencionados anteriormente, devendo, portanto, ser adotado um meio que possa agregar a eficiência demonstrada aos demais meios de veiculação ao dinamismo apresentado pela internet.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo encontrar qual é a melhor forma de assegurar que os direitos do consumidor sejam respeitados na publicidade de produtos veiculada na internet.

Para tanto, pretende-se analisar as normas vigentes que incidem sobre a publicidade, assim como sua aplicação na prática, e sua eficácia quanto às veiculadas no meio digital. Desta forma, este artigo apresentará uma discussão sobre as atuais normas que regulam a publicidade, debaterá a dificuldade apresentada na aplicação dessas normas no meio digital e oferecerá uma hipótese para solucionar o problema.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Definições Sobre Publicidade e Consumidor

Inicialmente, deve-se conceituar o que se entende por publicidade, assim como o que se entende por consumidor.

Giacomini Filho (1991, p. 15) em sua obra “Consumidor Versus Propaganda”, conceitua: “Entende-se por publicidade ou propaganda, neste estudo, a forma de comunicação identificada e persuasiva empreendida, de forma paga, através dos meios de comunicação de massa.”.

Nos termos de Miragem (2010, p.159) entende-se por publicidade aquela que “se realiza com o fim de estimular e influenciar o público em relação à aquisição de determinados produtos ou serviços, o que em geral enseja que seja feita dentro do mercado de consumo”. Sobre o assunto, ainda:

O comitê de definições da American Association of Advertising Agencies (AAAA) oferece a seguinte noção: “Publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de ideias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado”. (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2010, p. 229).

Segundo o Código Brasileiro de Autorregulamentação, publicidade é “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover, instituições, conceitos, ideias.”.

Esta pode ser considerada como anúncio veiculado por qualquer meio de comunicação, visando atrair o consumidor para o ato de consumo (ANDRADE, 2011).

Braga Netto (2011) afirma que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 36 exige que a publicidade a ser veiculada deve ser realizada de modo claro, de forma que o consumidor entenda que está diante de um anúncio publicitário, o que muitas vezes não acontece na publicidade realizada pela internet.

Cabe salientar aqui, uma diferença entre publicidade e propaganda, que alguns autores referem, interpretando que a publicidade teria a finalidade comercial e a propaganda, uma finalidade ideológica, religiosa, política ou social (ANDRADE, 2011).

Giancoli e Araujo Junior (2011) afirmam que não há razões para tal distinção, pois a própria Constituição Federal não o faz, pois se refere à propaganda e propaganda comercial (art. 22, XXIX e art. 220, § 4º).

É certo que o Código de Defesa do Consumidor acabou adotando como referência “publicidade”, mas tal distinção seria apenas uma discussão acadêmica.

Já no tocante às definições sobre consumidor, muitas são as variações, sendo no seu sentido mais amplo: “(...) todo e qualquer ser humano, pois qualquer um tem possibilidade de consumir algo...” (GIACOMINI FILHO, 1991, p. 17).

Tal definição se mostra, inclusive, em consonância com a definição atribuída pelo artigo 2º *caput* do Código de Defesa do Consumidor “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”.

Este conceito é exclusivamente de caráter econômico, levando-se em consideração o consumidor que adquire bens ou contrata serviços, como destinatário final, pressupondo-se assim, que visou o atendimento de uma necessidade própria e não o desenvolvimento de outra atividade negocial. (GRINOVER [et. al] 2007).

Sobre ser destinatário final e ainda por tratar-se de uma cláusula geral, cuja interpretação deve ser dada pelo Poder Judiciário e a própria doutrina, estes atualmente adotam a teoria do finalismo aprofundado, que demanda uma interpretação que engloba inclusive os fornecedores que compram produtos e os inserem na sua produção, desde que se denote a característica da vulnerabilidade.¹

¹ No mesmo sentido: “(...) dando ao bem ou ao serviço uma destinação final fática, a pessoa, física ou jurídica, profissional ou não, caracteriza-se como consumidora, pelo que dispensável cogitar acerca de sua

Neste sentido entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça:

(...) A incidência do CDC a uma relação de consumo está pautada na existência de destinação final fática e econômica do produto ou serviço, isto é, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente. Entretanto, o próprio STJ tem admitido o temperamento desta regra, com fulcro no art. 4º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra.

- Uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica.

- Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o equilíbrio da relação de consumo. A “paridade de armas” entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não.

Recurso provido. (STJ, RMS 27.512/BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/08/2009, DJe 23/09/2009).

Esta primeira definição trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, em verdade se trata da definição legal ou *standard*, que é complementada por outras três definições de consumidores equiparados, como a coletividade de pessoas que tenham intervindo nas relações de consumo, conforme parágrafo único do art. 2º do CDC; todas as vítimas de um evento de consumo, a teor do que dispõe o art. 17 do CDC e ainda, todas as pessoas, expostas às práticas abusivas nele previstas, conforme art. 29 do CDC². Sobre o tema:

(...) o conceito de consumidor padrão, standard, o qual vai ser complementado por outras três definições, a que a doutrina majoritária qualifica como espécies de consumidores equiparados, uma vez que, independentemente de se caracterizarem como tal pela realização de um ato material de consumo, são referidos deste modo para permitir a aplicação da tutela protetiva do CDC em favor da coletividade, das

vulnerabilidade técnica (ausência de conhecimentos específicos quanto aos caracteres do bem ou serviço consumido), jurídica (falta de conhecimentos jurídicos, contábeis ou econômicos) ou socioeconômica (posição contratual inferior em virtude da magnitude econômica da parte adversa ou do caráter essencial do produto ou serviço por ela oferecido).” (CAVALIERI FILHO, 2010, p.55).

² Art. 2º, parágrafo único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

vítimas de um acidente de consumo, ou mesmo de um contratante vulnerável, exposto ao poder e à atuação abusiva do parceiro negocial mais forte. (MIRAGEM, 2010, p. 81)

Com as definições supra já se pode perceber uma profunda ligação entre os dois elementos a serem aqui estudados, publicidade e consumidor, podendo ainda ser dito que a primeira figura não subsistiria sem o segundo.

Benjamin, Marques e Bessa (2010, p. 83) ressaltam que “o consumidor não é uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais”.

Não há de se olvidar que o foco adotado pela publicidade tenta tornar cada vez mais efetiva a sua atuação:

A publicidade sempre teve sua ação contextualizada no marketing e sua atuação frente ao consumerismo não pode ser analisada fora do propósito mercadológico. (...) As primeiras experiências mercadológicas evidenciaram uma total orientação para o lucro e maximização dos insumos produtivos, ficando a questão social à margem das preocupações empresariais. Logicamente, a publicidade, como força a serviço da empresa, seguiu este balizamento e se estruturou para atender esta orientação. (GIACOMINI FILHO, 1991, p. 85)

Deve-se ainda atentar aos estudos realizados a respeito da participação dos veículos de comunicação na publicidade. Giacomini Filho (1991, p. 90) define esta como sendo: “Televisão – 55,9%; Jornal – 18,1%; Revista – 15,2%; Rádio – 7,7%; Outdoor – 2,1%; Diversos – 1,0%;”.

No entanto, deve-se lembrar que tais estudos do autor sobre o tema se deram no ano de 1991, sendo possível que estas proporções sejam diferentes na atualidade, pois na época ainda não se falava em publicidade no meio digital.

2.2 Impacto da Publicidade no Meio Digital e Influência para o Consumidor

De acordo com os dados fornecidos pelo site do IBOPE (2012): “A internet no Brasil registrou crescimento de 7,2% no segundo trimestre de 2012, quando comparada ao mesmo período de 2011, totalizando 83,4 milhões de brasileiros com acesso à rede, de acordo com o IBOPE Nielsen Online.”.

Não se pode deixar de associar esses números a consumidores, pois como abordado no conceito anteriormente apresentado, “todo e qualquer ser humano” é um consumidor em potencial.

Analisando os dados apresentados, ainda que a internet se mostre um mercado em crescimento, a mesma possui uma parcela relevante do mercado publicitário. Não se pode negar também que se trata, sem sombra de dúvidas, de um meio muito mais dinâmico que os demais, devido à facilidade em se veicularem publicidade e promoções.

Logo, tem-se um crescimento de 7,2% de 2011 a 2012 no número de brasileiros acessando a rede, tendo-se por consequência, um aumento proporcional no mercado consumidor abrangido por esta.

Considerando ainda que se trata de um meio dinâmico com diversas espécies de publicidade sendo veiculadas simultaneamente, tem-se um verdadeiro bombardeio de promoções, produtos e informações a cada consumidor, sem, necessariamente precisar este sair de sua residência, criando necessidades, impulsionando desejos e compras a estes que sequer possuíam.

Giacomini Filho (1991) mostra que desde a publicação de sua obra, a facilidade de acesso a informações e produtos por parte do consumidor, já era um fator importante, afirmando que:

(...) o consumidor destaca o caráter informativo da publicidade, através da qual fica sabendo de novos produtos, o que está na moda, atributos de artigos que pretende comprar etc. Citando Albisson: “o grande público deseja informar-se sacrificando o mínimo possível de dinheiro, de tempo, de esforços físicos e mentais”; ou seja, a leitura dos cartazes ou anúncios de outras mídias é uma maneira cômoda e barata de informa-se sobre muitos fatos. O Mappin, ao anunciar que está oferecendo a máquina de lavar roupa por um preço “X”, evita que o consumidor interessado vá a um outro local cujo preço jamais fosse igual ou inferior. (GIACOMINI FILHO, 1991, p. 93)

Nos termos de Pugliese, apud Silva (2012), a publicidade na internet seria “equivalente, do ponto de vista do usuário do comércio eletrônico, à sensação de mergulhar em um cartaz, conhecer a estrutura organizacional, a situação financeira, o negócio da empresa, os diversos produtos e até viabilizar o acesso a outras home pages (este é o negócio das search engines) tudo em escala muito maior que outros meios de divulgação”.

Inegável, assim, a relevância do meio digital perante o consumidor, devido a sua praticidade em disponibilizar acesso a um leque de anúncios, informações e produtos, muito maior que o possível em outras mídias.

2.3 Normas de Direito do Consumidor Referentes à Publicidade

O Código de Defesa do Consumidor dispõe em vários de seus artigos sobre a publicidade, reconhecendo, inclusive, que a proteção do consumidor contra a publicidade se trata de um dos direitos básicos deste, como mostra em seu artigo 6º, inciso IV quando assegura que “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” compõe um dos direitos básicos do consumidor.

Dessa maneira, em alguns de seus artigos seguintes, realiza uma série de disposições a fim de assegurar a responsabilização dos fornecedores quanto aos mais diversos vícios que o produto possa possuir, assim como danos que possa gerar, ou mesmo perigos que possam trazer ao consumidor, como se observa nos artigos 18, 19, 20 e 30, todos do Código de Defesa do Consumidor³.

Não considerando, ainda, isso como o suficiente para assegurar que o consumidor estivesse devidamente protegido das lesões que a publicidade indiscriminada pudesse causar aquele, o Diploma Legal dedicou uma seção inteira ao tema, o que se vê na Seção III “Da Publicidade”.⁴

³ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária [...]

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

⁴ SEÇÃO III

Da Publicidade

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

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

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores

De fato, as disposições encontradas no Código de Defesa do Consumidor, se mostram deveras insuficientes para a proteção do consumidor, pois este não poderia apenas propor os pontos a serem observados sem definir quem deveria observar.

Ainda, tais situações deveriam ser fiscalizadas. Para tanto, o próprio art. 55, § 1º do CDC, admite que podem ser emitidas outras normas que se mostrem necessárias no tocante à competência para se legislar:

Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias. [...]

Por fim, o legislador resolveu, ainda, a fim de punir aqueles que não seguem as diretrizes estabelecidas nos artigos anteriormente citados, e estabelece sanções a serem aplicadas nesses casos, o que fez nos termos dos artigos 63 a 69 do Código de Defesa do Consumidor.⁵

Recentemente o legislador entendeu ser necessária uma reforma ao Código de Defesa do Consumidor para que este mantenha sua eficácia nas relações de consumo, tendo em vista as alterações que a sociedade sofreu com o advento do comércio eletrônico, onde foi acrescentado ao projeto uma seção dedicada inteiramente ao tema “comércio eletrônico”, como se vê na Seção VII intitulada “Do Comércio Eletrônico”⁶.

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

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

⁵ Art. 63. Omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa. [...]

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa:

Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

⁶ Seção VII

Do Comércio Eletrônico

Art. 45-A. Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.

Isto demonstra a preocupação com o consumidor frente às alterações que a sociedade moderna e tecnológica trouxe para a sociedade de consumo, como consta no projeto com a possível inclusão do art. 45-A:

Parágrafo único. As normas desta Seção aplicam-se às atividades desenvolvidas pelos fornecedores de produtos ou serviços por meio eletrônico ou similar.

Art. 45-B. Sem prejuízo do disposto nos arts. 31 e 33, o fornecedor de produtos e serviços que utilizar meio eletrônico ou similar deve disponibilizar em local de destaque e de fácil visualização:

I - seu nome empresarial e número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda;

II - seu endereço geográfico e eletrônico, bem como as demais informações necessárias para sua localização, contato e recebimento de comunicações e notificações judiciais ou extrajudiciais.

III - preço total do produto ou do serviço, incluindo a discriminação de quaisquer eventuais despesas, tais como a de entrega e seguro;

IV - especificidades e condições da oferta, inclusive as modalidades de pagamento, execução, disponibilidade ou entrega;

V - características essenciais do produto ou do serviço;

VI - prazo de validade da oferta, inclusive do preço;

VII - prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto.

Art. 45-C. É obrigação do fornecedor que utilizar o meio eletrônico ou similar:

I - manter disponível serviço adequado, facilitado e eficaz de atendimento, tal como o meio eletrônico ou telefônico, que possibilite ao consumidor enviar e receber comunicações, inclusive notificações, reclamações e demais informações necessárias à efetiva proteção dos seus direitos;

II - confirmar imediatamente o recebimento de comunicações, inclusive a manifestação de arrependimento e cancelamento do contrato, utilizando o mesmo meio empregado pelo consumidor ou outros costumeiros;

III - assegurar ao consumidor os meios técnicos adequados, eficazes e facilmente acessíveis que permitam a identificação e correção de eventuais erros na contratação, antes de finalizá-la, sem prejuízo do posterior exercício do direito de arrependimento;

IV - dispor de meios de segurança adequados e eficazes;

V - informar aos órgãos de defesa do consumidor e ao Ministério Público, sempre que requisitado, o nome e endereço eletrônico e demais dados que possibilitem o contato do provedor de hospedagem, bem como dos seus prestadores de serviços financeiros e de pagamento.

Art. 45-D. Na contratação por meio eletrônico ou similar, o fornecedor deve enviar ao consumidor:

I - confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta, inclusive em meio eletrônico;

II - via do contrato em suporte duradouro, assim entendido qualquer instrumento, inclusive eletrônico, que ofereça as garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação dos dados contratuais, permitindo ainda a facilidade de sua reprodução.

Art. 45-E. É vedado enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que:

I - não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio em recebê-la;

II - esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta; ou

III - tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la.

§ 1o Se houver prévia relação de consumo entre o remetente e o destinatário, admite-se o envio de mensagem não solicitada, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la.

§ 2o O fornecedor deve informar ao destinatário, em cada mensagem enviada:

I - o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz que lhe permita, a qualquer momento, recusar, sem ônus, o envio de novas mensagens eletrônicas não solicitadas; e

II - o modo como obteve os dados do consumidor.

§ 3o O fornecedor deve cessar imediatamente o envio de ofertas e comunicações eletrônicas ou de dados a consumidor que manifestou a sua recusa em recebê-las.

§ 4o Para os fins desta seção, entende-se por mensagem eletrônica não solicitada a relacionada a oferta ou publicidade de produto ou serviço e enviada por correio eletrônico ou meio similar.

§ 5o É também vedado:

I- remeter mensagem que oculte, dissimule ou não permita de forma imediata e fácil a identificação da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação e a sua natureza publicitária.

II- veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem expressa autorização e consentimento informado do seu titular, salvo exceções legais.

Art. 45-A. Esta seção dispõe sobre normas gerais de proteção do consumidor no comércio eletrônico, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, com a diminuição da assimetria de informações, a preservação da segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais.
Parágrafo único. As normas desta Seção aplicam-se às atividades desenvolvidas pelos fornecedores de produtos ou serviços por meio eletrônico ou similar.

No entanto, o legislador não fez disposições que tratassem da publicidade no meio digital. As disposições encontradas nesta nova seção a ser inserida no Código de Defesa do Consumidor apenas tratam do próprio ato de se comprar e vender produtos por meio do comércio eletrônico, não dando atenção, no entanto, para a publicidade veiculada neste meio.

Como citado anteriormente, as normas previamente estabelecidas pelo diploma de fato são suficientes para assegurar os direitos do consumidor na publicidade veiculada. No entanto, para garantir que estes direitos estejam de fato sendo respeitados, é necessário que se faça uma fiscalização mais rigorosa.

Diferentemente dos demais meios, a internet necessita de um controle específico, criado de uma forma que se consiga acompanhar seu ritmo e evolução, justamente em prol de seu dinamismo e da quantidade de publicidade que bombardeia o consumidor de uma única vez.

2.4. Lacuna quanto à Regulamentação da Publicidade na Internet

Sobre o controle da publicidade, o ordenamento jurídico adota o sistema misto, englobando o sistema legal e o sistema privado (autorregulamentação):

No sistema legal, o Estado controla a atividade publicitária pela via administrativa (ex.: sanções aplicadas pelos órgãos de defesa do consumidor, nos termos do art. 56 do CDC) e pela via judicial (ex.: ação coletiva ajuizada para proibir a veiculação de publicidade abusiva, nos termos do art. 81, I, do CDC). Já no sistema privado os próprios envolvidos na atividade publicitária procuram reger e sanear o setor, por meio da autorregulamentação. No Brasil, essa função é exercida pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar), que tem como instrumento de controle o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. (ANDRADE, 2011, p. 527).

Acontece que a atuação do sistema legal, bem como o privado, não atendem de maneira ostensiva a publicidade veiculada na internet.

O CONAR, pela própria definição que se dá em seu site é “uma ONG encarregada de fazer valer o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária”, devendo-se salientar que este Código foi elaborado pela própria ONG.

No entanto, ela não possui o poder de legislar ou mesmo de criar normas técnicas sobre o tema, já que se trata de uma entidade de direito privado. Como também citado no site da instituição, quando se refere ao histórico da sua criação, o CONAR foi instituído por representantes da classe publicitária como forma de se autorregulamentar, por medo de que o estado implantasse regras à prática publicitária que censurassem a sua própria publicidade.

Essa instituição, ainda que desprovida do poder de legislar e sendo apenas um “conselho de ética profissional”, estabeleceu uma série de artigos e súmulas, a respeito da publicidade veiculada em território nacional, sendo frequentemente utilizados a fim de definir se certa publicidade respeita ou não os direitos do consumidor, mostrando, até então, eficácia em preservar os direitos do consumidor nos meios televisivo, radialístico e impresso, mas infelizmente não podendo se dizer o mesmo da implementação no meio digital.

Desta forma, mais uma vez lembrando que as adições ao Código de Defesa do Consumidor também não trazem disposições quanto à publicidade neste meio, vemos uma lacuna no que diz respeito à fiscalização de maneira eficiente sobre a publicidade e promoções que circulam livremente pela internet.

2.5 Dificuldade na Aplicação das Normas à Publicidade Veiculada na Internet

Como debatido no tópico anterior, diversas são as disposições feitas a respeito da publicidade, assim como as diretrizes analisadas em cada publicidade a fim de apurar irregularidades que possam vir a causar prejuízo ao consumidor. Quando considerados os meios onde estas são veiculadas, ainda que precária em alguns aspectos, a norma se mostra eficaz.

No entanto, o meio digital segue na contramão desta regra, pois o meio em si é difuso, podendo facilmente se criar brechas que criem barreiras, algumas vezes intransponíveis, na responsabilização de certo fornecedor à determinada publicidade.

Um fator a se observar no meio é a facilidade em se analisar dados do usuário, que meramente está acessando a rede mundial de computadores a fim de lhe oferecer uma publicidade que, devido a seu perfil, lhe gere interesse em consumir determinada gama de

produtos. Este é o caso que Silva (2012) mostra no seu artigo “A Publicidade Enganosa Via Internet”, quando da análise dos “cookies” explica que:

(...) o chamado cookie é um arquivo de texto que, via de regra, é gravado no hard disk e utilizado pela memória RAM enquanto o internauta navega na Web. Deste modo, quando de sua primeira visita a um Website podem lhe ser formuladas perguntas que vão de seu nome a informes financeiros. Tais informações serão gravadas no cookie que será colocado em seu sistema para que sua futura navegação seja personalizada. (SILVA, 2012)

Quando cita “navegação personalizada”, o que se tem estabelecido é que a rede através dos dados gravados nos “cookies” irá trazer àquele que acessa não só sites e informações, mas também publicidade e produtos que encaixem em seu perfil, que não necessariamente serão seguras ao consumidor. A esse respeito, continua o mesmo autor:

(...) a Internet tem como característica principal a de ser um meio de comunicação democrático, de livre e fácil acesso. Ali navegam pessoas de todos os tipos, inclusive crianças, às quais devem ser asseguradas práticas de publicidade pautadas pela lealdade, boa-fé, pela veracidade e clareza das informações. (SILVA, 2012)

Isto mais uma vez comprova a necessidade de se certificar que a publicidade veiculada no meio digital respeita os direitos do consumidor. Ainda que hajam diretrizes muito específicas cunhadas com esse intuito, como citado anteriormente, a internet é um meio que, diferentemente dos outros, torna a eficácia destes meios deficitária, por ser de difícil fiscalização.

Silva (2012) também cita a liberdade e o fácil acesso como características principais da internet, e são justamente essas características que apresentam o problema.

Anteriormente foi demonstrado que a maior atuação na “fiscalização”, por assim dizer, no campo da publicidade parte do CONAR. No entanto, este não apresenta eficácia plena.

Giacomini Filho cita, já em 1991, os problemas que a instituição apresenta, quando diz que:

Muitos seguimentos discutem a legitimidade do CONAR perante a sociedade, pois para muitos ele representa o ponto de vista dos publicitários e não da sociedade em relação à conduta ética do setor. (...) Um problema, porém, tem ocorrido: mesmo que anunciante e veículo atendam à decisão do CONAR, e isso realmente tem ocorrido, o anúncio lesivo terá deixado sua mensagem junto ao público. Há, inclusive, agências que em certos períodos buscam uma censura do CONAR para valorização e o aumento da audiência do anúncio ou sua polemização, tal como ocorre com a censura de filme ou peça teatral. (GIACOMINI FILHO, 1991, p. 103-104)

Pode-se facilmente trazer essas críticas para a atualidade, o que causa ainda mais espanto, pois antes do advento do meio digital ao se sustar certa publicidade, a menos que se guardassem recortes de revista ou jornais, ou mesmo que se gravasse em VHS, dificilmente, ainda que o citado gerasse polêmica, haveria acesso a ele. Após o advento da internet, no entanto, aquele que gerou a polêmica pode facilmente ser acessado por meio dos mais diversos sites encontrados na rede, por milhares de consumidores desprotegidos.

Como citado pelo próprio Giacomini Filho (1991), já naquela época algumas agências procuravam por essa valorização e aumento de audiência de suas campanhas, não sendo diferente hoje, podendo-se inclusive dizer que com a facilidade encontrada no acesso a esses anúncios publicitários, mesmo naqueles vetados de serem reproduzidos na mídia impressa e televisiva, essa prática se tornou uma constante ainda mais nociva, pois ainda se poderá ter acesso a essas campanhas por meio da internet.

Desta forma, ainda que as mais diversas normas sejam estabelecidas, parece que o risco se mostra eminente, tendo em vista a ineficácia na fiscalização, pois mesmo uma exibição de 2 minutos em rede aberta de televisão, rádio, ou mesmo uma nota de roda pé em revista ou jornal, pode ser acessada quantas vezes cada um dos atuais 83,4 milhões de usuários (IBOPE) da rede em território nacional.

2.6 Competência para fiscalização

A lesão apresentada até então, de fato assombra os consumidores, mesmo aqueles meramente potenciais. Quando se pensa, então, que o risco de dano por ela causado não cessará simplesmente tentando remover o acesso a esta, tendo em vista a complexidade do meio digital, a ideia parece ainda mais aterradora.

Ademais, não só os consumidores sofrem com ela, “interessa também aos fornecedores, que se valem da rede como forma de incremento de vendas de bens e serviços, a vigilância constante contra esse tipo de publicidade, prejudicial não só aos consumidores, mas também à boa e leal concorrência entre fornecedores”. (ULHOUA, 2012).

Pode-se ainda acrescentar a essas palavras as de Paulo Vasconcelos Jacobina (1996, p. 87) "Extracontratualmente, ou até supracontratualmente, o controle da publicidade tem uma característica muito forte de tutela dos interesses difusos, e portanto, tem um caráter abstrato, e independe de eventuais lesões a interesses individuais, contratuais ou não".

De fato, a fiscalização da publicidade já publicada se mostra ineficiente à medida que encontra suas limitações. Então, surge o questionamento de como sanar esta problemática.

Se a fiscalização se mostra ineficiente após a veiculação, por que não fazer um controle prévio? No entanto, deve-se atentar à competência para a realização dessa fiscalização, para então, poder se questionar como a realizar.

A Lei nº 9.933, de 20 de dezembro de 1999, que dispôs sobre as competências do Conmetro e do Inmetro claramente dispõe em seus art. 3º, inciso IV, alínea “d”, que será destes a competência para exercer o poder de polícia administrativa, expedindo regulamentos técnicos nas áreas de avaliação da conformidade de produtos, insumos e serviços, desde que não constituam objeto da competência de outros órgãos ou entidades da administração pública federal, inclusive quanto aos casos de prevenção de práticas enganosas de comércio.

Pelo exposto, verifica-se que o Inmetro seria, portanto, competente para realizar essa fiscalização de maneira mais eficaz, tendo em vista que poderia de fato estabelecer normas com força de lei, contribuindo desta forma para uma maior efetividade daquelas já dispostas no Código de Defesa do Consumidor.

Poderia ser questionado o ponto que o inciso do citado artigo fala “desde que não constituam objeto da competência de outros órgãos ou entidades”, mas como já devidamente esclarecido, o tema atualmente tem sido “fiscalizado” pelo CONAR, o que já foi apontado como possuidor de eficácia limitada, deficiente e, como também já debatido, se trata de uma ONG, que atua meramente como um conselho de ética formado por profissionais da área, logo, não apresentando óbice à competência estabelecida pela Lei nº 9.933, de 1999.

2.7 Alternativa Segura: Selo de Qualidade

Seguindo o raciocínio, foi estabelecido quem poderia realizar a fiscalização de forma mais eficiente do que aquela atualmente aplicada, agora deve ser retomada a indagação feita: “Se a fiscalização se mostra ineficiente após a veiculação, por que não fazer um controle prévio?”.

Uma maneira de realizar tal controle eficientemente pode ser encontrado analisando a própria autarquia competente. Esta, como conhecida pelo público em geral, emite selos de qualidade em produtos, assegurando que estes são seguros ao consumo.

Ora, poderia também se atribuir esse sistema à publicidade, emitindo-se selos. Não um selo restritivo, com intuito de censura, mas sim um selo de qualidade, em que o consumidor ao localizá-lo em uma publicidade pudesse ter a certeza de que nela seus direitos estariam sendo devidamente respeitados.

Como a lesão provocada pela publicidade indevida gera um dano tão difícil de prevenir por ser causado pela divulgação (ainda que pequena), este seria um meio de ao menos minimizar possíveis danos.

Desta forma, o selo adotaria atuação similar ao selo já emitido pela autarquia, apenas necessitando, para tanto, que a publicidade fosse previamente submetida a um controle pela instituição, para que esta fizesse a análise em busca de irregularidades. Não as encontrando, lhes atribuiria então seu selo de qualidade, liberando na sequência, a publicidade para que fosse veiculada.

Poderia se discutir que o meio publicitário é dinâmico, não dispondo, assim, de tempo para que tal controle fosse realizado, devido à demanda das campanhas publicitárias. No entanto, as próprias campanhas podem, aqui, fazer o contraponto, pois estas não nascem do dia para a noite. São, em verdade, fruto de um trabalho anterior, pensado e repensado, a fim de que esta atenda todas as demandas dos clientes.

Logo, o envio da campanha para que receba o selo de qualidade, que vale salientar, traria benefícios não apenas ao consumidor, por saber que seus direitos estariam sendo resguardados, mas também o fornecedor, veiculador da publicidade, por ter no selo prova cabal de que este não violou nenhum direito do consumidor, e de que não haveria prejuízo para a campanha em si.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescimento do meio digital mostra cada vez mais, sua importância no mercado de consumo, tendo em vista que seu advento permitiu uma nova gama de relações de consumo não mais impossibilitadas de ocorrerem por distância física, ou mesmo pelo não conhecimento do produto “x”, ou da marca “y”.

Atento a este fator, o Código de Defesa do Consumidor, procura constantemente se atualizar quanto à questão, trazendo normas melhor adaptadas à situação fática, a fim de proteger o consumidor da melhor maneira possível.

No entanto, quando o citado código trata de publicidade, esquece-se de fazer a diferenciação fundamental do meio digital aos demais, tendo em vista que este se apresenta muito mais dinâmico, e que a publicidade divulgada neste permanece acessível ao consumidor por muito mais tempo do que nas demais mídias, o que torna impraticável a aplicação de determinados artigos naquele estabelecidos.

Assim, tem-se a internet como um campo não devidamente abrangido com relação à publicidade em específico pelo Código de Defesa do Consumidor, havendo apenas normas elaboradas pelo CONAR, que nada mais é do que um conselho de ética profissional privado, versando sobre o tema, não dando toda a garantia e proteção ao consumidor que o meio digital exige.

A dificuldade em se aplicar as normas existentes à publicidade veiculada na internet se faz clara, principalmente quanto ao dano gerado por aquele fornecedor que não atende as normas existentes, que não presta a informação adequada, pois diferentemente daquela vista em outras mídias, sua completa remoção não se mostra possível, podendo, desta forma, ainda continuar lesando o consumidor.

Assim a inversão da abordagem, ao se sugerir que seja aplicada uma fiscalização rígida anteriormente à veiculação da publicidade na mídia em questão, contrariando a prática atual, que consiste na fiscalização posterior à veiculação, se mostra como uma forma mais adequada e eficaz para evitar possíveis danos que venham a ser causados aos consumidores.

O maior óbice a esta abordagem apontada como solução na fiscalização, seria a criação de um órgão ou autarquia para fazê-lo, e este pode ser sanado pelo Inmetro, pois a lei já dispõe sobre a sua competência, que poderia também abranger a publicidade no meio digital. Logo, a prática sugere a implementação de um selo de qualidade, que poderia facilmente ser adotado pela autarquia, que já possui prática similar no sistema atual, com relação à qualidade dos produtos.

O consumidor, inclusive, já provou a eficácia da utilização de um selo emitido pela autarquia quanto ao produto a ser consumido, o que se denota que facilmente poderia estabelecer um segundo selo, desta vez em relação à publicidade do produto/serviços veiculados na internet, e também apresentaria uma eficácia no mínimo semelhante, corrigindo a lacuna existente e dando poderes a um órgão fiscalizador para fazer com que se cumpra a garantia constitucional de proteção ao consumidor.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro. Ed. Forense Universitária, 1992.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2010.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. 6ª ED. Salvador: Edições Juspodivm, 2011.

BRASIL, **Projeto do Código de Defesa do Consumidor**. Pesquisado em 20 de Setembro de 2012. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/default.asp>>.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. **Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>.

_____. **Lei nº 9.933/1999**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9933.htm>.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 27.512/BA - 3ª T. - Rel. Ministra Nancy Andrighi - DJe 23/09/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=27512&b=ACOR>. Acesso em 15 de outubro de 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2010

CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. História. Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em 10 de Outubro de 2012.

_____. Legislação. Disponível em: <<http://www.conar.org.br>>. Acesso em 10 de Outubro de 2012.

GIACOMINI FILHO, Gino. **Consumidor versus Propaganda**. São Paulo: Summus, 1991.

GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. **Difusos e coletivos: direito do consumidor**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção elementos do direito, v. 16).

GRINOVER, Ada Pellegrini, [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, 9ª ed.; Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A Publicidade no Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1996.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2005

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed., 2008.

SILVA ULHOA, Daniel da (2003). **A publicidade enganosa via internet**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/3796/a-publicidade-enganosa-via-internet>>. Acesso em 10 de Outubro de 2012.