IUS ET IUSTITIA ELETRÔNICA
REVISTA JURÍDICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS
"DR. EDMUNDO ULSON"
ISSN 1983-5019

A TUTELA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR FRENTE À PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA

Mônica de Oliveira Silva FIORI[1]
Sophia Marques CONTESINI [2]

RESUMO: Este trabalho dedicou-se a estudar: "A tutela dos direitos do consumidor frente à publicidade enganosa e abusiva", sobre como ocorre na prática a efetiva fiscalização e punição dos responsáveis pela publicação e veiculação da publicidade enganosa e abusiva, partindo inicialmente da análise de alguns aspectos relevantes acerca do direito do consumidor. A seguir estudou-se aspectos relevantes que envolvem a matéria da publicidade. Ao final, concluiu-se que efetivamente, existem meios judiciais, seja na esfera administrativa, civil ou penal, bem como formas extrajudiciais, como o CONAR, que podem ser usados para a proteção do consumidor no que tange à enganosidade e a abusividade. Para tal empreendimento, esta pesquisa serviu-se da metodologia dedutiva, partindo-se de argumentos gerais para argumentação específica. Ao discorrer sobre os Direitos do Consumidor frente à publicidade enganosa e abusiva, vislumbra-se principalmente, uma profunda reflexão no que tange ao comportamento ambicioso e muitas vezes desrespeitoso para com o consumidor em geral. Buscamos viver em uma sociedade onde exista igualdade acima da ambição, onde a proteção e o cuidado com seu o povo seja maior que o desejo incansável de lucro, que existam limites, regras, e que as mesmas sejam respeitadas, a fim de que a tão sonhada igualdade esteja cada vez mais palpável.
Palavras-chave: Publicidade, direitos do consumidor, publicidade abusiva, publicidade enganosa, fornecedor.

[1]Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Pós Graduada em Pesquisa, Metodologias de Investigação e Docência no Ensino Superior no Centro Universitário Hermínio Ometto - FHO/Uniararas. Membro do grupo de pesquisas PPGSCEJ - Programa de Pesquisas Globais Saúde, Ciências Educacionais e Jurídicas da Uniararas. Professora Pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Tecnologias assistivas: Linguagens de Inclusão e Técnicas Assistenciais, desenvolvendo estudo acerca de questões relacionadas à Assistência Animal: Processos de Intervenções para Pessoas com Deficiências, Transtornos Globais do Desenvolvimento e Altas Habilidades/Superdotação. Advogada. Professora universitária no Centro Universitário Adventista de São Paulo - UNASP - Campus Engenheiro Coelho e no Centro Universitário de Araras "Dr. Edmundo Ulson" - UNAR. E-mail: monicafioriadv@gmail.com

[2] Graduada em Direito, pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo – UNASP, Campus II; RA: 109956. E-mail: sophiamarques214@gmail.com

IUS ET IUSTITIA ELETRÔNICA
REVISTA JURÍDICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS
"DR. EDMUNDO ULSON"
ISSN 1983-5019

1. INTRODUÇÃO

A publicidade é um importante elo que rege as relações de consumo do mundo contemporâneo, pois, além de transmitir determinada informação, ela tem o poder de despertar o interesse do consumidor para aquilo que está sendo anunciado.

É impossível imaginarmos um mundo sem a presença da publicidade. Somos diariamente bombardeados com inúmeros comerciais, na televisão, no rádio, na internet, nos muros, nas sacolas plásticas, nos catálogos telefônicos etc. Onde quer que você vá, ela estará lá também.

Em virtude do consumismo exacerbado e do grande volume publicitário em que são expostos os seres humanos, torna-se imprescindível a existência de um Código de Defesa do Consumidor, com a função de tutelar as relações de consumo e trazer equilíbrio a elas, de modo a reconhecer a fragilidade e vulnerabilidade do consumidor a fim de protegê-lo.

Trata-se, portanto, de uma função do Estado, buscar medidas que visem proteger as relações de consumo e assegurar a devida aplicação do Código de Defesa do Consumidor, para que haja equilíbrio e segurança nas relações de consumo, de modo que sejam defendidos os direitos dos consumidores, atendendo assim, os interesses da coletividade.

A face enganosa e abusiva da publicidade é um atentado não só ao consumidor, que é a parte hipossuficiente da relação, como também aos outros fornecedores e à sociedade em geral, uma vez que tende a induzir o consumidor ao erro, trazendo prejuízos financeiros e até mesmo psicológicos. Esta prática está terminantemente vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme será demonstrado no decorrer deste trabalho.

Inicialmente, a presente monografia se prestará a apresentar os aspectos mais relevantes acerca do Direito do Consumidor, bem como os princípios norteadores deste direito que é inerente a todos, apresentando também os elementos da relação jurídica de consumo, que são: o consumidor, o produto ou serviço e o fornecedor.

Posteriormente, será tratada a temática pelo viés publicitário, primeiramente com a diferenciação dos termos publicidade e propaganda e sobre qual destes é o mais adequado a se utilizar, sobre os princípios que regem a publicidade, e logo após, uma análise da oferta publicitária, e também as técnicas empregadas pelos anunciantes, como: puffing, teaser, subliminar e merchandising.

A seguir, serão tratadas as práticas publicitárias vedadas pelo CDC, em uma análise minuciosa acerca da abusividade e da enganosidade dos anúncios publicitários, como o consumidor é prejudicado com tais anúncios e a forma como o CDC se posiciona frente a eles.

No capítulo seguinte estão apresentadas as formas de proteção aos direitos do consumidor, com a colaboração de órgãos como o CONAR, uma organização não governamental, que atua no combate a publicidades ilegais, assim como o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. As formas de atuação do CONAR, assim como sua organização e funcionamento,

O último capítulo aborda os aspectos principais acerca da responsabilização dos envolvidos em relação à publicidade enganosa e abusiva, tanto na esfera administrativa, quanto na civil e

criminal, mostrando que seus efeitos atingem não só o fornecedor, como também as agências publicitárias, as celebridades envolvidas, os veículos de comunicação. Após a análise de caráter solidário da responsabilidade dos envolvidos, mostra-se que a inversão do ônus da prova se faz em favor do consumidor, que é a parte hipossuficiente da relação jurídica de consumo.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Durante as décadas de 60 e 70, do século XX surge pela primeira vez o conceito de Direitos do Consumidor, como sendo um ramo do direito que resultou em consequência da evolução social e do capitalismo, onde se viu a necessidade de uma tutela específica que assegurasse os direitos do consumidor (MARQUES, 2017, p. 298).

Na concepção de Marques (2017), refere-se a "um ramo do direito interno de cada país que visa proteger com normas de ordem pública e interesse social um sujeito de direitos, o consumidor, considerado mais fraco nas suas relações de direito privado" (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017, p. 40).

No Brasil, o aumento de problemas relacionados a acidentes em consequência do uso de produtos ou devido à prestação de serviços, ocasionou na preocupação com os direitos do consumidor e com sua proteção. Sendo assim, a Constituição da República de 1988, objetivando garantir de forma eficaz a proteção dos direitos mencionados, trouxe em seu bojo, o inciso XXXII do artigo 5º, bem como o inciso V do artigo 1706, como sendo um princípio e dever do Estado, amparar as relações de consumo e estabelecer a defesa do consumidor (SARAIVA, 2019, p. 9).

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2019):

> Não se pode negar a importância da publicidade na sociedade de consumo, mas, em face da poderosa ação que exerce sobre o consumidor, não se pode permitir que ela seja utilizada sem qualquer controle, de modo a induzir o consumidor a erro. Daí a disciplina do CDC (arts.36-38) destinada a proteger o consumidor da publicidade enganosa ou abusiva, na fase pré-contratual. Não proíbe a publicidade, pois é indispensável na sociedade de consumo, mas torna-a fonte de obrigações, impondo deveres ao fornecedor que dela se utiliza (CAVALIERI, 2019. p. 121).

Diante desta premissa, foi promulgada, no ano de 1990 a Lei 8.078/90 – O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, com o intuito de trazer equilíbrio e harmonizar as relações de consumo no país, trazendo segurança e estabilidade, partindo do pressuposto da vulnerabilidade do consumidor e para o devido cumprimento dos dispositivos constitucionais (BRASIL, 1990).

2. A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

O surgimento da relação jurídica se dá pelo conjunto entre duas pessoas, uma é o sujeito passivo e a outra é o sujeito ativo, que estão conectadas pela subsunção à determinada norma. Sendo assim, cabe ao sujeito passivo o dever ao cumprimento de algo que foi pactuado, e o sujeito ativo tem o poder de exigi-lo (FILOMENO. 2019, p. 155)

São três os elementos que compõe a relação jurídica de consumo, que são: o consumidor, o fornecedor e o objeto de interesse (que pode ser um produto ou serviço oferecido). Está estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, no capítulo II, a Política Nacional de Relações de Consumo, com a finalidade de tornar os contratos de consumo mais harmônicos, pois "existe um provável desequilíbrio entre os contratantes" (MARQUES, 2017, p. 301).

Como a relação jurídica de consumo é o principal objeto do Código de Defesa do Consumidor, é preciso que exista reconhecimento para que possa ser aplicado corretamente os seus regramentos, pois, caso contrário, configurará como sendo uma relação jurídica qualquer que não seja a de consumo (FILOMENO 2019, p.156).

A princípio, é importante ressaltar que para existir, todos os contratos devem estar cercados de transparência, lealdade e boa-fé, pois denotam respeito e confiabilidade dentre os contratantes. Em todas as relações jurídicas é importante a presença dos requisitos supracitados, e como não haveria de ser diferente, a relação jurídica de consumo também exige tais requisitos, portanto, sempre que houver uma relação de consumo, ou seja, um contrato entre fornecedores e consumidores, se preza pela harmonia, como também uma segurança jurídica para ambas as partes contratantes. (MARQUES, 2017, p. 301).

3. O CONSUMIDOR E SUA VULNERABILIDADE

O dicionário de língua portuguesa define a palavra vulnerabilidade como "caráter ou qualidade de vulnerável", portanto, é vulnerável aquele que pode vulnerar, que se encontra do lado mais fraco em relação a um assunto específico, sendo passível de ataques ou ofensas. Esta definição se aplica muito bem às relações de consumo. (AURÉLIO, 2020).

Por não possuir mecanismos capazes de controlar o processo de produção, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços, o consumidor se torna a parte vulnerável da relação de consumo, que por sua vez, participa apenas da última etapa de todo este processo, que é o consumo, e, diante deste fato é que consiste a premissa de que "pode ser ofendido, ferido, lesado, em sua integridade física, econômica, psicológica ou moral" (CAVALIERI, 2019, p. 47).

O estado de vulnerabilidade atua como presunção absoluta para todos os consumidores, portanto é necessário estipular a diferença existente entre os termos vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, ao passo que tais conceitos não devem ser difundidos. Conforme já fora explanado, a vulnerabilidade abrange a todos os consumidores, sem exceção, por sua vez, a hipossuficiência alcança apenas a alguns consumidores "como os idosos, as crianças, os índios, os doentes (...)" (BENJAMIN, 2019, p. 212).

O autor Cavalieri Filho (2019) entende que a hipossuficiência se trata de um agravamento da vulnerabilidade "um *plus,* uma vulnerabilidade qualificada" que ocorre em função de sua "condição de carência cultural, material ou ambos". Nesta linha de raciocínio, o referido autor indica a existência de três espécies de vulnerabilidade, a fática, a técnica e a jurídica, que analisaremos melhor a seguir (CAVALIERI, 2019, p. 48).

IUS ET IUSTITIA ELETRÔNICA
REVISTA JURÍDICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS
"DR. EDMUNDO ULSON"
ISSN 1983-5019

A vulnerabilidade fática diz respeito à capacidade financeira e social do indivíduo, que, ao buscar sucesso, poder de consumo, *status* social, se encaixar nos padrões sociais e a felicidade plena, acaba sendo convencido pelo desejo de consumir produtos ou serviços que julgar "necessários" para alcançar estes objetivos, fazendo com que se consuma mais, mesmo que não seja adequado ao poder aquisitivo ou à sua realidade social (CAVALIERI, 2019, p. 49).

A vulnerabilidade técnica ocorre quando há carência de conhecimentos específicos acerca do produto ou serviço pretendido, pois é o fornecedor quem possui tal conhecimento, afinal, ele é o responsável pelo produto, e, nesta condição, pode tentar repassar tais informações sem exatidão ou até mesmo omiti-las. Em razão disso, é preciso que o consumidor acredite que o fornecedor está agindo com boa-fé e lealdade "fato que lhe deixa sensivelmente exposto" (CAVALIERI, 2019, p. 49).

E por fim, a vulnerabilidade jurídica ou científica é o resultado da carência de conhecimento do consumidor em face dos direitos que possui. Sobre esta temática, vale ressaltar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal: "Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga" (MARQUES, 2017, p. 328) acarretando que "o fornecedor deve presumir que o consumidor *strictu senso* é um leigo e, assim, cumprir seus deveres de boa-fé visando alcançar a informação deste contratante leigo" (MARQUES, 2017, p. 328).

4. OS ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

4.1 Consumidor

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, o conceito de consumidor abrange quatro definições, que abordaremos a seguir. A primeira está prevista no *caput* do art. 2º do CDC, que aponta o consumidor como "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (SARAIVA, 2018), ou seja, trata o consumidor, neste primeiro conceito, numa perspectiva *strictu sensu*, como sujeito vítima de ato ilícito o que se encontra no final da cadeia de produção, em outras palavras, aquele a quem se destina o produto ou serviço (SARAIVA, 2018, p.514).

A autora Cláudia Lima Marques (2017) defende a existência de duas teorias acerca do tema e que o Código de Defesa do Consumidor não pode tomar uma posição muito restritiva nem tratar de forma desigual o consumidor que compra um determinado produto ou serviço, que é conhecido por destinatário final fático, daquele que o utiliza, que é chamado de destinatário final econômico (MARQUES, 2017 p. 305).

Para a teoria finalista, o consumidor é considerado o destinatário final, tanto fático quanto econômico do produto ou serviço que venha a adquirir. Em outras palavras, esta corrente acredita que o consumidor é o adquirente do bem ou do serviço para finalidade de uso próprio, não sendo, portanto, voltado para o emprego profissional (BENJAMIN, 2019, p. 70).

IUS ET IUSTITIA ELETRÔNICA
REVISTA JURÍDICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS
"DR. EDMUNDO ULSON"
ISSN 1983-5019

A preocupação desta teoria está voltada à vulnerabilidade do consumidor, aplicando-se a ela uma definição mais restritiva de direitos, para que se possa tutelar determinado grupo social que se apresenta mais vulnerável perante os outros (MARQUES, 2017 p. 305).

Na concepção de Antônio Carlos Efing (2020) o conceito de consumidor possui ambos os sentidos:

> Em um sentido lato, consumidor é aquele que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço, quer para uso pessoal ou privado, quer para uso profissional [...] E, em sentido estrito, consumidor é apenas aquele que possui ou utiliza um bem ou um serviço para uso privado (pessoal familiar ou doméstico), de modo a satisfazer às necessidades pessoais e familiares, mas não os que obtêm ou utilizam bens e serviços para a satisfação das necessidades de sua profissão ou de sua empresa (EFING, 2020, p.54).

Por outro lado, a Teoria Maximalista idealiza o CDC como "o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro" (MARQUES, 2017), e não como um mecanismo que tem como maior objetivo a proteção do consumidor, por meio de suas normas. De acordo com esta teoria, a interpretação do artigo 2º do CDC deve ser feita de modo extensivo, aplicando-se a uma quantidade maior de relações no mercado, em razão disto, é necessário considerar o destinatário fático do bem ou serviço, o consumidor que realiza o "ato de consumo", independente de existir nesta relação a intenção ou não de lucro (MARQUES, 2017. p. 306).

Há também de se considerar a existência da terceira corrente ou teoria, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que optou por unir a Teoria Finalista e a Maximalista em uma só, como pressuposto para aplicação do Código de Defesa do Consumidor, levando em conta a vulnerabilidade que este detém. (MARQUES, 2017. p. 306).

A união da Teoria Finalista e da Maximalista de forma prática, acredita que a aplicação do CDC deve se dar quando estiver diante de uma situação de desarmonia ou desigualdade entre os sujeitos passivo e ativo da relação de consumo, independentemente se o consumidor é o destinatário final fático ou se é o destinatário final econômico da relação. (MARQUES, 2017. p. 307).

O posicionamento jurisprudencial desta corte admite que "as relações entre iguais estão bem reguladas pelo Código Civil de 2002" (BENJAMIN, 2019), entendendo-se que, em função da condição de vulnerabilidade do consumidor diante do fornecedor, o CDC serve, portanto, para regulamentar as relações jurídicas entre partes desiguais (BENJAMIN, 2019 p. 72).

Além do que já fora explicado, o CDC traz ainda um segundo conceito, que está presente em três situações distintas, que são: o parágrafo único do artigo 2º, no que tange à: "coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo" (SARAIVA, 2018, p. 514), em outras palavras, toda pessoa que se sentir lesada por causa de uma relação de consumo; no artigo 17, que diz respeito às "vítimas do evento", o *bystander*, ou espectador, que se baseia na responsabilidade civil , por gerar dano ou risco à integridade física do consumidor ou vício do produto, que gera dano à integridade econômica do consumidor; e por fim, no artigo 29 referente a "todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais de oferta". (BENJAMIN, 2019 p. 80).

IUS ET IUSTITIA ELETRÔNICA
REVISTA JURÍDICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS
"DR. EDMUNDO ULSON"
ISSN 1983-5019

4.2 Fornecedor

O conceito legal de fornecedor está estipulado no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º que diz:

> Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (SARAIVA, 2018, p. 514).

Apesar de serem elencadas diversas hipóteses comerciais no CDC, entende-se tratar de um rol exemplificativo, ou seja, o legislador buscou se precaver com uma ampla abrangência, evitando, deste modo, que o fornecedor possa se afastar de seus deveres legais em face do consumidor e seus direitos (BENJAMIN, 2019 p. 81).

O conceito de fornecedor está definido também no artigo 7º em seu parágrafo único, que elenca a possibilidade de existir o fornecedor por equiparação, sendo juntamente responsável por agressão aos direitos do consumidor, e responderá de forma solidária na reparação dos danos causados. A responsabilidade solidária será atribuída a todos os profissionais que atuam na cadeia de fornecimento de bens e serviços (SARAIVA, 2018, p. 514).

4.3 Produtos e serviços

De acordo com os §§ 1º e 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor (SARAIVA, 2018), é possível conceituar produto e serviço da seguinte forma:

> Art. 3º [...]
> §1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
> §2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (SARAIVA, 2018, p. 514).

No que tange ao produto como objeto da relação de consumo, refere-se a qualquer bem contido no parágrafo 1º, mas, no que diz respeito aos serviços, vale ressaltar que "o único elemento caracterizador é a remuneração, e não a profissionalidade de quem presta" (MARQUES, 2017. p. 408).

Por este motivo a autora Cláudia Marques (2017) analisa a matéria tendo em vista a remuneração, podendo ela ser direta ou indireta, fazendo com que os serviços de consumo remunerados de forma indireta possam ser incluídos como objeto das relações de consumo, uma vez que o fornecedor terá mais ganho, porém o consumidor não será onerado diretamente (MARQUES, 2017. p. 408).

Sob esta perspectiva, a referida autora, acredita que "o termo 'remuneração' permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar no sinalagma escondido (contraprestação escondida) uma remuneração indireta do serviço de consumo" (MARQUES, 2017. p. 409).

5. ASPECTOS RELEVANTES ACERCA DA PUBLICIDADE

A diferenciação dos termos publicidade e propaganda ocorre em função de sua finalidade, ou seja, se o fim for comercial, utiliza-se a nomenclatura publicidade, ao passo que, ao se tratar de alguma finalidade ideológica, política, filosófica, social ou até mesmo econômica, o correto é utilizar o termo propaganda. Na concepção de Herman Benjamin (2017):

> Não se confundem publicidade e propaganda, embora, no dia a dia do mercado, os dois termos sejam utilizados um pelo outro. A publicidade tem um objetivo comercial, enquanto a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. Fora isso, a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA; 2017, p. 229).

Para o autor Rizzatto Nunes (2018) a diferenciação dos termos não é necessária, uma vez que a própria Constituição Federal não a faz:

> Ambos os termos, portanto, seriam bastante adequados para expressar o sentido buscado pelo anunciante de produto ou serviço. O mais importante, porém, é o fato de que a própria Constituição Federal não faz a distinção. Assim, por exemplo, ela fala em "propaganda" (art. 220, § 3º, II), "propaganda comercial" (art. 22, XXIX, e § 4º do art. 220), "publicidade dos atos processuais" (art. 5º, LX), "publicidade" (art. 37, caput e § 1º). Poder-se-ia objetar que o tipo da "propaganda comercial" é aquele voltado para o meio utilizado pelos empreendedores para estabelecer contato com os consumidores, uma vez que quando fala em propaganda e propaganda comercial a Carta Magna está-se referindo a bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e agrotóxicos (§ 4º do art. 220) ou a produtos, "práticas e serviços" nocivos à saúde e ao meio ambiente (inciso II do § 3º do art. 220). (NUNES, 2018, p. 76)

6. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE

No intuito de prestar uma maior assistência e proteção ao consumidor, o CDC determina diversos princípios, até mesmo no que se refere à prática publicitária. Destaca-se, dentre eles, os de maior importância, que serão abordados a seguir (SARAIVA,2018).

Existem dois princípios fundamentais que regem a publicidade, que são: o da identificação da mensagem publicitária e o da verdade. Seguindo o princípio da identificação da mensagem publicitária, o artigo 36 estabelece que o consumidor deva ter ciência de que está diante de uma mensagem comercial e que foi inserido em algum conteúdo de mídia pago pelo anunciante, o que é muito importante para que o consumidor saiba discernir jornalismo de publicidade e também não seja conduzido a acreditar que determinado conteúdo midiático representado por

alguma pessoa famosa, por exemplo, corresponda à opinião pessoal dela (BESSA; MOURA, 2017, p. 155).

O princípio da identificação muitas vezes não é corretamente observado pelos anunciantes, pois é muito comum a existência da publicidade agregada a filmes, novelas, reportagens, tornando o consumidor ainda mais vulnerável aos olhos dos fornecedores. Esta prática é conhecida como *merchandising e é* bastante utilizada em nosso país, porém, só pode ser veiculada se for apresentada de modo que haja fácil e imediata identificação de que se trata de uma publicidade (BESSA; MOURA, 2017, p.155).

Já o princípio da veracidade muito tem em comum com o princípio geral da transparência e da boa-fé nas relações de consumo, e, de acordo com estes princípios, toda e qualquer informação transmitida pelos fornecedores devem ser corretas e fidedignas, para que o consumidor consiga compreender com exatidão o que está sendo oferecido a ele. Em revistas é muito comum que a publicidade nas reportagens esteja acompanha das da expressão "informe publicitário" (BENJAMIN, 2019 p. 201).

A chamada subliminar ocorre quando o anúncio é transmitido por meio de recursos visuais ou sonoros que tem a capacidade de influenciar seus receptores para escolherem determinado produto, porém só atuam em seu subconsciente, e apesar de ser uma técnica bastante avançada e de difícil percepção, já se encontra bastante inserida no mercado e pode ser considerada abusiva para o consumidor, em função de sua fragilidade, principalmente quando se trata de consumidores com baixo índice de informação. (BENJAMIN, 2019 p. 202)

É direito do consumidor, ter total ciência de que se encontra diante de uma publicidade, pois é necessário que se tenha garantido o seu direito de liberdade de escolha, e sabendo que a informação veiculada tem a finalidade comercial, e o intuito do consumo, será mais clara e possível a efetivação desta garantia. (MARQUES, 2017 p. 829)

Para a autora Cláudia L. Marques (2017):

> Tem sua origem justamente no pensamento de que é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é o destinatário de uma mensagem patrocinada por um fornecedor, no intuito de lhe vender algum produto ou serviço. Este princípio serve, por um aspecto, para proibir a chamada publicidade subliminar, que no sistema do CDC seria considerada prática de ilícito civil, e mesmo penal (MARQUES, 2017 p. 829).

Os princípios supracitados devem ser compreendidos juntamente com a liberdade de expressão, mas de modo a observar a vulnerabilidade e fragilidade do consumidor.
Existem também outros princípios que devem ser mencionados, devido sua grande importância, que são: o princípio da não-abusividade, o princípio da inversão do ônus da prova e o princípio da correção do desvio publicitário. (BENJAMIN, 2019 p. 201)
/
O princípio da não-abusividade está previsto no artigo 37 §2º do CDC (2018), remetendo-se não à enganosidade do conteúdo de determinada mensagem publicitária, mas sim à abusividade

dela, o que afeta o consumidor não apenas de forma econômica, mas também, afetam valores de suma importância para a sociedade em geral (SARAIVA, 2018, p. 518).

O princípio da inversão do ônus da prova está ligado aos princípios da veracidade e da não-abusividade, bem como o do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. Tal princípio está preceituado no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, disciplinando que: "O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina" (BENJAMIN, 2019 p. 201).

Por fim, vale ressaltar também, a existência do princípio da correção do desvio publicitário, caracterizado pela contrapropaganda, que tem como objetivo a reparação da publicidade considerada ilícita, de maneira que, sua finalidade é a correção dos malefícios causados e que o impacto gerado aos consumidores seja desfeito ou reduzido (BENJAMIN, 2019 p. 201).

7. TÉCNICAS PUBLICITÁRIAS

São inúmeras as técnicas publicitárias utilizadas pelos anunciantes para que seu público-alvo seja alcançado, funcionando como meios de persuasão, são mecanismos utilizados com a finalidade de afetar diretamente os sentimentos, desejos e necessidades de cada um (NUNES, 2018, p. 348).

Os anúncios publicitários quando veiculados ao público, devem ser claramente reconhecidos como tal, independente do mecanismo utilizado para sua divulgação, de modo que o anunciante, a marca, o produto, serviço, e as informações básicas estejam ao alcance do consumidor (NUNES, 2018, p. 348).

Devido à grande influência que a publicidade gera nas pessoas, torna-se necessária uma fiscalização e controle sobre ela, pois, tem o poder de provocar profundamente as emoções nos indivíduos, gerando impulsos para consumir o que lhes fora ofertado (NUNES, 2018, p. 348).

7.1 *Puffing*

Denominado como "*Puffing"*, essa técnica publicitária nada mais é do que um tipo de hipérbole, um exagero na transmissão da informação ao público. O principal ponto característico do *puffing* é o uso de adjetivos exagerados, como por exemplo, se referir a determinado carro como "o melhor carro do mundo" ou "a comida mais saborosa do mercado", com o fito de gravar a marca na mente do consumidor, de impactá-lo (NUNES, 2018, p. 373).

Seu uso é restrito por ser capaz de facilmente tornar o anúncio duvidoso, de modo a ludibriar o consumidor, levando-o ao erro, recaindo, portanto, sobre esta técnica o princípio da transparência da fundamentação. Não será considerado ilícito o *puffing* quando apresentado como apenas publicidade espalhafatosa, somente como exagero, de modo que, qualquer pessoa

possa identificá-lo como tal e saber reconhecer se tratar apenas de exagero, não de falso anúncio (NUNES, 2018, p. 373).

Para verificar o nível de aceitação do *puffing*, são utilizados dois critérios, que são: de forma subjetiva, na qual é preciso uma avaliação imperiosa e pessoal feita pelo consumidor, onde o lado pessoal deve se sobressair na maioria dos casos, pois, considera-se tanto seus gostos quanto suas motivações pessoais para observar às chamadas publicitárias com esse aspecto de "melhor filme do ano" ou "o melhor sabor", ao mesmo tempo, o critério objetivo verificará o índice de veracidade do *puffing*, sendo que se determinado anúncio não condizer com a verdade, considerar-se-á enganoso, visto que não bate com a realidade, como ocorre quando o anunciante diz "o carro mais econômico da categoria", mas a informação não confere com a realidade (NUNES, 2018, p. 374).

7.2 *Teaser*

O *teaser* é uma técnica conhecida no âmbito publicitário por ter a atribuição de preparar o mercado para uma campanha publicitária que está por vir. Consiste na demonstração de pequenas partes da campanha original, como intuito de aguçar a curiosidade ou criar certas expectativas em seu público-alvo. (DIAS, 2017, p. 231).

Este método não induz diretamente ao consumo como os demais, ao passo que o produto ou serviço anunciado nem foi colocado ainda a disposição das pessoas, o que ocorrerá só a posteriori, levando em consideração os resultados desta campanha (DIAS, 2017, p. 231).

O Código de Defesa do Consumidor, ao analisar este conteúdo, fará o devido controle de forma prática, ou seja, de maneira fragmentada, podendo ser após a apresentação do último fragmento, ou como partes do todo, analisando sobre cada fragmento separadamente (BENJAMIN; MARQUES; BESSA; 2017, p. 207).

Pelo fato de poder representar apenas parte da campanha publicitária, é permitido o uso da omissão em relação à empresa, produto ou serviço, porém é preciso que haja total respeito ao princípio da identificação da publicidade disposto no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor (SARAIVA, 2018, p. 518).

Em razão do objeto específico do *teaser*, que é impactar o maior número de pessoas, não se submeterá ao princípio mencionado, pois, se por ventura a mensagem conter conteúdo redacional ou descritivo em seu escopo, deverá ser veiculada com o termo "informe publicitário" que servirá como alerta aos seus receptores (DIAS, 2017, p. 232).

IUS ET IUSTITIA ELETRÔNICA
REVISTA JURÍDICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS
"DR. EDMUNDO ULSON"
ISSN 1983-5019

7.3 *Merchandising*

Este método tem como principal característica a exibição diferenciada do produto ou serviço. Pode ser chamado também de *product placement*, pois está intimamente ligado a exibições em programas audiovisuais, como por exemplo, os televisivos (DIAS, 2017, p. 232).

Para Lucia A. L. M. Dias (2017), o *merchandising* é:

> "[...] O conjunto de ações exercidos no interior de um ponto de venda para informar o consumidor sobre a existência de certa marca ou produto no estabelecimento, dando-lhe maior visibilidade por meio da exposição diferenciada, com o objetivo de influenciar decisões de compra, acelerando sua rotatividade. Consiste na técnica que se utiliza da própria mercadoria ("m*erchandise*") para agir ("*ing*") na direção de vendê-la" (DIAS, 2017, p. 218).

Não poderá ser considerara a princípio como publicidade enganosa por omissão, contudo, poderá ser enquadrada como tal, se por ventura tenha a capacidade de induzir o consumidor ao erro, quando este não souber distinguir sua natureza publicitária, sendo, portanto, necessário que o *merchandising* ocorra com o devido respeito "aos deveres de transparência, sobretudo, porque vem inserida em espaço de mídia não publicitário". (DIAS, 2017, p. 227)

Acerca da temática, Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin (2019) entende que:

> Denomina-se merchandising em técnica publicitária (...) a aparição de produtos no vídeo, no áudio ou nos outros artigos impressos, em sua situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca. Portanto, a comunicação é subliminar. Como exemplo podemos citar o consumo de cigarros, somente de determinada marca no filme, ou o uso exclusivo de carros da marca Ford numa determinada novela (BENJAMIN, 2019, p. 209).

Nos dias de hoje, esta forma de propaganda não divulga seus produtos do modo convencional, de forma direta, apenas tenta transmitir as características dos seus produtos ou serviços, de maneira a demonstrar aos ouvintes ou telespectadores o quão prazerosa é a sensação de adquiri-los e consumi-los (DIAS, 2017, p. 218).

7.4 Subliminar

Consoante o entendimento de Fabrício Bolzan de Almeida (2020, p. 435): "É a mensagem que não é percebida pelo consciente, mas é captada pelo inconsciente do consumidor". Ou seja, é um estímulo visual ao receptor, sem que ele tome conhecimento de que está sendo estimulado ao consumo, sendo o conteúdo absorvido apenas pelo seu subconsciente (ALMEIDA, 2020, p. 435).

Para o referido autor, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária não se preocupa com a publicidade subliminar, uma vez que não se trata de técnica comprovada, mas caso venha a ocorrer, se tornaria uma evidente violação do princípio da identificação fácil e imediata da publicidade (ALMEIDA, 2020, p. 436).

IUS ET IUSTITIA ELETRÔNICA
REVISTA JURÍDICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS
"DR. EDMUNDO ULSON"
ISSN 1983-5019

Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin (2019) acrescenta que:

> O legislador brasileiro não aceitou nem a publicidade subliminar (...) publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, mesmo o inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor (...) o dispositivo visa impedir que a publicidade, embora atingindo o consumidor, não seja por ele percebida como tal (...). Veda-se, portanto, a chamada publicidade subliminar, especialmente em sua forma redacional. (BENJAMIN, 2019, p. 205-208).

8. PRÁTICAS PUBLICITÁRIAS VEDADAS PELO CDC

Conforme o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, toda e qualquer publicidade enganosa ou abusiva é considerada ilícita, o §1º e o §3º dita que a publicidade é enganosa quando induz o consumidor ao erro quanto as características ou em relação à qualidade dos produtos e serviços prestados, seja porque o anúncio apresenta qualidades que o produto em si não possui, ou porque omite informações necessárias para o consumo do mesmo. Sem as referências adequadas a publicidade pode se tornar um ponto negativo no que tange à liberdade de escolha do consumidor (BESSA; MOURA, 2017, p. 157).

A publicidade enganosa, conforme os artigos 37, §1º, do CDC, pode ser classificada como aquela em que o anúncio, no todo ou em parte, promete ou atribui ao produto ou serviço informações falsas capazes de induzir o consumidor ao equívoco. Este equívoco provocado não ocorre somente em razão de afirmações falsas, como também das omissas, ou seja, da insuficiência de fatos essenciais (BESSA; MOURA, 2017, p. 158).

As mensagens transmitidas podem também ser revestidas de ambiguidade, fazendo com que este duplo sentido leve aos seus destinatários uma severa confusão acerta do que fora anunciado (BESSA; MOURA, 2017, p. 159).

São muito comuns também os anúncios de produtos milagrosos em que há promessa de perda de peso, emagrecimento rápido, rejuvenescimento, dentre outros que trazem efeitos estéticos praticamente instantâneos, utilizando da imagem de pessoas, que, por exemplo, já são magras ou jovens e que nem sempre consumiram tais produtos (BESSA; MOURA, 2017, p. 159).

A prática da publicidade enganosa por omissão ocorre quando falta elemento essencial na informação e pode ser perfeitamente exemplificada quando há um anúncio promocional de determinado produto, ao passo que o seu funcionamento depende de outro produto, ou seja, o consumidor é levado ao engano ao comprar o produto "x" sem saber que ele não irá funcionar sem o produto "y". Em respeito à veracidade e honestidade do fornecedor para com seus clientes, é preciso que sejam prestadas informações claras e precisas quanto ao uso e funcionamento dos produtos (BENJAMIN, 2019, p. 209).

De acordo com o pensamento de Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin (2019):

> O Código nutre pela publicidade enganosa por omissão a mesma antipatia que manifesta pela publicidade enganosa comissiva. A enganosidade por omissão consiste

> na preterição de qualificações necessárias a uma afirmação, na preterição de fatos materiais ou na informação inadequada (...). O bom exemplo tirado do mercado brasileiro é o anúncio, feito pela Philips, de um televisor stereo, o primeiro a ser comercializado no país. Só que o anunciante deixou de infirmar ao consumidor que tal qualidade especial- que o distinguia de seus similares- só era alcançável com a aquisição, à parte, de uma peça específica. Ora, o dado relevante para aquela aquisição- e por isso essencial- era exatamente a sua qualidade de sonoridade stereo. (BENJAMIN, 2019, p. 126).

Outro exemplo típico de publicidade omissa por parte dos fornecedores é a não divulgação de valores correspondentes aos juros nas vendas de produtos parcelados, indicando somente o valor da parcela e sonegando informações acerca da diferença do valor quanto ao pagamento à vista e parcelado, especialmente sobre qual a porcentagem de juros embutidos sobre o valor final quanto às parcelas. Sendo direito básico do consumidor, a livre escolha sobre qual proposta é mais benéfica aos seus olhos, podendo fazer a comparação do valor à vista e do valor parcelado com juros, devendo os juros estar corretamente discriminados na oferta, o que nem sempre acontece (BENJAMIN, 2019, p. 210).

As publicidades abusivas, que estão previstas no artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor, são vedadas em razão da veiculação de informações contrárias aos valores não somente individuais, como também da sociedade como um todo, como por exemplo: a discriminação racial de qualquer natureza, a apologia ou incitação à violência, comportamentos antissociais, destrutivos, prejudiciais à saúde, à segurança ou até mesmo a vida do consumidor, relativos à orientação religiosa, como também aos que explorem de forma exagerada a fragilidade intelectual e financeira do consumidor, principalmente quando se trata de crianças ou idosos (SAAD, 2019, p. 53).

Ensina o autor Eduardo Gabriel Saad (2019) que:

> Ela é discriminatória quando se volta a: uma classe social; nacionalidade; sexo; seguidores de uma doutrina ou religião. Explora medo ou superstição quando, para persuadir o consumidor a adquirir o produto ou serviço, destaca alguns perigos imaginários, ou não, ou encerra a mensagem aludindo à determinada superstição. A publicidade é incentivadora de violência quando se dirigi ao consumidor com imagens de violência ou sugerindo a violência de pretos e brancos, de mulher contra homens ou vice-versa etc. É anti-ambiental a publicidade que se realize imagens que admite a derrubada de florestas, destruição de curso d'água etc. É condenada a publicidade que desperta no consumidor ou exacerba o sentimento de insegurança, induzindo-o a comportar-se prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança (SAAD, 2019, p. 53).

O rol de que trata o §2º do artigo 37 do CDC é exemplificativo, admitindo a hipótese de outras situações além das que foram ali dispostas, cabendo a análise discricionária a quem deve a fiscalização. De acordo com o Código, será considerada 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 de 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" (SARAIVA, 2018, p. 518).

O rol de que trata o §2º do artigo 37 do CDC é exemplificativo, admitindo a hipótese de outras situações além das que foram ali dispostas, cabendo a análise discricionária a quem deve a fiscalização. De acordo com o Código, será considerada 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 de 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". Conforme se pode notar, o rol exemplificativo do referido artigo é bem amplo e dá grande margem para interpretações distintas (BESSA; MOURA, 2017, p. 160).

9. CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA – CONAR

O CONAR é uma organização não governamental que foi criada no ano de 1980, com a finalidade de fiscalização ao cumprimento do que está estipulado no Código de Autorregulamentação Publicitária, que se presta a disciplinar a atividade publicitária no país. Segundo informações contidas na página virtual do CONAR, a criação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária se deu pelo próprio órgão (CONAR, 2019).

A ONG é responsável pelo recebimento de denúncias sobre mensagens publicitárias, cabendo ao órgão máximo da fiscalização analisar e julgar os casos concretos, e, havendo procedência e fundamentação na denúncia, será recomendado aos veículos de comunicação a suspensão da mensagem que foi exibida fora dos parâmetros permitidos, ou ainda que seja efetuada a retificação necessária para que o comercial volte a ser exibido, sendo possível também, ocorrer uma advertência ao anunciante ou à agência responsável. A composição do Conselho de Ética do CONAR é formada por consumidores em geral e por profissionais do ramo publicitário, se reunindo em seis Câmaras, que se responsabilizam pelo julgamento das denúncias de irregularidades. (CONAR, 2019).

10. CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

Têm funções que se assemelham às de natureza administrativa, reunindo anunciantes, agências de publicidades e veículos de comunicação, onde são estabelecidas as devidas normas comportamentais destes entes e, se for o caso, a retirada de anúncio considerado enganoso ou abusivo de circulação, quando violados seus regulamentos. (CONAR, 2019)

Para melhor elucidação, o site do CONAR (2019) explica seu objetivo:

> Impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento ao consumidor ou a empresas. Constituído por publicitários e profissionais de outras áreas, o CONAR é uma organização não governamental que visa promover a liberdade de expressão publicitária e defender as prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. Sua missão inclui principalmente o atendimento a denúncias de consumidores, autoridades, associados ou formuladas pelos integrantes da própria diretoria. As denúncias são julgadas pelo Conselho de Ética, com total e plena garantia de direito de defesa dos responsáveis pelo anúncio. Quando comprovada a procedência de uma

> denúncia, é sua responsabilidade recomendar alteração ou suspender a veiculação do anúncio. O CONAR não exerce censura prévia sobre peças publicitárias, já que se ocupa somente do que está sendo ou foi veiculado. Mantido pela contribuição das principais entidades da publicidade brasileira e seus filiados - anunciantes agências e veículos -, tem sede na cidade de São Paulo e atua em todo o país. Foi fundado em 1980 (CONAR, 2019).

11. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

Compete à União, aos Estados e Municípios a fiscalização e o controle da publicidade e serviços direcionados ao consumidor, visando a preservação da vida, segurança, bem estar, saúde, bem como a informação ao consumidor. (GRINOVER. 2019, p. 652)

Os artigos 55 a 60 do CDC tratam das sanções administrativas, onde, não somente o órgão autorregulador, O CONAR, tem o controle administrativo em face das publicidades enganosas ou abusivas, mas também é dever dos órgãos públicos estabelecer esta defesa, garantindo que sejam preservados os direitos do consumidor. (GRINOVER. 2019, p. 652)

O artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor (RIDEEL, 2018) elenca as hipóteses de sanções aplicadas caso exista descumprimento das normas estabelecidas:

> As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:
> I - multa;
> II - apreensão do produto;
> III - inutilização do produto;
> IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
> V - proibição de fabricação do produto;
> VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
> VII - suspensão temporária de atividade;
> VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
> IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
> X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
> XI - intervenção administrativa;
> XII - imposição de contrapropaganda

Ainda sobre o artigo 56, um exemplo de sanção apresentada em seu inciso XII, a contrapropaganda, é o meio pelo qual a autoridade competente impõe ao infrator e às custas deste, logo após o devido processo administrativo, como sanção, observando-se o contraditório e a ampla defesa, que seja divulgado, nas mesmas dimensões do anúncio anterior que ocasionou a responsabilização do fato, ou seja, de igual duração, no mesmo espaço, horário e local utilizados originalmente. (GRINOVER. 2019, p. 653)

O artigo 60 do CDC e seu §1º trazem especificações acerca da sanção:

> A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator. § 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo

> veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva (RIDEEL, 2018, p. 521).

12. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilização civil, conforme a autora Cláudia Lima Marques (2017), é também necessária no que tange à veiculação de anúncio duvidoso, com a tendência a enganar o consumidor, uma vez que o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor é claro ao apresentar que a informação publicitária vincula o fornecedor ao consumidor de modo a obrigá-lo:

> 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 (RIDEEL, 2018, p. 521).

Diante desta premissa de vinculação o fornecedor se compromete por toda e qualquer informação veiculada, sendo assim, se fora anunciado que determinado produto é o mais barato da cidade, obrigatoriamente deverá ser vendido pelo menor preço, fazendo com que o consumidor seja resguardado, afinal, o fornecedor se encontra vinculado à sua oferta, estando obrigado pelo contrato que vier a ser celebrado pelas partes (MARQUES, 2017 p. 208-212).

A responsabilidade civil, em harmonia com o código consumerista, preconiza que a responsabilidade, pela qual se vincula a oferta e a publicidade, tem, em regra, natureza objetiva. Nas palavras de Benjamin Herman (2019):

> Sem dúvida alguma, a responsabilidade dos arts. 30 e 35 é objetiva, pois seu texto em nada alude à culpa do anunciante, razão pela qual não pode o intérprete agregá-la, muito menos num contexto em que, seja pela vulnerabilidade da parte protegida (o consumidor), seja pelas características do fenômeno regrado (a publicidade), o direito, antes mesmo da interferência do legislador, já se encaminhava na direção da objetivação da responsabilidade civil (BENJAMIN, 2019, p. 219).

Consoante já apresentado acima, além da responsabilidade objetiva adotada, adota-se também a solidariedade entre os envolvidos na veiculação do anúncio que gerou dano ou prejuízo ao consumidor. O art. 34 do CDC estabelece que "O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos" (RIDEEL, 2018, p. 521).

A solidariedade adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, apresentada também no parágrafo único de seu art. 7º "Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo". O modelo de responsabilidade solidária fora adotado, pois tem uma relação de pressuposição mediante o que está disposto nos artigos 932, inc. III, assim como no parágrafo único do artigo 942, do Código Civil (TARTUCE, 2018 p. 274).

IUS ET IUSTITIA ELETRÔNICA
REVISTA JURÍDICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS
"DR. EDMUNDO ULSON"
ISSN 1983-5019

13. RESPONSABILIDADE PENAL

O próprio Código de Defesa do Consumidor elenca hipóteses de infrações penais aos casos de claro abuso aos direitos do consumidor, de modo que, deixa tipificando as ações, bem como as sanções cabíveis a cada prática. Segundo o artigo 63 do CDC configura-se infração penal "omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade" em que a pena é a de detenção, podendo ser de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além da multa. (BESSA; MOURA, 2017, p. 165).

Já no artigo 66, a conduta tipificada é "fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços", sendo a pena de detenção, podendo variar de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da multa. O patrocinador da oferta, de acordo com o parágrafo 1º do artigo supracitado, responde igualmente pelo crime mencionado (BESSA; MOURA, 2017, p. 165).

Segundo o artigo 67 do CDC, na conduta "fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva" é cabível pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, bem como pode ser aplicada a multa. O artigo 68, por sua vez, determina que incorre em infração penal ao direito do consumidor o ato de "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", cominando pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois anos), além da multa para os infratores (BESSA; MOURA, 2017, p. 166).

O artigo 69 do CDC considera como criminoso o ato "deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade", neste caso, a sanção estabelecida pode variar de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa. O que se pode entender destes artigos citados acima é que proteção ao consumidor se faz fundamental, portanto, as sanções por eles dispostas podem levar até mesmo à restrição da liberdade de seus infratores (BESSA; MOURA, 2017, p. 166).

A Lei 8.137/90, que versa sobre os Crimes Contra a Ordem tributária, estabelece também determinados crimes contra as relações de consumo, como demonstrado a seguir.

> Art. 7° Constitui crime contra as relações de consumo:
> I - favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;
> II - vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial;
> III - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo;
> IV - fraudar preços por meio de:
> a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço;
> b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto;
> c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado;

IUS ET IUSTITIA ELETRÔNICA
REVISTA JURÍDICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS
"DR. EDMUNDO ULSON"
ISSN 1983-5019

> d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços;
> V - elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais;
> VI - sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação;
> VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;
> VIII - destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros;
> IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo;
> Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.
> Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

14. O FORNECEDOR E SUA RESPONSABILIDADE

Os incisos I, II e III do artigo 35 do CDC (RIDEEL, 2018, p. 521), estabelecem que se houver recusa do fornecedor, decidida unicamente com fins de lucratividade, bem como unilateralmente, o consumidor poderá ter a faculdade de "exigir o cumprimento forçado", "aceitar outro produto ou prestação equivalente", ou ainda, "rescindir o contrato com direito à restituição", conforme apresentado a seguir:

> Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:
> I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
> II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
> III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos

Na concepção de José Geraldo Brito Filomeno (2018) o fornecedor responde objetivamente, ou seja, não há que se falar em comprovação do dolo ou culpa, pois o principal objetivo legal é a proteção da parte hipossuficiente na relação jurídica de consumo. Para Filomeno, a responsabilidade objetiva no CDC se torna crucial, pois, diante da produção em massa, da vulnerabilidade do consumidor, da insuficiência dada pela responsabilidade subjetiva, o fornecedor tem de responder pelos riscos que seus produtos ou serviços causarem a terceiros. (FILOMENO, 2018, p. 193).

15. AS AGÊNCIAS PUBLICITÁRIAS E SUA RESPONSABILIDADE

As agências publicitárias, por serem pessoas jurídicas contratadas para o serviço publicitário, têm o dever de analisar o conteúdo que fora entregue pelo fornecedor, de modo a garantir que o anúncio veiculado seja isento de quaisquer equívocos, bem como não ocasione dúvidas capazes de induzir o consumidor ao erro (FILOMENO. 2019, p. 1031).

Para o doutrinador Benjamin "o quantum de responsabilidade da agência é maior nos casos de abusividade. Esta, em verdade, nasce quase sempre, no seio da própria agência" (BENJAMIN 2019, p. 314).

Para o doutrinador Rizzatto Nunes (2018), existe responsabilidade solidária entre o anunciante, a agência e o veículo utilizado, nas palavras do autor "quanto ao veículo, é verdade, há outros limites que envolvem sua possibilidade ou não de aferição do dano que o anúncio possa causa", mas, o anunciante e a agência, são, de fato, solidariamente responsáveis por infrações que possam ter sido ocasionadas pelo anúncio, bem como pelos danos que vierem a ocorrer (NUNES, 2018, p. 348).

16. AS CELEBRIDADES E SUA RESPONSABILIDADE

Atualmente, as celebridades têm se tornado cada vez mais essenciais no meio publicitário, pois sua imagem agrega muito mais credibilidade à marca. Os fornecedores perceberam a diferença significativa que uma celebridade trás em suas vendas, seja com presença vip em eventos, ou divulgação em redes sociais, as celebridades emprestam sua voz e/ou imagem, tornando-se uma espécie de porta voz da marca, conquistando assim, o consumidor com seu carisma e com a confiabilidade que carregam, aumentando as expectativas de ambos, tanto consumidor, quanto fornecedor. (CAVALIERI, 2019, p.171).

De acordo com a percepção de Sérgio Cavalieri Filho (2019), quando se tratar de situação em que estão envolvidas celebridades, atletas, pessoas públicas em geral, há de se analisar até que ponto era do conhecimento de tal celebridade a respeito da enganosidade ou abusividade do anúncio em questão, nas palavras do autor:

> Em nosso entender, aplica-se a mesma disciplina aos casos de artistas, atletas e outras celebridades que atuam na veiculação da publicidade. Só poderão ser responsabilizados no caso de dolo ou culpa; se estiverem cientes da enganosidade da publicidade, da incapacidade do anunciante de cumprir o prometido, e, por maior razão ainda, quando receberem participação nas vendas realizadas (CAVALIERI, 2019, p.171).

17. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Disposto no artigo 38 do CDC, na publicidade "o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina". De acordo com o entendimento do autor Eduardo Gabriel Saad (2019) "compete ao fornecedor responsável pela comunicação publicitária o ônus da prova de que ela é correta e verídica", acrescentando esse raciocínio apresentado:

> Neste Código de Defesa do Consumidor, se o juiz reconhecer que há traços de verossimilhança no alegado pelo consumidor, o ônus da prova inverte-se, passa a ser do fornecedor. Exemplo: o fornecedor anuncia que o seu produto suporta elevadas cargas de força e o consumidor alega que vários equipamentos domésticos ficaram

IUS ET IUSTITIA ELETRÔNICA
REVISTA JURÍDICA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ARARAS
"DR. EDMUNDO ULSON"
ISSN 1983-5019

> avariados porque o fio transmissor de energia não cumpriu sua finalidade. Cumpre ao fornecedor demonstrar que seu produto tem as qualidades que, na publicidade, lhe foi atribuída. (SAAD, 2019, p. 384).

A inversão do ônus da prova se faz em favor do consumidor, porém ao contrário do que está estipulado no art. 6º, inciso VIII do CDC, que permite a inversão do ônus da prova quando for na esfera civil "quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (RIDEEL, 2018, p. 515).

O intuito principal do Código de Defesa do Consumidor é dar ao lado hipossuficiente certa "vantagem" em relação ao fornecedor, uma vez que a pretensão maior é uma relação jurídica equilibrada em decorrência de quaisquer litígios, sendo que "a inversão do ônus da prova é exigível em caso de danos do consumidor produzidos por publicidade enganosa" (SAAD, 2019, p. 385).

Cabe ressaltar ainda que o Decreto 2.181/97 que disciplina acerca da organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, no §3º do art. 14, reafirmando o que fora estudado acima, dispõe: "O ônus da prova da veracidade (não-enganosidade) e da correção (não-abusividade) da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina" (BRASIL, 1997).

18. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A publicidade quando utilizada de forma irresponsável, persuasiva e até mesmo agressiva é perigosa e ilícita aos olhos do Código de Defesa do Consumidor, que por sua vez cria métodos para garantir que haja equilíbrio nas relações de consumo e principalmente respeito à vulnerabilidade e fragilidade do consumidor. As campanhas publicitárias enganosas ou abusivas, muitas vezes se tornam munições nas mãos dos fornecedores, das indústrias, das empresas, e do comércio em geral, pois se utilizam de métodos capazes de manipular a mente de seus receptores.

As estratégias usadas ignoram os padrões estabelecidos em lei e desrespeitam os valores éticos e morais de uma sociedade que, fragilizada, dificilmente consegue reconhecer estar diante de um anúncio mentiroso, tendencioso e ilegal. A tão frequente prática de veiculação de publicidade enganosa ou abusiva fere não só o regramento jurídico e os direitos do consumidor, mas também a relação de confiança do fornecedor para com seus clientes, acabando por prejudicar a credibilidade da marca diante de seus compradores.

Com o Código de Defesa do Consumidor, a publicidade passou a ser regulada de maneira mais criteriosa e os interesses do consumidor estão sendo resguardados por uma lei atual, eficaz e de simples assimilação, para que o consumidor, mesmo com baixo índice de escolaridade, possa facilmente compreendê-la.

Os meios judiciais visam coibir as práticas publicitárias ilícitas que ocasionam lesões aos consumidores, tanto em esfera civil, quanto penal e administrativa, é necessário, contudo, que a parte lesada denuncie ao Ministério Público. A face ilícita da publicidade tem o claro objetivo

de lucratividade fácil, porém, ignora os limites impostos na legislação, e as noções de moral e ética de toda a sociedade.

O consumidor, na maior parte das vezes, se mostra indiferente em relação aos direitos que efetivamente possui, não busca conhecimento acerca deles, tampouco procura exigir a aplicabilidade de tais direitos. A falta de conhecimento por parte dos consumidores, aliada à ambição dos fornecedores e anunciantes faz com que inúmeros anúncios ilegais sejam veiculados na TV, rádio, jornal e internet diariamente.

É necessário que o consumidor esteja atento aos seus direitos e busque sua efetividade quando expostos a quaisquer formas publicitárias enganosas ou abusivas, fazendo valer sua cidadania, de forma a contribuir para uma sociedade melhor, cada vez mais igualitária e justa.

19. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do consumidor esquematizado.** Coordenador Pedro Lenza – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 8.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman V. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 12. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad. **Manual de direito do consumidor**. 8. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2017.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Dispõe sobre os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providencias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 15 ago. 19.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DIAS, Lucia Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das Relações de Consumo**. 4ª ed. Curitiba, PR: Juruá, 2020.

FILOMENO, José Geraldo Brito et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 12. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 12. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 8ª ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2019.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor:** direito material e processual. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

TJPR. RECURSO AC 234350-4. Relator: Abraham Lincoln Calixto. DJ: 11/02/2004. Mylex, 2004. Disponível em:<https://brasil.mylex.net/jurisprudencia/tjpr-ac-recurso-unimed-contrapropaganda-consumidores_3791.html#fundamento> Acesso em: 19/08/2019.

Vade Mecum Saraiva [Equipe SARAIVA]. – 26ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

Vade Mecum Universitário de Direito Rideel / Anne Joyce Angher, organização. – 23ª ed. São Paulo: Rideel, 2018. – (Série Vade Mecum).