

Proteção do consumidor acerca da publicidade comparativa em plataformas de *marketplace*

Fabricio Germano ALVES*

Pedro Henrique da Mata Rodrigues SOUSA**

Vinícius Wdson do Vale ROCHA***

RESUMO: Em meio à evolução da sociedade virtual de consumo, é perceptível que a busca por produtos/serviços, por parte dos consumidores, tem aumentado, notadamente pela facilidade que as plataformas de *marketplace* proporcionam. A problemática da questão se relaciona à suposta enganiosidade/abusividade da publicidade comparativa, disposta nas plataformas de *marketplace*, quando, por um lado, dissemina informações inverídicas sobre produtos, serviços ou marca do fornecedor concorrente e, por outro, quando se aproveita da fraqueza e da ignorância do consumidor para impingir-lhe produtos/serviços. Objetiva-se verificar os limites quanto ao uso da publicidade comparativa nas plataformas de *marketplace*, além de identificar a regulamentação existente. Utiliza-se como método uma pesquisa aplicada, com abordagem qualitativa e hipotético-dedutiva, e objetivo descritivo. Conclui-se que a publicidade comparativa disseminada nas plataformas de *marketplace*, caso seja aplicada de modo irregular, pode vir a configurar enganiosidade e abusividade de acordo com o art. 37, §§ 1º e 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor; publicidade comparativa; *marketplace*.

SUMÁRIO: – 1. Introdução; – 2. Relação de consumo e publicidade nas plataformas de *marketplace*; – 2.1. Conceito de relação jurídica de consumo; – 2.2. Conceito de publicidade; – 3. Publicidade comparativa; – 3.1. Conceito de publicidade comparativa; – 3.2. Regulamentação e enganiosidade/abusividade da publicidade comparativa; – 3.2.1. Regulamentação internacional e nacional da publicidade comparativa; – 3.2.2. Enganiosidade/abusividade da publicidade comparativa pelo código de defesa do consumidor; – 4. Salvaguarda do consumidor no contexto das plataformas de *marketplace*; – 5. Conclusão; – 6. Referências.

TITLE: *Consumer Protection on Comparative Advertising on Marketplace Platforms*

ABSTRACT: *In the midst of the evolution of the virtual consumer society, it is noticeable that the search for products/services by consumers has increased, notably due to the ease that marketplace platforms provide. The problematic issue is related to the alleged deceitfulness/abusiveness of comparative advertising, available on marketplace platforms, when, on the one hand, it disseminates untrue*

* Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Direito pela Universidade do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre e Doutor em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) na Espanha. Advogado.

** Acadêmico do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do Grupo de Pesquisa Direito das Relações de Consumo. Membro do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Direito das Relações de Consumo (LABRAELCON). Discente de iniciação científica do Projeto de Pesquisa intitulado Proteção jurídica do consumidor no comércio eletrônico (*marketplace*).

*** Acadêmico do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Membro do NEDDIG - Núcleo de Estudos em Direito Digital. Discente de iniciação científica do projeto de pesquisa intitulado Interfaces entre o Direito das Relações de Consumo e o Direito Animal. Membro do Grupo de Pesquisa Direito das Relações de Consumo. Membro do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Direito das Relações de Consumo (LABRAELCON).

information about products, services or the brand of the competing supplier and, on the other hand, when it takes advantage of the weakness and ignorance of the consumer to push products/services on him. The aim is to verify the limits on the use of comparative advertising in marketplace platforms, in addition to identifying the existing regulations. The method used is applied research, with a qualitative and hypothetical-deductive approach, and a descriptive objective. We conclude that the comparative advertising disseminated on marketplace platforms, if applied in an irregular manner, may constitute deception and abusiveness according to art. 37, §§ 1 and 2, of the Consumer Protection Code.

KEYWORDS: Consumer; comparative advertising; marketplace.

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. Consumer relationship and advertising in marketplace platforms; – 2.1. concept of legal relationship of consumption; – 2.2. Concept of advertising; – 3. Comparative advertising; 3.1 concept of comparative advertising; – 3.2. Regulation and deception/abusiveness of comparative advertising; 3.2.1. International and national regulation of comparative advertising; – 3.2.2. Deceptiveness/abusiveness of comparative advertising by the consumer protection code; – 4. Consumer safety in the context of marketplace platforms; – 5. Conclusion; – 6. References.

1. Introdução

Na obra serial de animação Bob Esponja, os personagens residem no fundo do mar, especificamente na “fenda do biquini”, onde desenvolvem suas funções e vivem suas rotinas de uma maneira leve e divertida, apesar de, em diversos episódios, haver a possibilidade de extrair análises significativas para o âmbito jurídico. De fato, no decorrer dos acontecimentos, é percebida a existência de um antagonista, chamado “Plankton”, dono de um estabelecimento comercial alimentício, que procura, constantemente, furtar a fórmula secreta do “hamburger de siri” – produto principal do seu concorrente, “Seu Sirigueijo”.¹

Em virtude das tentativas infrutíferas quanto ao objetivo de “Plankton”, utiliza-se da comparação denegritória para com o “hamburger de siri” do seu concorrente, ou seja, difama a imagem desse produto ao oferecer “amostras grátis ruins” de um hamburger adulterado em nome do “Seu Sirigueijo”, com vistas a enganar os consumidores e a fazer com que eles consumam o alimento concorrente, seu sanduiche de salmão.²

É nesse contexto que se pode realizar uma análise jurídica, como anteriormente mencionado, abordando a necessidade de proteção dos consumidores acerca da publicidade comparativa entre fornecedores, pois, com o fito de denigrir ou de se utilizar da imagem do fornecedor oposto em benefício próprio, em determinadas situações, o

¹ HILLEGURG, Stephen. *Bob esponja calça quadrada*. Nickelodeon, 1999.

² HILLEGURG, Stephen. Amostra Grátis. In: *Bob esponja calça quadrada*. Nickelodeon, 2013. 11min. Episódio 18, 8º temporada.

processo decisório do consumidor pode ser prejudicado devido à possível enganabilidade oriunda da publicidade comparativa.

De maneira mais específica, é possível notar esta espécie publicitária no âmbito das plataformas de *marketplace*, em cujos fornecedores anunciam e vendem seus produtos/serviços para uma gama imensa de consumidores. De fato, por isso, percebe-se que a problemática da questão é relativa à suposta enganabilidade/abusividade da publicidade comparativa, em primeiro, quando insere informações inverídicas sobre o fornecedor concorrente e, em segundo, quando se prevalece da fraqueza e da ignorância do consumidor para impingir-lhe produtos/serviços.

Assim, a compreensão da publicidade comparativa, principalmente nas plataformas de *marketplace*, apresenta sua devida importância, tanto no que se refere à atualidade, devido à evolução dos mecanismos e das tecnologias presentes no mercado de consumo, como também à relevância, em razão de proporcionar aos consumidores a percepção sobre esta espécie publicitária capaz de prejudicar seu processo decisório.

Nessa linha, com base na problemática e na justificativa, tem-se que a finalidade principal do estudo é verificar os limites da utilização da publicidade comparativa nas plataformas de *marketplace*, além de identificar a regulamentação necessária por meio, especialmente, do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, busca-se inferir como se pode dar a salvaguarda dos consumidores nesse ambiente on-line a partir dos órgãos e das instituições de defesa/proteção desses entes vulneráveis.

Para tanto, utiliza-se de pesquisa de natureza aplicada, de cunho teórico-prático e abordagem qualitativa³, ao considerar a necessidade de discussão acerca da publicidade comparativa no cenário das plataformas de *marketplace*. Além disso, emprega-se de método de abordagem hipotético-dedutivo e indutivo,⁴ com objetivo descritivo⁵ por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

Portanto, quanto à estruturação, ramifica-se em três tópicos: a) conceituação da relação jurídica de consumo por meio da identificação dos seus elementos constitutivos, quais sejam, consumidor, fornecedor, produto/serviço e destinação final, bem como a conceituação da publicidade e breve introdução sobre as plataformas de *marketplace*; b)

³ GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 25.

⁴ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos da metodologia científica*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 92.

⁵ PEREIRA, Adriana Soares. *Metodologia da pesquisa científica*. Santa Maria, RS: UFSM, 2018, p. 67.

definição da publicidade comparativa e regulamentação sobre a sua suposta enganiosidade/abusividade, sobretudo, a partir do Código de Defesa do Consumidor e c) consideração acerca da premência pela salvaguarda dos consumidores, mediante órgãos/instituições de proteção, quando expostos à publicidade comparativa no contexto das plataformas de *marketplace*.

2. Relação de consumo e publicidade nas plataformas de *marketplace*

No contexto da sociedade de consumo,⁶ é perceptível que as relações sociais têm se desenvolvido de maneiras consideradas anteriormente improváveis, ou seja, por meio de ambientes virtuais. Nessa linha, em virtude da evolução dessas relações, o mercado de consumo também se renovou, ou seja, alcançou patamares antes inexploráveis, o que tem facilitado as trocas comerciais e a própria relação jurídica de consumo propriamente dita. De fato, nota-se que o cenário da internet favorece a aquisição de produtos e a contratação de serviços, principalmente devido à agilidade proporcionada pela tecnologia. Assim, é justamente nessa conjuntura de aperfeiçoamento das relações jurídicas que as plataformas de *marketplace* ganham a devida importância.

Em primeiro lugar, evidencia-se que o comércio eletrônico é relativo às relações comerciais/consumeristas proporcionadas pelo ambiente virtual, especialmente quando este meio facilita a contratação de bens e de serviços de maneira rápida, automática e simples⁷. Mais ainda, o comércio eletrônico pode ser compreendido como toda e qualquer transação em cujos sujeitos interajam de modo eletrônico, sem que seja estabelecido contato físico, direto e simultâneo.⁸

Em segundo lugar, com base no conceito de comércio eletrônico, visualiza-se que as plataformas de *marketplace* são responsáveis por intermediar tal processo mercadológico. Nesse contexto, esta espécie de plataforma consiste, justamente, na participação das organizações, dos fornecedores, das sociedades empresariais e dos consumidores em ambientes virtuais com vistas a estabelecer trocas comerciais.⁹ Realmente, estas plataformas são consideradas *shoppings* virtuais, uma vez que diversos

⁶ Sobre a sociedade de consumo, ver: BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

⁷ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Contratos eletrônicos: formação e validade: aplicações práticas*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 37.

⁸ KLEE, Antônia Espíndola Longini. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 71.

⁹ PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. *Direito da internet e comércio eletrônico*. Lisboa: Quid Júris, 2001, p. 31.

fornecedores podem inserir seus produtos em um único ambiente,¹⁰ para que os consumidores encontrem o que precisam de uma maneira simples, eficaz e facilitada¹¹, de modo a suprir as urgências do mercado de consumo.¹²

Mais ainda, é essencial perceber os motivos da utilização dessas plataformas, principalmente no que se refere à publicidade; ou seja, as ferramentas disponibilizadas por elas, tanto para os fornecedores, como também para os consumidores, propiciam uma experiência rápida e tranquila sobre a aquisição de produtos/serviços. Por certo, inclusive, é notório que a divulgação das marcas, dos produtos e dos serviços, nesse contexto, apresenta um grau de facilidade muito mais elevado, o que contribui para a prosperidade das campanhas publicitárias dentro da plataforma de *marketplace*.

Sob tal linha de raciocínio, identifica-se à estrutura dessas trocas comerciais dentro das plataformas como contribuidora principal, isto é, a relação de consumo adquire uma nova perspectiva, uma vez que o organizador da plataforma, responsável por intermediar a relação, também entra na cadeia de fornecedores e passa a existir em concomitância com o fornecedor do produto/serviço e com o consumidor.¹³

É nessa interpretação que as oportunidades surgem dessas plataformas, ou seja, devido à vastidão de ferramentas e de possibilidades, os fornecedores podem utilizar mecanismos de incitação ao consumo diferentes dos habituais – *e.g.*, exposição em *outdoors*, em letreiros, em traseiras de ônibus ou em panfletos – e usufruir dos recursos das plataformas de *marketplace* para desenvolver, por exemplo, a publicidade comparativa. De fato, em razão da abundância de fornecedores e dos seus produtos, serviços e marcas, a publicidade comparativa se torna uma medida extremamente eficaz, mas que, se utilizada do modo irregular, pode vir a causar prejuízo ao consumidor e ao mercado de consumo como um todo.

À vista disso, para a proteção adequada do consumidor, é de extrema importância compreender a relação jurídica de consumo, por meio da identificação dos seus elementos essenciais, com vistas a possibilitar a incidência do Código de Defesa do

¹⁰ MURADA, Patrícia Vieira. *Os contornos da responsabilidade civil das plataformas de marketplace*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2020, p. 52.

¹¹ TELXEIRA, Tarcísio. *Comércio eletrônico: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 136.

¹² SOUSA, Pedro Henrique da Mata Rodrigues; ALVES, Fabrício Germano. Stealth marketing: captura ilícita do consumidor por meio de estratégias sociopsicológicas. *Revista Direito, Estado e Sociedade, Ahead of print*, 2021, p. 4.

¹³ MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo e o direito do consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coord.). *Direito digital: direito privado e internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 353.

Consumidor. Além disso, uma vez colocada em análise a publicidade comparativa, o entendimento acerca da publicidade se mostra como essencial.

2.1. Conceito de relação jurídica de consumo

A existência de uma relação jurídica consumerista depende da presença de determinados elementos, quais sejam, elementos subjetivos, objetivos e finalístico, que correspondem ao consumidor, ao fornecedor, ao produto/serviço e à destinação final destes. Assim, apesar de não haver definição expressa da relação de consumo no Código de Defesa do Consumidor, estar-se-á diante de tal relação jurídica caso haja, no caso concreto, a presença dos citados elementos.

Nesse ínterim, como primeiro elemento subjetivo da relação de consumo, o consumidor pode ser compreendido por meio de quatro acepções distintas,¹⁴ todas dispostas pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo uma acepção direta ou *stricto sensu* e as outras três por equiparação ou *lato sensu*.¹⁵

Ademais, é notório que todos os indivíduos podem figurar como consumidores em relações jurídicas de consumo, na medida em que consumir se trata de ato basilar da vida em sociedade¹⁶ e está presente de modo significativo no cotidiano. Nesse viés, deve-se entender o consumidor como aquele sujeito de mercado que tem o objetivo de, por meio da aquisição de produtos/serviços, suprir suas necessidades, isto é, “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final”.¹⁷

Os consumidores por equiparação, por outro lado, consistem na coletividade de pessoas, nas vítimas de fato do produto ou fato do serviço, bem como naqueles que se encontram expostos às práticas comerciais,¹⁸ de acordo com previsões expressas do Código de Defesa do Consumidor, principalmente às práticas publicitárias.

¹⁴ Artigo 2º, *caput*; Artigo 2º, parágrafo único; Artigo 17 e Artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente. BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 25.08.2021.

¹⁵ ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 74.

¹⁶ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 10. ed. Madrid: Dykinson, 2018, pp. 52-58.

¹⁷ Artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, cit.

¹⁸ Artigo 2º, parágrafo único; Artigo 17; Artigo 29, respectivamente, do Código de Defesa do Consumidor. BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, cit.

O outro elemento subjetivo constituinte da relação jurídica de consumo, o fornecedor, trata-se, em suma, daquele que realiza oferta de bens no mercado de consumo,¹⁹ que pode ser “pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados”²⁰ que desempenhem a atividade a partir de remuneração²¹, com oferta habitual e formal dos serviços ou produtos.

Por fim, como elementos objetivos da relação jurídica de consumo, há o produto²² e o serviço.²³ O primeiro pode se tratar de qualquer bem, seja material, imaterial, móvel ou imóvel,²⁴ considerados aqueles bens consumíveis ou inconsumíveis, novos ou usados, acessórios ou principais²⁵ que sejam inseridos no mercado de consumo com observância dos preceitos legais pertinentes. O segundo, o serviço, consiste em qualquer atividade de natureza remuneratória desenvolvida no mercado de consumo, seja direta ou indireta.²⁶

À vista disso, à medida que os elementos essenciais são identificados, a relação de consumo pode vir a ser conceituada como o contrato existente entre o fornecedor e o consumidor com vistas a este usufruir do produto/serviço, ao adquirir a qualidade de destinatário final.²⁷ Desse modo, a partir da definição de todos os seus elementos, o Código de Defesa do Consumidor pode incidir com plena efetividade com o fito de salvaguardar os consumidores,²⁸ especialmente, nessa discussão, aqueles expostos às campanhas publicitárias.

2.2. Conceito de publicidade

A publicidade, considerada importante elemento do mercado de consumo, tem seu conceito abrangido pelo de oferta, essencial para o relacionamento de consumidores com

¹⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do consumidor*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 44.

²⁰ Artigo 3º, caput, do Código de Defesa do Consumidor. BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, cit.

²¹ STJ, 3ª T., REsp 519.310 SP 2003/0058088-5, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 20.04.2004.

²² Cf. LIMEIRA, Tânia Maria Vidigal. *Comportamento do consumidor brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 6.

²³ Cf. STJ, 1ª T., REsp 493.181 SP 2002/0154199-9, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 15.12.2005.

²⁴ Artigo 3º, §1º, do Código de Defesa do Consumidor. BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, cit.

²⁵ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 133.

²⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 204.

²⁷ SALIB, Marta Luiza Leszczynski. *Contratos e a tutela do consumidor no comércio eletrônico internacional: a proteção jurídica do consumidor virtual no mercado globalizado*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 34.

²⁸ VANCIN, Adriano Roberto. MATIOLI, Jefferson Luiz. *Direito & internet: contrato eletrônico e responsabilidade civil na web*. 2. ed. Franca: Lemos & Cruz, 2014, p. 117.

fornecedores, que tem como finalidade o controle, o equilíbrio e a incitação de demandas no contexto do mercado de consumo.

A oferta, nesse viés, pode servir como instrumento de incitação ao consumo de três principais formas, quais sejam: apresentação, informação e publicidade.²⁹ Nessa conjectura, o controle da publicidade corresponde ao elemento essencial em relação à proteção dos direitos dos consumidores, já que a mencionada prática pode gerar influências negativas sobre os processos de decisão dos consumidores.³⁰

Desse modo, a publicidade, visualizada como mecanismo de incitação ao consumo, tem como principal objetivo a atração a consumidores, por meio da adoção de medidas persuasivas e de artifícios de apelação psicológica e lógica, que levam ao convencimento e à persuasão dos potenciais consumidores.³¹

Nesse viés, como decorrência da vulnerabilidade³² e da hipossuficiência dos consumidores diante das práticas comerciais atinentes à publicidade, a exposição desses sujeitos à oferta de produtos e de serviços os coloca na posição de consumidores por equiparação, conforme previsão expressa do Código de Defesa do Consumidor.³³

Assim, percebe-se que a publicidade se trata da prática comercial de *marketing* realizada por entes públicos ou privados, com ou sem personalidade jurídica, por meio de veículos de comunicação social, os quais apresentam aos consumidores ofertas com finalidades econômicas, seja de produtos, de serviços ou de marcas, por exemplo, com a intenção principal de gerar a persuasão dos consumidores, para que estes adquiram o produto ou utilizem o serviço ofertado.³⁴

Nessa perspectiva, evidencia-se que esse ato de comunicação patrocinada, de índole coletiva e com finalidade de gerar consumo de produtos ou serviços,³⁵ considerando a

²⁹ ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*, cit., p. 121.

³⁰ SOUSA, Pedro Henrique da Mata Rodrigues; ALVES, Fabrício Germano. Abusividade do buzz marketing utilizado como mecanismo publicitário de captura furtiva do consumidor. In: Marcelo Pinto Chaves; Paulo Roberto Mostaro Reis; Rafael Pacheco Lanes Ribeiro; Roberto Camilo Leles. (Org.). *Interdisciplinaridade e direitos humanos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020, p. 87.

³¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 34.

³² Artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, cit.

³³ Artigo 29, do Código de Defesa do Consumidor. BRASIL. BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, cit.

³⁴ ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*, cit., p. 135.

³⁵ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 31-32.

vulnerabilidade dos consumidores, precisa de ação do Estado³⁶ diante das práticas comerciais em questão, ou seja, o controle da publicidade poderá ocorrer tanto na esfera estatal, quanto em âmbito privado, além de em esfera mista, isto é, que envolva Estado e entes privados.³⁷

Sem a presença da publicidade, é possível que o indivíduo nunca tenha reconhecido a necessidade de consumir determinado produto ou serviço, de modo que a exposição por meio da publicidade tem o condão de induzir o surgimento de desejos nos consumidores, cujo atendimento gera o impulso do consumo.³⁸

Nesse cenário, as estratégias de *marketing* tendem a se tornar cada vez mais persuasivas e efetivas, com alcance que tende a um caráter cada vez mais multifacetado, como se vê na estruturação de campanhas publicitárias por grandes marcas do comércio mundial de forma localizada e direcionada a públicos determinados, ainda que precisem realizar adaptações à cultura do país ou localidade em questão.³⁹ Dessa forma, diante da necessidade de incitação ao público consumerista, evidencia-se que a diversidade das práticas publicitárias é de extrema importância, por isso que a publicidade comparativa pode vir a ser utilizada nas plataformas de *marketplace*, justamente para incitar o consumo de uma maneira alternativa às campanhas habituais.

3. Publicidade comparativa

Para o alcance do desiderato de analisar a proteção ao consumidor no contexto das plataformas de *marketplace* contra práticas abusivas ou enganosas realizadas por meio de publicidade comparativa, explora-se, na presente seção, o conceito de publicidade comparativa. Além disso, insere na discussão a regulamentação da publicidade comparativa, a título de contextualização, tanto em ambiente internacional, como também em nacional, bem como desenvolve a análise acerca da abusividade/enganosidade da publicidade comparativa com base no Código de Defesa do Consumidor, essencial para a deflagração dos institutos protetivos do microssistema jurídico consumerista.

³⁶ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. cit., p. 157.

³⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares da; POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Responsabilidade civil pela publicidade. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 397.

³⁸ LARENTIS, Fabiano. *Comportamento do consumidor e marketing de relacionamento*, cit., p. 32.

³⁹ SALIB, Marta Luiza Leszczynski. *Contratos e a tutela do consumidor no comércio eletrônico internacional: a proteção jurídica do consumidor virtual no mercado globalizado*, cit., p. 93.

3.1. Conceito de publicidade comparativa

O conceito de publicidade comparativa não se encontra previsto no Código de Defesa do Consumidor, de modo que a regulação da prática dependerá da busca por parâmetros interpretativos pelo aplicador do Direito.⁴⁰ Assim, como definição de tal modalidade de publicidade, a Diretiva 2006/114/CE do Conselho das Comunidades Europeias, em seu artigo 2º, aduz que publicidade comparativa se trata daquelas que fazem alusão implícita ou explícita a concorrentes ou aos bens e serviços oferecidos por concorrentes do mercado.⁴¹

A referida definição, entretanto, pode vir a receber críticas por confundir a modalidade da publicidade comparativa com outros tipos de publicidade, como a adesiva, na qual o anunciante equipara seus produtos aos de um determinado concorrente para se aproveitar da boa reputação do concorrente, ou a publicidade confundionista, em cujo anúncio divulgado gera confusão no consumidor a respeito do empresário, da marca, da sociedade empresarial, do produto ou do serviço com os seus concorrentes.⁴²

Entretanto, com o conceito bem definido e delimitado, nota-se que a técnica publicitária comparativa tem como finalidade a demonstração de superioridade, relativa a aspectos como qualidade ou tecnologia, ou à exibição de alguma vantagem ante o produto/serviço concorrente ou prestado pela concorrência.⁴³ Ainda que a publicidade comparativa não tenha previsão expressa no ordenamento jurídico consumerista, deve ser limitada pelos interesses dos concorrentes que, em razão das comparações feitas, retem prejudicados, bem como os consumidores devem ser protegidos da prática, caso sofram algum tipo de lesão.⁴⁴

Desse modo, publicidade comparativa deve ser entendida como a técnica cujo objetivo é revelar a vantagem dos produtos ou serviços do anunciante perante os dos concorrentes, por meio da confrontação de suas características, o que demonstra aos consumidores a superioridade de seus produtos/serviços ante os alheios.⁴⁵

⁴⁰ ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*, cit., p. 203.

⁴¹ EUROPA. *Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0114&from=hr>>. Acesso em: 25.08.2021.

⁴² ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*, cit., p. 204.

⁴³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da; POLETO, Carlos Eduardo Minozzo. Responsabilidade civil pela publicidade. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 408.

⁴⁴ ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. 3. ed. Roma: Laterza, 2002, p. 142.

⁴⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*, cit., p. 352.

De modo mais específico, é oportuno destacar que a publicidade comparativa pode ser explícita, quando há expressa identificação do concorrente, do produto ou da marca, ou implícita, quando a referência ao concorrente não é direta, mas se torna inequívoca aos consumidores, também denominada como publicidade comparativa direta *per relationem*.⁴⁶ Ademais, evidencia-se que há uma segunda modalidade de comparação implícita, denominada publicidade indireta, que consiste na publicidade comparativa genérica, na qual o produto anunciado é confrontado com todos os outros da mesma categoria, de modo que não há identificação singular dos produtos ou serviços concorrentes que são objeto da comparação realizada.⁴⁷

Portanto, em síntese, o método ou a técnica por meio da qual se realiza confronto entre produtos/serviços anunciados com os de um ou mais concorrentes, de forma explícita ou implícita, com o intento de enaltecer as qualidades ou o preço do objeto da publicidade veiculada, com o objetivo de diminuir o poder atrativo da concorrência frente ao público consumidor, pode ser conceituada como publicidade comparativa.⁴⁸

3.2. Regulamentação e enganabilidade/abusividade da publicidade comparativa

À medida que o conceito de publicidade comparativa é compreendido, a sua regulamentação deve ser analisada, notadamente com base no Código de Defesa do Consumidor ao considerar a configuração da relação jurídica de consumo por meio da identificação do consumidor equiparado exposto às campanhas publicitárias nas plataformas de *marketplace*. Assim, anteriormente à deliberação sobre as disposições do referido Código para caracterizar a suposta enganabilidade/abusividade da publicidade comparativa, nota-se que a regulamentação internacional sobre esta espécie publicitária precisa ser citada a título de contextualização, assim como, embora escassa, a regulamentação nacional.

3.2.1. Regulamentação internacional e nacional da publicidade comparativa

Em ambiente internacional, a publicidade comparativa pode ser utilizada desde que respeite os princípios da veracidade e da objetividade,⁴⁹ por isso que, por força da

⁴⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*, cit., p. 353.

⁴⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*, cit., p. 355.

⁴⁸ STJ, 3ª T. REsp 1668550 RJ 2014/0106347-0, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 23.05.2017.

⁴⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*, cit., p. 357.

Diretiva Europeia 2006/114/CE,⁵⁰ essa espécie publicitária é visualizada como instrumento lícito, apesar de apresentar limites quanto à sua utilização pelos Estados-membros. Mais ainda, é importante perceber que, mesmo os países deste grupo que não possuem legislação específica sobre a matéria – admissibilidade ou inadmissibilidade – passaram a seguir a mencionada Diretiva devido à importância para o mercado de consumo.⁵¹

Ainda sobre a Diretiva 2006/114/CE, evidencia-se que o seu art. 4º dispõe sobre a permissibilidade da publicidade comparativa, a partir da vedação da sua possível enganiosidade – ou seja, apenas afirmar características verídicas e comprovadas sobre o concorrente –, da proibição acerca da tentativa de prejuízo a outras marcas, da não apresentação de bens/serviços com semelhança proposital com vistas ao uso indevido, entre outras.⁵² Além disso, cita-se a Resolução nº 126 de 1996 do MERCOSUL (GMC) que disciplina, de modo expresso, a publicidade comparativa com base em determinados princípios, como a não enganiosidade, o esclarecimento de informação para o consumidor, a comprovação quanto à sua veracidade, a vedação à concorrência desleal, entre outros.⁵³

De fato, essa espécie publicitária é permitida no contexto internacional analisado, mas somente na hipótese de seguir as diretrizes estabelecidas na Diretiva – para o ambiente europeu – e na mencionada Resolução – para o âmbito do Mercosul –, uma vez que sua utilização indevida pode vir a lesar tanto os fornecedores alvo de comparação, como também os consumidores expostos à prática.

Em ambiente nacional, anteriormente à elucidação acerca do Código de Defesa do Consumidor, necessita-se mencionar a disposição do art. 220 da Constituição Federal, que instituiu a vedação à restrição de qualquer manifestação de pensamento, de criação, de expressão e de informação, independentemente de qual seja sua forma, seu processo ou seu veículo de divulgação, desde que seja observado o disposto na Constituição.⁵⁴ Nessa linha, evidencia-se que, embora de modo indireto, a Constituição trata da publicidade como instrumento de divulgação basicamente irrestrito, mas, quando vem a lesar outras disposições constitucionais ou infralegais, pode ser limitado.

⁵⁰ EUROPA. Directiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, cit.

⁵¹ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*, cit., p. 358.

⁵² EUROPA. Directiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, cit.

⁵³ MERCOSUL. Resolução n. 126, de 13 de dezembro de 1996. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/pt/document/read/49678492/mercosul-gmc-res-n-126-96-defesa-do-mercosur>>. Acesso em: 27.08.2021.

⁵⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil, cit.

Ademais, quanto à regulamentação ética trazida pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), verifica-se o seu art. 32, no qual, com base no Código de Propriedade Industrial, é prevista a permissibilidade da publicidade comparativa contanto que os princípios e limites sejam respeitados, a saber, a finalidade de esclarecimento de produtos para o consumidor, a objetividade da alegação, a veracidade do informação, a vedação quanto à confusão entre produtos/serviços de fornecedores concorrentes, entre outros.⁵⁵ Nesse sentido, apesar de tais disposições não serem consideradas dispositivos legais, mas apenas éticos, funcionam como instrumento fulcral para a disseminação/veiculação da publicidade.

Outrossim, é necessário considerar, de maneira geral, o art. 18 do Código Civil, que dispõe sobre a proibição de se utilizar nome alheio em propaganda comercial,⁵⁶ ou seja, mesmo que seja um direito da personalidade, as pessoas jurídicas possuem resguardados o nome, a imagem, a vida privada e a honra.⁵⁷

Mais ainda, de acordo com o art. 195, incisos I e II, da Lei nº 9.279/1996, salienta-se que o crime de concorrência desleal é cometido quando é publicada, prestada ou divulgada falsa informação em detrimento de concorrente com vistas à obtenção de vantagem.⁵⁸ Por fim, cita-se o art. 36, §3º, inciso IV, da Lei nº 12.529/2011 – estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência –, no qual é proibido que sociedades empresariais dificultem a constituição, o funcionamento ou o desenvolvimento de seus concorrentes,⁵⁹ disposição que pode incidir sobre a publicidade comparativa.

3.2.2. Enganosidade/abusividade da publicidade comparativa pelo Código de Defesa do Consumidor

De fato, quando a situação se refere à proteção empresarial dos concorrentes, embora não seja explícito nas citadas leis, a publicidade comparativa é proibida à proporção que

⁵⁵ BRASIL. CBAP. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos, 1980. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 16.08.2021.

⁵⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 27.08.2021.

⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*, vol. 3. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, *passim*.

⁵⁸ BRASIL. *Código de Propriedade Industrial*. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em: 27.08.2021.

⁵⁹ BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12529.htm>. Acesso em: 27.08.2021.

prejudica o mercado de consumo, principalmente os fornecedores entre si e a ordem econômica. Entretanto, é foco principal analisar como a publicidade comparativa pode vir a lesar o consumidor, tanto no que alude ao seu processo decisório, como também à possibilidade de danos às relações de consumo, por isso o Código de Defesa do Consumidor precisa ser utilizado para que essa espécie publicitária seja analisada no contexto das plataformas de *marketplace*, ou seja, com a finalidade de salvaguardar o consumidor para com as suas compras em ambientes virtuais.

Nessa perspectiva, observa-se que a publicidade comparativa não é vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, mas precisa obedecer ao princípio da veracidade das informações, ser objetiva e não abusiva.⁶⁰ Todavia, é determinante destacar as disposições desse Código que tratam da enganosidade e da abusividade, pois são de extrema importância à medida que podem incidir sobre a realidade da publicidade comparativa nas plataformas de *marketplace*.

Em primeiro lugar, para compreender a incidência do Código de Defesa do Consumidor, evidencia-se o art. 6º, sobre os direitos básicos do consumidor, cuja disposição é relativa à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos/serviços dispostos no mercado de consumo.⁶¹ Como complemento desse direito, cita-se o art. 31 do mesmo Código, que determina o asseguramento da oferta e da apresentação relativo à informação correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa sobre produtos/serviços. De fato, embora tais artigos não sejam referentes, de maneira explícita, à publicidade comparativa, evidencia-se a sua importância quanto à publicidade de maneira geral.

Em segundo, de modo um pouco mais específico, pode-se extrair o princípio da veracidade publicitária⁶² do art. 37, *caput* e §1º, do Código de Defesa do Consumidor, cuja dissertação é alusiva à proibição da enganosidade da publicidade. Assim, uma vez que todos os anúncios publicitários são visualizados como informativos e persuasivos concomitantemente,⁶³ revela-se que a publicidade comparativa não pode ser enganosa, falsa ou inverídica, ou seja, a partir do momento que tal espécie de publicidade é veiculada nas plataformas de *marketplace*, as informações sobre os produtos/serviços e,

⁶⁰ STJ, 4ª T., REsp n. 1377911 SP 2012/0258011-6, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 02.10.2014.

⁶¹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, cit.

⁶² ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*, cit., p. 158.

⁶³ KIRKPATRICK, Jerry. *In defense of advertising: arguments from reason, ethical egoism and laissez-faire capitalism*. Claremont: TLJ Books, 2007, p. 68.

mais ainda, sobre o(s) fornecedor(es) concorrente(s) precisam ser comprovadamente verdadeiras.

Nessa linha, embora a falsidade da publicidade possa surgir de maneira proposital ou não proposital pelo fornecedor anunciante,⁶⁴ para estar em concordância com o princípio da veracidade, a publicidade comparativa precisa ser elaborada de acordo com a realidade do produto, do serviço e das características do fornecedor utilizado como base.⁶⁵ Dessa forma, percebe-se que as campanhas publicitárias comparativas, que utilizam o produto/serviço/marca concorrente, nas plataformas de *marketplace*, necessitam ser verídicas em todas as suas informações.

Em terceiro, extrai-se ainda, do art. 37, *caput* e §2º, do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da não abusividade publicitária,⁶⁶ cujo ordenamento é referente à proibição da abusividade quanto à publicidade. Logo, ao considerar que a tal abusividade pode se relacionar ao princípio da inofensividade publicitária,⁶⁷ necessita-se esclarecer que a existência do princípio que reprime as campanhas abusivas é de extrema importância para o pleno desenvolvimento do mercado de consumo e, mais ainda, dos consumidores. Além disso, salienta-se que a publicidade comparativa não pode ser abusiva, ou seja, quando tal espécie de publicidade é disposta nas plataformas de *marketplace*, o seu apelo não pode ser excessivo/imoderado para o consumidor, não pode se utilizar da ignorância deste ou, até mesmo, não pode influenciá-lo a se comportar de maneira perigosa ou prejudicial à sua saúde/segurança.⁶⁸ Desse modo, com a finalidade de a publicidade comparativa ser veiculada nas plataformas de *marketplace*, suas informações precisam estar de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, para que o processo decisório dos consumidores não seja prejudicado.

⁶⁴ LEMA DEVESA, Carlos; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo. Prácticas publicitarias enganosas. In: RUBIO, Julio Álvarez. *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*: actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores. Pamplona: Civitas, 2008, p. 63.

⁶⁵ “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.” (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, cit.).

⁶⁶ ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*, cit., p. 160.

⁶⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 342.

⁶⁸ “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...) §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, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.” (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, cit.).

A título de complementação, há de se perceber a orientação proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca da publicidade comparativa, a qual disserta sobre a possibilidade de utilização dessa espécie de publicidade, com as devidas restrições, uma vez que, embora deva ser permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro – Direito Marcário, Concorrencial e Consumerista –, nota-se que deve ser vedada a veiculação de publicidade enganosa ou abusiva, que venha a denigrir a imagem da marca comparada, que configure concorrência desleal ou, mais ainda, que cause confusão no consumidor.⁶⁹ À vista disso, no contexto das plataformas de *marketplace*, conclui-se que a permissão relativa à publicidade comparativa é necessária, uma vez que não existem, no ordenamento jurídico brasileiro, disposições que proíbam sua utilização, porém, caso o fornecedor-anunciante empregue esse instrumento, precisa respeitar os princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor, principalmente o da veracidade e o da não abusividade. Assim, para garantir que tais campanhas sejam lícitas, cabe aos órgãos/instituições de proteção e defesa dos consumidores fiscalizarem essas práticas no ambiente virtual.

4. Salvaguarda do consumidor no contexto das plataformas de *marketplace*

Diante do contexto da publicidade comparativa, para que se vislumbre a proteção jurídica do consumidor nas plataformas de *marketplace*, é importante que se ressalte o fenômeno do direito material que incide sobre os consumidores de forma geral, qual seja: a vulnerabilidade.

Nessa perspectiva, a vulnerabilidade se trata de fenômeno que gera presunção absoluta (*jure et de jure*) em favor dos consumidores, isto é, todo consumidor, no âmbito de uma relação jurídica de consumo, presume-se vulnerável a menos que se prove o contrário.⁷⁰ A origem de tal presunção se relaciona à situação permanente ou provisória, individual ou coletiva que desequilibra as relações de consumo, que se trata do enfraquecimento, da fragilização do consumidor perante o fornecedor e que gera a necessidade de proteção mais incisiva pelo ordenamento jurídico.⁷¹

A supracitada fragilidade do consumidor ante os fornecedores pode se dar por diversas razões, as quais levam à existência de diferentes tipos de vulnerabilidade, a saber,

⁶⁹ STJ, 3ª T., REsp 1668550 RJ 2014/0106347-0, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. em 23.05.2017.

⁷⁰ AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão. *Contratos eletrônicos: a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 130-131.

⁷¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, cit., p. 116.

técnica, jurídica, fática ou informacional⁷². Tais tipos de assimetria tendem a ocorrer com frequência no ambiente virtual, de modo que os desequilíbrios presentes nas relações de consumo virtuais tendem a assumir características peculiares, já que o domínio e o conhecimento tecnológico representam mais uma vantagem do fornecedor diante do consumidor, capaz de ampliar a assimetria entre as partes da relação jurídica.⁷³

O motivo para tal fenômeno pode ser observado no fato de o consumidor, no âmbito virtual, depender de informações disponibilizadas e selecionadas pelos fornecedores, ainda que tais informes, relevantes para uma escolha racional, não se restrinjam às características do objeto contratual, mas também aos modos de pagamento, às modalidades de garantia, aos canais de comunicação existentes, entre outras.⁷⁴

Diante de tal cenário, ao considerar que a vulnerabilidade se trata de característica presumida dos consumidores e de requisito essencial de incidência das normas consumeristas, é evidente que as disparidades agravadas no domínio cibernético no que concerne à desigualdade informacional geram a necessidade de uma tutela direcionada à proteção veemente dos consumidores-usuários e de sua confiança.⁷⁵

Portanto, no âmbito de análise da publicidade comparativa veiculada em plataformas virtuais de *marketplace*, torna-se essencial a proteção do consumidor contra práticas abusivas ou enganosas, na medida em que sua vulnerabilidade diante dos fornecedores de produtos/serviços, que é presumida a partir do Código de Defesa do Consumidor,⁷⁶ tende a ser agravada pelas disparidades causadas pelo ambiente virtual, especialmente no âmbito da vulnerabilidade informacional.

Nesse sentido, os órgãos administrativos cuja atuação se dirige à proteção do consumidor são fundamentais para o controle da comunicação publicitária no âmbito das plataformas de *marketplace*, seja por meio de ações desenvolvidas na seara educativa,

⁷² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, cit., p. 116.

⁷³ MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coord.). *Direito digital: direito privado e internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 476.

⁷⁴ MODENESI, Pedro. *Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial*, cit., p. 477.

⁷⁵ FURTADO, Gabriel Rocha; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. *A tutela do consumidor e o comércio eletrônico coletivo*, cit., p. 577.

⁷⁶ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.” (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, cit.)

seja por meio da imposição de sanções administrativas aos fornecedores que descumprirem normas consumeristas na veiculação de publicidade.⁷⁷

Ainda que o Poder Judiciário assumira posição de protagonismo sobre o controle da publicidade, é reconhecida a necessidade da atuação de órgãos administrativos específicos na fiscalização do mercado publicitário,⁷⁸ inclusive sobre plataformas de *marketplace*.

Nesse viés, a atuação de sistemas de controle da atividade publicitária pode se dar por meio de atores exclusivamente estatais, exclusivamente privados ou de forma mista, isto é, por intermédio de atores estatais e privados simultaneamente.⁷⁹ No contexto brasileiro, é adotado o sistema misto de controle da atividade publicitária,⁸⁰ na medida em que organismos que exercem função de autorregulamentação e o Estado coexistem de forma harmoniosa.⁸¹

Em âmbito estatal, o Poder Judiciário juntamente aos PROCONs, Agências Reguladoras, Ministério Público, Defensorias Públicas e demais órgãos estatais da esfera administrativa voltados à proteção do consumidor devem realizar a atividade de controle das práticas publicitárias, com base nas regras e princípios integrantes do microsistema consumerista brasileiro.⁸²

Ademais, o controle da atividade publicitária deve ser realizado, na esfera privada, pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), com fundamento nas disposições do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) e seus Anexos. Apesar da existência do controle por meio da atividade de autorregulamentação pela esfera privada, em praxe, é rara a resolução de conflitos por meio de um sistema arbitral de consumo⁸³ operacionalizado por Colégios arbitrais ou por Juntas, por exemplo, o que tende a ocorrer em razão da natureza de ordem pública das normas que compõem o microsistema consumerista brasileiro.

⁷⁷ ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*, cit., p. 291.

⁷⁸ HENRIQUES, Isabella; Gonçalves, Tamara Amoroso. O caso brasileiro. In: HENRIQUES, Isabella; VIVARTA, Veet (Coord.). *Publicidade de alimentos e crianças: regulação no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39.

⁷⁹ CENEIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 97.

⁸⁰ MARAN, Mara Suely Oliveira e Silva. *Publicidade & proteção do consumidor no âmbito do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 151.

⁸¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 297.

⁸² ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*, cit., p. 295

⁸³ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, cit., p. 9; LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. *Derecho de consumo: protección legal del consumidor*. Madrid: El Derecho, 2011, pp. 389-401.

Desse modo, no âmbito das plataformas de *marketplace*, é possível aos órgãos administrativos voltados à proteção do consumidor o exercício de atividade fiscalizatória e sancionatória sobre práticas abusivas ou enganosas realizadas por meio da veiculação de publicidade comparativa, mediante intervenções sobre a atividade publicitária efetivadas pela imposição de sanções de natureza administrativa,⁸⁴ além de sanções de natureza civil ou penal previstas no ordenamento jurídico, conjuntamente ao Poder Judiciário.

Ainda que, em tese, a utilização da publicidade comparativa, quando as informações veiculadas são corretas e objetivas, possa apresentar vantagens informacionais ao consumidor sobre os produtos ou serviços anunciados, as comparações podem facilmente se traduzir em publicidade enganosa.⁸⁵ Assim, o uso de tal modalidade publicitária pelos fornecedores pode agravar a concorrência publicitária e a agressividade dos anúncios realizados, o que dá origem a controvérsias legais, a desgastes nas relações interempresariais e a efeitos negativos sobre os consumidores, sujeitos presumidamente vulneráveis na relação de consumo.⁸⁶

À vista disso, no âmbito das plataformas de *marketplace*, é essencial a proteção dos consumidores frente à publicidade comparativa, quando enganosa ou abusiva, que pode se dar por meio de órgãos administrativos cuja atividade se dirige à proteção desses sujeitos vulneráveis, por meio do Poder Judiciário e da autorregulamentação publicitária.

Tal conclusão parte da premissa da necessidade de equilíbrio nas relações de consumo, nas quais um dos elementos subjetivos se encontra em posição de vulnerabilidade, diante da fragilidade informacional, técnica e jurídica perante o fornecedor, especialmente na conjuntura virtual, em cuja vantagem técnica e informacional dos fornecedores tende a ser agravada.

Sendo assim, ao perceber o potencial de geração de prejuízos sobre a esfera de direitos dos consumidores diante da publicidade comparativa, caso seja abusiva ou enganosa, é fundamental a atuação fiscalizadora e sancionadora do Estado, por meio do Poder Judiciário e dos órgãos de proteção do consumidor, juntamente à atividade de

⁸⁴ ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*, cit., p. 293.

⁸⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*, cit., pp. 356-357.

⁸⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*, cit., p. 357.

autorregulamentação desenvolvida pela esfera privada, que deve ocorrer em consonância com as regras e princípios do Direito do Consumidor.

Por fim, deve-se ressaltar que a proteção do consumidor por meio da fiscalização das atividades publicitárias comparativas nas plataformas de *marketplace* pelo sistema misto de controle misto não deve representar censura, em razão da vedação constitucional expressa no artigo 220, § 5º, da Carta Magna,⁸⁷ mas apenas um controle necessário que impeça a enganosidade/abusividade da publicidade comparativa.

5. Conclusão

No contexto das sociedades de consumo, a busca pela satisfação das necessidades, por parte dos consumidores, é o pivô de os fornecedores investirem nas campanhas publicitárias, uma vez que tais mecanismos geram a disseminação das informações dos produtos/serviços destes. De fato, percebe-se que a necessidade de consumir, bens essenciais ou não essenciais, gera a ascensão do mercado de consumo, ou seja, quanto mais os consumidores usufruem do consumo, mais os fornecedores inserem produtos/serviços nesse mercado.

Assim, evidencia-se que a variação das técnicas publicitárias pode ser de grande auxílio para a conquista desses sujeitos considerados vulneráveis, desde que as estratégias estejam de acordo com as leis vigentes de proteção ao consumidor. Desse modo, nota-se que a publicidade comparativa, mecanismo publicitário propício para ser enganoso/abusivo, precisa ser discutido a partir da configuração da relação jurídica de consumo, da sua inserção no contexto publicitário, da regulamentação internacional e nacional – a título de contextualização – e, principalmente, da análise sobre as formas de salvaguarda dos consumidores nas plataformas de *marketplace*.

Inicialmente, nessa perspectiva de proteção dos consumidores, para proporcionar a regulamentação da publicidade comparativa, a relação jurídica de consumo precisa ser caracterizada a partir da identificação dos seus elementos essenciais, a saber, os subjetivos (consumidor e fornecedor), os objetivos (produto e serviço) e o finalístico (destinação final). Ademais, como se refere a proteção contra a publicidade, o consumidor por equiparação, expostos às práticas publicitárias, precisa ser identificado, ou seja, quando a publicidade comparativa é veiculada nas plataformas de *marketplace*, todos aqueles submetidos à tal exposição são consumidores.

⁸⁷ ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*, cit., p. 293.

Configurada a relação de consumo, deve-se conceituar a publicidade como mecanismo informativo e persuasivo voltado ao público consumerista, com vistas a disseminar, no mercado de consumo, produtos/serviços do fornecedor anunciante. Logo, a publicidade comparativa, visualizada como uma das diversas espécies publicitárias, pode ser caracterizada de diversas maneiras a depender do contexto, do modo de veiculação ou das informações contidas, mas, de maneira geral, ocorre quando um fornecedor se utiliza dos produtos, dos serviços, do nome ou da marca do seu concorrente para fins comparativos, ou seja, essa publicidade comparada um fornecedor com o outro para demonstrar a superioridade entre o anunciante para o mercado de consumo.

Esse tipo de publicidade é permitido, tanto em ambiente internacional, como também em nacional, porém com as devidas limitações que o tornam lícito e eficaz para os consumidores. A título de contextualização, internacionalmente, a publicidade comparativa é regulamentada pela Diretiva 2006/114/CE, que prevê a permissibilidade dessa espécie publicitária desde que sejam respeitados os princípios da veracidade e da objetividade. Somado a isso, tem-se a Resolução nº 126 de 1996 do MERCOSUL (GMC) que dispõe sobre a publicidade comparativa a partir da vedação à enganosidade e à concorrência desleal.

Em contexto nacional, a publicidade comparativa pode ser regulamentada pela Constituição Federal (art. 220), pelo Código Civil (art. 18), pela Lei nº 9.279/1996 (art. 195, I e II), pela Lei nº 12.529/2011 (art. 36, §3º, IV) e pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (art. 32). Mais ainda, caso a publicidade comparativa venha a prejudicar os consumidores, na medida em que são considerados vulneráveis, especialmente quando expostos a práticas publicitárias, cabe mencionar o Código de Defesa do Consumidor, que proíbe as publicidades enganosas e abusivas no seu art. 37, *caput*.

De modo mais específico, a partir da incidência do Código de Defesa do Consumidor posteriormente à configuração da relação jurídica de consumo, a utilização da publicidade comparativa pode ser limitada, pois, visualizada como uma espécie publicitária, caso incorra em enganosidade (*e.g.*, apresentação inverídica de informações sobre o produto/serviço ou a marca do fornecedor concorrente) ou em abusividade (*e.g.*, capacidade de influenciar o consumidor a se comportar de maneira prejudicial ou simplesmente aproveitamento da deficiência do consumidor) deve ser considerada ilícita

no contexto nacional, uma vez que prejudica os consumidores e o mercado de consumo como um todo.

À vista disso, no meio virtual, especificamente nas plataformas de *marketplace*, a publicidade comparativa é utilizada como instrumento de incitação ao consumo por via da comparação entre produtos/serviços e marcas concorrentes. De fato, o que era para ser uma forma de esclarecer aos consumidores a diversidade de bens disponíveis para aquisição/contratação, passa a ser uma ferramenta ilícita que confunde tais sujeitos vulneráveis em virtude da impossibilidade de perceber se determinada publicidade é verdadeira ou não.

Portanto, para salvaguardar os consumidores com eficácia e efetividade no ambiente dessas plataformas de disseminação em massa de produtos/serviços, cabe aos órgãos de defesa e de proteção consumeristas, por intermédio de ações de fiscalização dos PROCONs, das Agências Reguladoras, do Ministério Público, das Defensorias Públicas, do CONAR e dos demais órgãos estatais da esfera administrativa voltados à proteção do consumidor, junto ao Poder Judiciário. De fato, não são escassas as alternativas para a proteção dos consumidores, resta apenas intensificar a atuação de modo quantitativo e qualitativo.

6. Referências

- ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. 3. ed. Roma: Laterza, 2002.
- ALVES, Fabrício Germano. *Direito publicitário: proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão. *Contratos eletrônicos: a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade*. Curitiba: Juruá, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- CENEIVA, Walter. *Publicidade e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*, vol. 3. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do consumidor*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- FURTADO, Gabriel Rocha; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. A tutela do consumidor e o comércio eletrônico coletivo. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coord.). *Direito digital: direito privado e internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.
- GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

HENRIQUES, Isabella; Gonçalves, Tamara Amoroso. O caso brasileiro. In: HENRIQUES, Isabella; VIVARTA, Veet (Coord.). *Publicidade de alimentos e crianças: regulação no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HILLENGURG, Stephen. Amostra Grátis. In: *Bob esponja calça quadrada*. Nickelodeon, 2013. 11min. Episódio 18, 8º temporada.

HILLENGURG, Stephen. *Bob esponja calça quadrada*. Nickelodeon, 1999.

KIRKPATRICK, Jerry. *In defense of advertising: arguments from reason, ethical egoism and laissez-faire capitalismo*. Claremont: TLJ Books, 2007

KLEE, Antônia Espíndola Longini. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos da metodologia científica*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

LARENTIS, Fabiano. *Comportamento do consumidor e marketing de relacionamento*. Curitiba: IESDE Brasil, 2019.

LARROSA AMANTE, Miguel Ángel. *Derecho de consumo: protección legal del consumidor*. Madrid: El Derecho, 2011.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 10. ed. Madrid: Dykinson, 2018.

LIMEIRA, Tânia Maria Vidigal. *Comportamento do consumidor brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEMA DEVESA, Carlos; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo. Práticas publicitárias enganosas. In: RUBIO, Julio Álvarez. *El futuro de la protección jurídica de los consumidores: actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*. Pamplona: Civitas, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo e o direito do consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coord.). *Direito digital: direito privado e internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

MODENESI, Pedro. Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coord.). *Direito digital: direito privado e internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

MURADA, Patrícia Vieira. *Os contornos da responsabilidade civil das plataformas de marketplace*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2020.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

PEREIRA, Adriana Soares. *Metodologia da pesquisa científica*. Santa Maria, RS: UFSM, 2018.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. *Direito da internet e comércio eletrônico*. Lisboa: Quid Júris, 2001.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Contratos eletrônicos: formação e validade - aplicações práticas*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

SALIB, Marta Luiza Leszczynski. *Contratos e a tutela do consumidor no comércio eletrônico internacional: a proteção jurídica do consumidor virtual no mercado globalizado*. Curitiba: Juruá, 2014.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Responsabilidade civil pela publicidade. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUSA, Pedro Henrique da Mata Rodrigues; ALVES, Fabrício Germano. Abusividade do buzz marketing utilizado como mecanismo publicitário de captura furtiva do consumidor. In: CHAVES, Marcelo Pinto; REIS, Paulo Roberto Mostaro; RIBEIRO, Rafael Pacheco Lanes; LELES,

Roberto Camilo (Org.). *Interdisciplinaridade e direitos humanos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

SOUSA, Pedro Henrique da Mata Rodrigues; ALVES, Fabrício Germano. Stealth marketing: captura ilícita do consumidor por meio de estratégias sociopsicológicas. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Comércio eletrônico: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VANCIN, Adriano Roberto; MATIOLI, Jefferson Luiz. *Direito & internet: contrato eletrônico e responsabilidade civil na web*. 2. ed. Franca: Lemos & Cruz, 2014.

civilistica.com

Recebido em: 31.8.2021

Aprovado em:

13.5.2022 (1º parecer)

13.5.2022 (2º parecer)

Como citar: ALVES, Fabricio Germano; SOUSA, Pedro Henrique da Mata Rodrigues; ROCHA, Vinícius Wdson do Vale. Proteção do consumidor acerca da publicidade comparativa em plataformas de *marketplace*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/protecao-do-consumidor-acerca/>>. Data de acesso.