

Direito Constitucional. Direito Empresarial.

AS NOVAS TECNOLOGIAS COMO FERRAMENTA DE *MARKETING* E PUBLICIDADE

Daiene Kelly Garcia
daienegarcia@gmail.com

RESUMO

A evolução tecnológica alterou significativamente a sociedade, pelo que, constituiu uma nova ordem social cuja análise jurídica é imprescindível. Dentre os reflexos desta evolução tecnológica, destaca-se sua ingerência na vinculação do *marketing* e da publicidade. A discussão jurídica da nova ordem social não deve, pois, deixar de abranger a utilização das novas tecnologias como ferramenta de *marketing* e publicidade, flexionando-a aos princípios constitucionais e aos princípios informadores da publicidade comercial. O conteúdo veiculado pelas novas práticas de *marketing* e publicidade deve, pois, ser flexionado aos princípios informadores da publicidade comercial, com vistas a impedir a divulgação de conteúdos que não se ajustem aos valores éticos e morais e que sejam enganosos ou abusivos.

INTRODUÇÃO

A tecnologia permeia hoje toda a sociedade, mostrando-se indispensável nos âmbitos científico, empresarial, industrial e educacional, e não apenas, mas também nas relações sociais, tornando-se fundamental para a comunicação e adquirindo, assim, grande importância na sociedade.

As relações sociais, a partir da evolução tecnológica, passam a ocorrer principalmente por meio da informática e da telemática, tornando-se substanciais os aparelhos de telefone e os computadores pessoais (*Personal Computers*).

O alvitre da tecnologia na seara computacional e telefônica é a ampla interatividade entre seus usuários de maneira prática e confortável. Assim, para acompanhar as novas necessidades da sociedade, impulsionadas pela própria tecnologia, os computadores tornaram-se portáteis (*laptops, notebooks, palmtops e netbooks*) e surgiram tecnologias que facilitaram o acesso à *internet*.

Na telefonia ganharam espaço os aparelhos móveis, denominados celulares e, com os avanços da tecnologia digital, tornou-se possível o envio de mensagens de texto de um

celular para outro e, posteriormente, a combinação de diversas mídias, como imagem, áudio e texto, na mensagem a ser enviada, além disso, os celulares passaram a oferecer acesso à *internet*. Os avanços alcançados pela tecnologia possibilitaram o surgimento de aparelhos considerados “inteligentes” (*smartphones*), que se assemelham a micro-computadores.

As facilidades advindas da evolução tecnológica culminaram na popularização do uso dos computadores e dos aparelhos telefônicos. Em razão disso, tornou-se comum utilizar as novas tecnologias para vincular o *marketing* e a publicidade através dos computadores e dos aparelhos telefônicos. Assim, o *marketing* e a publicidade passam a ser feitos não só pelas mídias convencionais, mas também pela *internet*, em *micro-sites* ou *hotsites*, *links*, anúncios publicitários em *sites* (*banners*, *pop-ups*, *in-page vídeos*, *expandables*, *retractables*, *floatings* e *between-the-pages*) e por meio de *spams*; e pelo telefone, por meio de ligações, e, nos celulares, também por meio de mensagens de textos, popularmente denominadas torpedos, ou mensagens do *browser*, que são um convite à navegação na *internet*, em um site pré-estabelecido, em que é disponibilizado o conteúdo do *marketing* e da publicidade. Além disso, tornou-se comum a publicidade obtida pela segmentação comportamental, utilizada por redes de anúncio que comercializam suas bases de dados e monitoram os usuários para coletar informações por meio de *adwares* (*spywares*), *web bugs* e rastreadores de *cookies* (*tracking cookies*).

Cumpra ao jurista moldar o direito à realidade histórica, razão pela qual, propõe-se a discussão dialética do uso das ferramentas advindas da evolução tecnológica no *marketing* e na publicidade sob o enfoque jurídico, entabulando tal discussão a partir das induções e deduções estabelecidas por meio de pesquisa bibliográfica.

Objetiva-se alcançar ponderações iniciais para o estudo jurídico da nova ordem social sobre a incidência dos princípios constitucionais e dos princípios da publicidade no uso das ferramentas tecnológicas para a promoção do *marketing* e da publicidade.

1. O USO DAS NOVAS TECNOLOGIAS COMO FERRAMENTA DE *MARKETING* E PUBLICIDADE

A nova ordem social, alcançada a partir dos avanços tecnológicos e da importância da tecnologia no cotidiano da sociedade, culminou, como vimos, na utilização das novas tecnologias como veículo para o *marketing* e a publicidade.

Fato é que o *marketing* e a publicidade valem-se de meios que alcancem o maior número possível de receptores, razão pela qual, sua vinculação por meio dos

computadores e dos aparelhos telefônicos se torna imprescindível a partir da nova ordem social. Todavia, as práticas de *marketing* e publicidade por meio da informática e da telemática, por vezes, se apresentam como um conteúdo indesejado que é apresentado de forma impositiva.

O *marketing* e a publicidade apresentados por meio de um conteúdo indesejado dificultam o acesso à informação; possibilitam a visualização de seu conteúdo por crianças; e, nas conexões à *internet* tarifadas por tempo de conexão, gera para o usuário a cobrança do tempo despendido durante o acesso (impositivo) ao referido conteúdo.

Como exemplos de conteúdo indesejado, pode-se mencionar as ligações telefônicas que ofertam pacotes de serviços ou produtos, veiculam promoções ou que solicitam doações a entidades filantrópicas, bem como as ligações telefônicas para apresentar ao eleitor o perfil de candidatos e pedir-lhe votos; os torpedos de igual conteúdo; os *banners*, *pop-ups*, *in-page videos*, *expandables*, *retractables*, *floatings*, *between-the-pages* e os *spams*, que oferecem, entre outras coisas, dietas milagrosas, remédios para estimular a libido, ou divulgam o “golpe da pirâmide”, *sites* de cassinos e jogos virtuais, de namoro virtual ou de conteúdo para *download*.

Numa via paralela, tem-se a comercialização das bases de dados constantes nas operadoras dos serviços de telefonia e *internet* e em *sites* que armazenam as informações do usuário, bem como o uso de *adwares* (*spywares*), *web bugs* e rastreadores de *cookies* (*tracking cookies*)¹, como segmentação comportamental.

Assim, cumpre analisar as conseqüências jurídicas da transferência do *marketing* e da publicidade para a esfera informática e telemática, avaliando a validade do conteúdo vinculado e da segmentação comportamental. Por óbvio, a referida análise deve se sustentar nos princípios constitucionais e, num segundo momento, nos princípios informadores da publicidade comercial.

2. AS NOVAS TECNOLOGIAS COMO FERRAMENTA DE *MARKETING* E PUBLICIDADE À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A adequação dos princípios constitucionais à realidade histórico-social é imprescindível. Assim, cumpre analisar as novas práticas de *marketing* e publicidade à luz dos

¹ DYSON, Esther. The Coming Ad Revolution Printed. *The Wall Street Journal*, Estados Unidos da América, 11 fevereiro 2008, Opinião, p. A18. Disponível em: <http://online.wsj.com/article/SB120269162692857749.html?mod=opinion_main_commentaries>.

princípios constitucionais do direito à intimidade e à privacidade, do direito à segurança, do direito à liberdade de expressão e do direito à informação.

A nova ordem social torna mais vulnerável a privacidade e a intimidade.

A informática provocou mudanças de costumes na humanidade. Suscita, por isso, novas questões com relação à proteção dos direitos fundamentais, e neste contexto, com a intimidade.

[...]

Pode-se concluir que a tutela dos direitos da pessoa deve ser compatibilizada com as exigências do mundo atual, que almeja a liberdade de informação e a livre circulação dos dados. Em última análise, a informática é algo que já se incorporou na vida cotidiana moderna. Hoje, não se vislumbra retrocesso.²

O direito à privacidade e à intimidade deve, pois, ser resguardado. Em consonância com essa necessidade, tem-se que o direito à segurança deve ser efetivado, para que se alcance a proteção aos dados.

A conclusão que se obtém a partir da análise constitucional da veiculação do *marketing* e da publicidade por meio das novas tecnologias é no sentido de que o direito à liberdade de expressão não deve sobrepor-se aos direitos à intimidade e à privacidade, à segurança e à informação. Assim, o direito a liberdade de expressão não pode ser considerado como um direito absoluto, pelo que, faz-se necessária a incidência dos princípios informadores da publicidade comercial no *marketing* e na publicidade veiculados a partir das novas tecnologias.

3. A APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA PUBLICIDADE COMERCIAL AO *MARKETING* E À PUBLICIDADE DECORRENTES DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Constituem princípios informadores da publicidade comercial o *princípio da licitude e da moralidade* e os princípios da *identificabilidade, transparência, correção e fundamentação*. A publicidade deve ser explícita, fundamentada e não-enganosa, como assegura ao consumidor o direito à informação; e, para preservar os valores sociais, éticos e morais, não pode ser abusiva.³

Os mencionados princípios devem ser observados não apenas quando da veiculação do *marketing* e da publicidade nas mídias convencionais, mas também quando essa

² LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Direitos fundamentais, informática e comunicação*: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 225.

³ DOMINGUES, Alessandra de Azevedo. Formatos e classificação da publicidade eletrônica e seus controles legais: licitudes e ilicitudes. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e internet*: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2008, v. 2. p. 117-172.

se der por meio da informática e da telemática. Além disso, para a veiculação do *marketing* e da publicidade por meio de ligações telefônicas, de torpedos e de *e-mails*, é necessário que haja a manifestação do interesse em receber o conteúdo, por meio de autorização expressa.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, comprometida com a economia de mercado e a democracia pluralista, publicou, em 1980, como princípios para a informação, entendida essa como publicidade, dentre outros, o *princípio da limitação à coleta*, segundo o qual a coleta de dados pessoais deve ser legal e, sempre que possível, com o conhecimento e o consentimento do sujeito dos dados; o *princípio da especificação do objeto*, limitando-se a utilização dos dados coletados ao objetivo pré-estabelecido, e o *princípio da limitação de uso*, que veda a disponibilização desses dados, salvo consentimento em contrário ou determinação legal; e, por outro lado, o *princípio da salvaguarda da segurança* e o *princípio da responsabilidade*, que determinam, respectivamente, a proteção dos dados com relação a acessos não autorizado, sob pena de responsabilização, e a observância de todos os princípios mencionados.⁴

Tais princípios também se constituem como princípios informadores da publicidade comercial e, portanto, também devem ser aplicados à veiculação do *marketing* e da publicidade por meio da informática e da telemática, posto que a publicidade obtida pela segmentação comportamental, utilizada por redes de anúncio que monitoram os usuários da *internet*, constitui uma publicidade invasiva, razão pela qual lesa o direito à privacidade e à intimidade do usuário.⁵ Cumpre ressaltar que o uso de técnicas de segurança da informação inibe a publicidade por meio da segmentação comportamental, uma vez que impede a disseminação de *phishings* para a captura de dados.

CONCLUSÃO

A evolução tecnológica ensejou uma nova ordem social que se fundamenta na informática e na telemática, tornando-se itens fundamentais o computador e o telefone. Em razão disso, a utilização desses aparelhos popularizou-se. Com vistas a alcançar um público

⁴ Acerca da ordem econômica e da democracia pluralista, vide HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista: seu nexos interno. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 24 e 25.. Sobre os princípios da informação: KASANOFF, Bruce. *Atendimento personalizado e o limite da privacidade: até que ponto as empresas devem usar informações pessoais para lucrar na internet*. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 189-192.

⁵ Cf. ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na internet*. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e Imprensa Oficial do Estado (Org.). Caderno jurídico: direito e internet. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, ano 2, v. 1, n.º. 4, jul./2002. p. 109-128; ainda, SILVA, Hugo Lança. *Monitorização da internet: onde fica o direito à privacidade*. Verbo Jurídico. Portugal, set./2006. Doutrina. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/tecnologia/monitorizacaointernet.pdf>>.

maior, o *marketing* e a publicidade passaram a se valer das ferramentas advindas da evolução tecnológica para fazerem-se presentes nesses itens fundamentais.

Todavia, o uso das novas tecnologias como ferramentas de *marketing* e publicidade deve se adequar à ordem constitucional. Assim, para que sejam observados os princípios constitucionais do direito à intimidade e à privacidade, do direito à segurança, do direito à liberdade de expressão e do direito à informação, é necessário que o uso das novas tecnologias como ferramentas de *marketing* e publicidade subordine-se aos princípios informadores da publicidade comercial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

KASANOFF, Bruce. *Atendimento personalizado e o limite da privacidade: até que ponto as empresas devem usar informações pessoais para lucrar na internet*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2008, v. 2.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO E IMPRENSA OFICIAL DO ESTADO (Org.). Caderno jurídico: direito e internet. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, ano 2, v. 1, n.º. 4, jul./2002. p.109-128.

DYSON, Esther. The Coming Ad Revolution Printed. *The Wall Street Journal*, Estados Unidos da América, 11 fevereiro 2008, Opinion, p. A18. Disponível em: <http://online.wsj.com/article/SB120269162692857749.html?mod=opinion_main_comments>. Acesso em 20 set. 2010.

SILVA, Hugo Lança. *Monitorização da internet: onde fica o direito à privacidade*. Verbo Jurídico. Portugal, set./2006. Doutrina. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/tecnologia/monitorizacaointernet.pdf>>. Acesso em 20 set. 2010.

PALAVRAS-CHAVE: tecnologia; informática e telemática; *marketing* e publicidade; princípios constitucionais; princípios informadores da publicidade comercial.

ABSTRACT: The use of new Technologies as tools for marketing and advertising should be guided by principles of advertising to be effected constitutional rights.