



ASPECTOS DA PUBLICIDADE ILÍCITA E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Thaís Marques Anders de Araújo¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo realizar um estudo acerca da publicidade e suas consequências jurídicas, seu papel na sociedade e a influência sobre o consumidor, desenvolvendo uma pesquisa de metodologia explicativa e descritiva, ao fazer uma análise dos dispositivos que a regulamentam e seus limites, de forma a servir como uma fonte de informações e um alerta aos consumidores e fornecedores.

Palavras-chave: Publicidade, ilicitude, Código de Defesa do Consumidor, Responsabilidade Civil, Publicidade Enganosa, Publicidade Abusiva.

1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade capitalista e consumista como a nossa, que está sempre mudando constantemente conforme os ideais se modificam e a tecnologia avança, milhares de novos produtos vão surgindo no mercado a cada ano, visando atender às necessidades e desejos da população.

Com todos querendo se destacar e conquistar seu espaço, a publicidade se torna uma ferramenta essencial para divulgação e venda de produtos e serviços, sendo um meio de comunicação indispensável para o grande público. A regra é clara: quanto melhor elaborada e mais criativa uma publicidade for, maiores serão as chances de atrair a tão desejada atenção do público e de conseguir mais engajamento, estimulando as vendas do produto em evidência.

A origem da publicidade é datada de séculos. Existem relatos históricos de seu papel desde a antiguidade. Sendo um método tão necessário e cada vez mais utilizado, fica evidente o quanto é imprescindível a criação de regras e metodologias para sua elaboração, com certos limites devendo ser moldados e impostos de acordo com os valores de uma sociedade, visando, assim, evitar danos aos consumidores e uma concorrência desleal. Portanto, é fundamental aprender o que a nossa legislação tem a dizer sobre a proteção ao consumidor e quais são os

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

direitos que podemos usufruir, focando o estudo na atividade publicitária, seu conteúdo e consequências.

2 A ATIVIDADE PUBLICITÁRIA E SUA REGULAMENTAÇÃO

A atividade publicitária é considerada uma estratégia de divulgação e marketing, feita para promoção de produtos, serviços e marcas, servindo como um fundamental meio de comunicação entre o anunciante e o consumidor. Televisão, rádio, internet, imprensa escrita e outdoors são os meios de divulgação mais utilizados pelas entidades públicas e privadas. E como toda atividade que envolva a sociedade, algumas regras devem ser seguidas a fim de evitar problemas.

2.1 Publicidade: Conceito e Função

A palavra vem do latim *publicus*, que significa “tornar público”. Logo, entende-se que o propósito da publicidade é tornar algo público, sendo, no caso, produtos e serviços, para que quem tiver interesse saiba da existência e possa adquirir. Ou seja, ela estabelece uma comunicação entre fornecedor e consumidor, atendendo aos interesses de cada parte.

Enquanto o segundo grupo busca satisfazer suas necessidades básicas e interesses pessoais, consumindo um produto ou contratando um serviço, os resultados que o primeiro grupo espera são: o aumento das vendas, maior participação de mercado, mais visibilidade para sua marca e, conseqüentemente, mais lucro. Contudo, a finalidade publicitária vai muito além de apenas divulgar e levar ao conhecimento geral, também serve para ajudar a conquistar um público consumidor fiel ao induzir um interesse de consumo nas pessoas, incentivando-as à compra.

O publicitário Eugenio Malanga (1987, p.11) conceitua a publicidade como “a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-o à ação”. Armando Sant’anna (2015, p.122), fundador e Presidente da Companhia Brasileira de Publicidade, destaca que “o propósito do anúncio não é unicamente ser visto; tampouco fazer-se ler ou ouvir. Seu propósito é transmitir informações e criar atitudes acerca do produto de tal forma que o consumidor fique predisposto a comprá-lo”. Por conseguinte, pode-se dizer que a publicidade possui um **caráter**

persuasivo, pois visa, sobretudo, encantar o público e despertar nele um interesse de aquisição ao produto em questão, de tal modo que ele fique convencido e tentado a consumi-lo. Vejamos um exemplo:

FIGURA 1 – ANÚNCIO *FEELUP MODA FITNESS*



Fonte: <https://cargocollective.com/paullomarinho/Impressos>

A publicidade acima é de uma marca de roupas de ginástica chamada *FeelUp Moda Fitness*, que além de divulgar o produto e a marca, também possui uma mensagem escrita feita especialmente para tentar convencer os consumidores. Repare no texto: “Pra quem levanta tanto peso, é sempre bom levantar a autoestima. Realize seus sonhos e alcance seus objetivos vestindo a marca fitness da vida saudável. Use *Feel Up* e conquiste mais que um corpo perfeito: tenha como melhor estilo a qualidade de vida”.

Desse modo, podemos concluir que a principal função atribuída à publicidade é a de transmitir uma mensagem enaltecendo as características e qualidades de um produto ou serviço, para, assim, gerar engajamento e interesse de consumo no público-alvo, visando o impulso das vendas e o tão desejado lucro. Sem dúvidas, a publicidade é uma poderosa e indispensável ferramenta de marketing, sendo capaz de captar a atenção do público-alvo e impulsionar o consumo.

2.1.1 Publicidade x propaganda

Quando se pensa em publicidade, um equívoco muito comum é a de confundi-la com a propaganda. Popularmente, os termos costumam ser usados como sinônimos, até mesmo na prática comercial, mas os publicitários defendem

que seus conceitos são diferentes. Um exemplo clássico dessa confusão pode ser observado naquele velho ditado “a propaganda é a alma do negócio”, que todos já ouviram alguma vez na vida. Nesse caso, pelo contexto da mensagem que se busca passar, o mais adequado seria *publicidade*.

Mas afinal, qual a diferença entre publicidade e propaganda? Como explicado anteriormente, a publicidade possui fins comerciais, pois está relacionada à promoção de um produto, serviço ou marca, cujo objetivo é tornar algo público para levar ao conhecimento de seus consumidores e estimular as vendas, gerando lucro. Já a propaganda vem do termo em latim *propagare*, que pode ser entendido como “ato de difundir algo”. Isso significa que a propaganda é mais utilizada como um meio de propagação de ideias, pensamentos e causas, sem possuir uma finalidade econômica. Isto é, seu objetivo é difundir ideias e convicções em âmbito social, econômico, político, filosófico, religioso e ideológico.

O propósito principal da propaganda é promover princípios, teorias, pensamentos e ideologias de uma nação, grupo de pessoas ou partido. Um exemplo são as campanhas realizadas pelo governo, tão difundidas nos dias atuais, que incentivam a população a tomar a vacina e seguir os protocolos de segurança contra a transmissão do coronavírus, tal como o uso de máscaras e álcool em gel. Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin (2007, p.87-88) explica que:

A publicidade tem um objetivo comercial (...) enquanto que a propaganda visa a um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social (...) A diferença essencial entre a publicidade e a propaganda baseia-se no fato de que a primeira faz-se com a intenção de alcançar lucro, enquanto que a segunda exclui quase sempre a ideia de benefício econômico (...) Publicidade seria o “conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou mantendo cliente”. Já a propaganda é definida como o “conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico (político, social ou econômico)”.

Portanto, podemos concluir que a principal característica que diferencia os dois vocábulos é a intenção ou não de obtenção de lucro. Para a doutrina, a propaganda não possui propósito lucrativo com a sua divulgação, mas sim de disseminar uma certa ideia. O mesmo não ocorre com a publicidade, que possui fins econômicos.

Porém, vale ressaltar que até mesmo a nossa legislação acaba não distinguindo os termos, como é o caso do § 4º do artigo 220 da Constituição Federal,

que utiliza o termo “propaganda comercial” ao se referir à publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, bem como nos artigos 56, XII e 60 do Código de Defesa do Consumidor, que regulamentam a “contrapropaganda”, medida utilizada para combater a publicidade enganosa ou abusiva.

2.2 Os Limites à Atividade Publicitária: Publicidade Ilícita

Conforme já mencionado, a Constituição Brasileira de 1988 interpreta de forma diversa do explicado anteriormente e não faz aquela distinção entre “publicidade” e “propaganda”, utilizando o segundo termo para se referir à divulgação de produtos, como observado nos artigos 22, XXIX, e 220, § 3º e § 4º da nossa legislação. Os dispositivos mencionados garantem a liberdade de expressão e a manifestação do pensamento, contudo, regulamentam, ainda, que é dever do Estado impor limites e restrições à prática da propaganda comercial, com a intenção de conter abusos e evitar violações de direito, bem como permitir meios legais de defesa contra esses casos.

Insta salientar que os artigos constitucionais que utilizam o termo “publicidade”, referem-se ao sentido literal da palavra, que é “tornar público”, referente à publicação de atos processuais, dados, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, com a intenção de garantir o dever de informação e a transparência dos entes públicos perante à população.

Analisando o Código de Defesa do Consumidor, observa-se que ele aborda a publicidade de uma forma bem mais específica, tendo dedicado diversos artigos para o tema, inclusive seções. Não é para menos, pois o Direito à proteção contra publicidade enganosa e abusiva é um dos Direitos Básicos dos Consumidores, garantido pelo legislador.

Contudo, o referido código não é aplicável a todos os tipos de relações econômicas, mas somente às que envolvem transações de produtos e serviços entre um fornecedor e consumidor. Tal atividade tem tudo a ver com a publicidade, pois de acordo com Vidal Serrano Nunes Júnior (2001, p.22-23), publicidade é “o ato comercial de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmbito de uma atividade econômica, com a finalidade de promover, direto ou indiretamente, o consumo de produtos e serviços”.

Como visto, a publicidade não serve apenas como uma forma de divulgação de produtos para o mundo, mas também funciona como um instrumento de persuasão que incentiva o público-alvo ao consumo, sendo, portanto, uma ferramenta indispensável para a atividade de compra e venda, relação, essa, tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, a Lei nº 8.078/90 prevê expressamente que “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”, são direitos básicos do consumidor. Isso ocorre porque os atos mencionados são considerados ilícitos por violarem direitos e causarem danos ao consumidor, considerado como o sujeito vulnerável da relação jurídica de consumo, por ser hipossuficiente perante o fornecedor e, por isso, carece de proteção.

Sendo assim, é dever do Código de Defesa do Consumidor, legislar sobre a publicidade, regulamentando o que é permitido ou não, a fim de conter práticas ilícitas e abusivas, que lesionam não somente o consumidor, mas também os outros fornecedores e a sociedade. Tal regulamentação, como visto, é constitucional e não viola a liberdade de expressão, pois esta não pode exceder limites e violar outros direitos.

Dessa forma, segundo João Batista de Almeida (2003, p.105), fica a encargo do Código de Defesa do Consumidor, “reprimir a publicidade enganosa ou abusiva, proporcionar a retirada do ar de publicidade viciada, prever a reparação de eventuais danos, assim como conferir proteção aquele exposto à prática comercial”.

2.2.1 Publicidade enganosa

A publicidade enganosa, um dos tipos proibidos pelo Código, prevista no artigo 37, é aquela que **induz o consumidor ao erro** por transmitir uma mensagem falsa sobre qualquer dado do produto ou serviço, seja em relação a sua origem, qualidade, quantidade, utilidade, natureza, preço, propriedade, até mesmo de alguma característica, bem como por omitir alguma informação importante que o consumidor deveria saber.

O anunciante possui o dever de informar corretamente todos os dados essenciais do produto, como quantidade, qualidade, preço, tamanho, origem, etc.

Por isso, a publicidade enganosa vai contra o princípio da veracidade da publicidade e da boa-fé, pois a intenção é impulsionar as vendas do produto ou serviço ao torná-los mais atraentes a qualquer custo, fazendo o consumidor acreditar em algo que não corresponda à realidade. O conteúdo da publicidade pode ser totalmente falso ou somente uma parte, apenas uma informação que não corresponda à verdade já é o suficiente para caracterizá-la como enganosa.

Leonardo de Medeiros Garcia (2016, p.304-306) informa que não há necessidade de prova real da enganabilidade, a mera potencialidade de indução a erro basta. Para Rizzato Nunes (2019, p.555), o anúncio já é enganoso antes mesmo de atingir de fato qualquer consumidor, basta ter sido veiculado.

Além disso, não importa se há ou não intenção do anunciante em provocar essa confusão no consumidor, sempre que o anúncio for capaz de induzir a erro, mesmo que em uma parcela pequena de pessoas, será caso de publicidade enganosa. A responsabilidade do fornecedor-anunciante para com a publicidade enganosa é objetiva. Segundo Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (2007, p.329):

Na caracterização da publicidade enganosa não se exige a intenção de enganar por parte do anunciante. É irrelevante, pois, a sua boa ou má-fé. A intenção (dolo) e a imprudência (culpa) só ganham destaque no tratamento penal do fenômeno [...] Tudo o que se exige é prova de que o anúncio possui tendência ou capacidade para enganar, mesmo que seja uma minoria insignificante de consumidores. A essência do desvio (enganabilidade) não é a má-fé, negligência, ou mesmo o descumprimento de um dever contratual ou paracontratual. Em suma: uma prática é enganosa mesmo quando inexistente qualquer intenção de enganar.

Contudo, não basta apenas a inverdade, é preciso que ela seja capaz de enganar o consumidor, levá-lo ao erro. Sergio Cavalieri Filho (2019, online), explica que “erro é a falsa representação da realidade, é juízo falso, enganoso, equivocado, incorreto que se faz de alguém ou de alguma coisa”. Ou seja, a publicidade só será enganosa se, por conta de seu conteúdo, for capaz de levar o consumidor a ter uma falsa representação do produto ou serviço que está sendo anunciado, fazendo com que ele tenha um juízo equivocado, incorreto a respeito de qualquer dado, tendo sido tal engano a causa da aquisição.

Rizzato Nunes (2019, p.554) afirma que “a publicidade será enganosa se o consumidor pudesse não ter adquirido o produto ou o serviço se este tivesse sido anunciado corretamente”.

No caso de publicidades que possuem conteúdo claramente fantasioso, estas não devem ser consideradas enganosas, pois presume-se que ninguém irá comprar um produto acreditando que algo fora da realidade realmente possa acontecer, trata-se apenas de um recurso fantástico utilizado para tornar a publicidade mais atraente.

FIGURA 2 – ANÚNCIO *RED BULL TE DÁ ASAS*



Fonte: <https://www.mdig.com.br/index.php?itemid=42549>

Todavia, já houve um caso de processo contra a marca de energéticos *Red Bull*, por conta de seu famoso slogan “*Red Bull te dá asas*”, onde um cliente a acusou de estar fazendo uma promessa falsa. A marca preferiu decidir extrajudicialmente através de acordos, indenizando todos que se sentiram afetados.

Ainda sobre publicidade enganosa, existem dois tipos: a comissiva, aquela que afirma algo falso, que não corresponde à realidade, como, por exemplo, anunciar que determinado produto possui tal preço, mas ao realizar a compra, o consumidor percebe que, na verdade, o preço é outro e mais caro; ou omissiva, quando omite uma informação fundamental sobre o produto ou serviço, algo que seria essencial o consumidor saber, pois poderia influenciar na compra, como, por exemplo, anunciar um veículo sem informar que ele é usado.

Uma técnica enganosa muito utilizada por lojistas é a do “chamariz”, que consiste em anunciar uma promoção, que não está disponível na forma como foi mostrada, apenas para atrair o consumidor a entrar na loja e, assim, começar a oferecer diversos outros produtos, instigando-o a adquirir alguma coisa, que, por se sentir constrangido, acaba comprando.

Publicidades com mensagens ambíguas podem ser consideradas enganosas se uma das interpretações for capaz de induzir o consumidor ao erro. Já a técnica do uso de adjetivações exageradas, chamada de *puffing*, é enganosa se passar uma informação comprovadamente falsa. Por exemplo, dizer que um prato é

“o mais saboroso” é aceitável por se tratar de opinião, porém, anunciar um veículo como o “mais econômico da categoria” requer prova da veracidade.

2.2.2 Publicidade abusiva

Por sua vez, a publicidade abusiva é aquela que possui conteúdo discriminatório e preconceituoso, que perpetua discurso de ódio, apoia violência, estimula a prática de crimes, desrespeita valores ambientais e sociais, se aproveita da vulnerabilidade do consumidor e o incita a arriscar sua saúde e segurança.

Segundo Rizatto Nunes (2019, p.576):

O CDC proíbe as propagandas abusivas dizendo que é abusiva, entre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.

São considerados abusivos os anúncios que induzem ou encorajam a prática de atividades criminosas ou ilegais, desrespeitam valores sociais, ofendem convicções religiosas ou filosóficas, violam a intimidade das pessoas, exploram medos ou superstições como método de persuasão, incentivam práticas nocivas ao meio ambiente, deixam de mencionar cuidados especiais no uso do produto ou estimulam o uso perigoso.

Resumindo, a publicidade abusiva implica em ofensas a valores constitucionais, ambientais, éticos e sociais. Proibir o uso desses temas não viola a “liberdade de expressão”, visto que são práticas criminosas vedadas pela nossa Constituição, que proíbe expressamente “qualquer forma de discriminação”, seja racial, social, política, religiosa, de nacionalidade, de gênero ou em relação à sexualidade.

Como exemplo de publicidade abusiva, considerada sexista, que hoje em dia estão cada vez menos sendo veiculadas, temos os típicos comerciais de cerveja, que traziam diversas mulheres seminuas ao lado da bebida, retratadas como objetos sexuais, com o objetivo de atrair a atenção do público masculino, tratando apenas a elas como consumidores. Muitas vezes, o corpo das mulheres aparecia mais destacado que o próprio produto.

A publicidade a seguir, da marca *Devassa*, foi processada por ser considerada abusiva ao equiparar a mulher negra a um objeto de consumo.

FIGURA 3 – ANÚNCIO DA *DEVASSA TROPICAL DARK*



Fonte: <https://www.mktmais.com/2013/10/marketing-terrorista-devassa-pode-ter-6.html>

Outra coisa comum antigamente, era ligar a televisão, especialmente no período da manhã, e visualizar diversas publicidades de brinquedos e roupas infantis, cujo público-alvo eram crianças. Todavia, hoje isso não acontece mais, pois, em 2014, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente publicou uma resolução caracterizando a publicidade infantil como abusiva, por se aproveitar da vulnerabilidade e ingenuidade das crianças, persuadindo-as a quererem o produto. Isso pode ser observado no Recurso Especial nº 1558086/SP, onde o Ministro Humberto Martins afirmou que:

É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor). (STJ, Resp. 1558086/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJE 15/04/2016).

Um clássico exemplo é o comercial da marca *Mundial*, com a tesoura em formato dos personagens Mickey e Minnie, que foi considerado abusivo e retirado do ar, pois trazia um garoto que provocava as crianças ao repetir incansavelmente a frase: “eu tenho, você não tem”.

Para Leonardo de Medeiros Garcia (2016, p.306-307), “não são admissíveis anúncios que causem em crianças um sentimento de inferioridade, caso não adquiram ou não possam adquirir um produto ou serviço; que estimulem o menor a constranger seus responsáveis ou terceiros a comprar determinado produto

ou serviço”. Ainda, segundo o autor, “o que se busca é evitar o abuso frente à ingenuidade, inexperiência e o sentimento de lealdade das crianças”.

Assim como a enganosa, no caso da abusiva também não é necessário que ocorra de fato um dano concreto ao consumidor, basta a mera possibilidade de dano, violação ou ofensa, para caracterizar a abusividade e o anunciante ser punido, independente de dolo ou culpa. A ambiguidade e o exagero também podem ser considerados abusivos se tiverem potencial danoso.

2.2.3 Publicidade clandestina

A publicidade clandestina está relacionada a um dos princípios adotados pelo CDC, o **da identificação obrigatória da publicidade**, que pode ser observado no artigo 36 do respectivo código: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”.

Isso significa que ela precisa ser elaborada de uma forma que o consumidor possa, imediatamente e com facilidade (sem necessitar de esforço ou capacitação técnica), saber que está diante de uma publicidade, para que tenha consciência da oferta. É proibido tentar “disfarçar” o anúncio de modo que não pareça se tratar de um, a mensagem deve ser clara para evitar engano.

De acordo com Leonardo de Medeiros Garcia (2016, p.301):

O art. 36 adota o princípio da identificação obrigatória da publicidade segundo o qual a publicidade, quando veiculada, tem o dever de ser identificada como tal, de modo fácil e imediato pelo consumidor. Visa o dispositivo legal, principalmente, proteger o consumidor, de modo a torná-lo consciente de que é o destinatário de uma mensagem publicitária e facilmente tenha condições de identificar o fornecedor (patrocinador), assim como o produto ou o serviço oferecido. É a proibição da chamada publicidade clandestina. Ao adquirir um produto ou serviço, o consumidor deve fazê-lo de modo racional e consciente, sem ser enganado ou induzido pelos anúncios publicitários, harmonizando e equilibrando as relações contratuais. O princípio da identificação obrigatória da publicidade proíbe, portanto, a chamada publicidade subliminar, uma vez que atinge somente o inconsciente do indivíduo, fazendo com que não perceba que está sendo induzido a compras.

Uma prática muito comum, que vai de encontro com esse princípio, utilizada, especialmente, no cinema e televisão, é a do *merchandising*. Rizzato Nunes (2019, p.547) explica que essa técnica consiste em veicular produtos e serviços de forma indireta por meio de inserções em programas e filmes.

FIGURA 4 – CENA DA SÉRIE *BREAKING BAD*



Fonte: <https://www.digai.com.br/2016/10/series-e-product-placement-casos-em-que-o-merchan-funciona-bem-e-muito/>

Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin (2007, p.106) conceitua como “a inclusão de menções ou aparições de produto, serviço ou marca, de forma aparentemente casual, em programas de televisão ou de rádio, filme cinematográfico, espetáculo teatral etc.”.

É aquele típico caso em que vemos uma marca aparecendo com algum destaque em uma cena, como, por exemplo, o protagonista tomando uma Coca-Cola, ou o logotipo de uma marca famosa aparecendo ao fundo do enquadramento. Essa técnica também é conhecida como *Product Placement*.

Dessa forma, Rizzato Nunes (2019, p.547) explica que muitos produtos acabam sendo veiculados sem que os consumidores consigam se dar conta de que aquilo que estão assistindo se trata de uma publicidade, mesmo nos casos mais evidentes, pois, afinal, o objeto em questão faz parte da cena, não é só uma divulgação, então, pode ser que seja um anúncio, mas também pode ser que não, que apenas faça parte da construção da cena, não há como ter certeza.

Porém, o *merchandising*, por si só, não é considerado uma publicidade enganosa nem abusiva, tanto que o código não o proíbe, o problema é quando o produto aparece, dentro da ficção, de uma maneira tão natural, que não permite a avaliação crítica do consumidor, que é levado a acreditar em situações que não correspondem à realidade (NUNES, 2019, p.549). O telespectador pode se sentir tentado a consumir, mesmo sem saber que está assistindo a uma publicidade, porque ela não é direta.

É o caso de quando uma personagem da ficção se torna tão querida pelo público, que ele passa a querer copiar seu estilo, ter as mesmas coisas que ela e consumir o que ela consome, simplesmente por admirá-la. Não é à toa que muitas novelas acabem ditando tendências de moda.

Quando isso ocorre, o consumidor não está analisando com consciência, pois o caráter publicitário não é claro. Além disso, ele acaba não tendo muita liberdade de escolha, visto que foi induzido a gostar desse produto em específico por apreciar alguém que usa. Se não fosse por esse motivo, provavelmente não iria adquiri-lo.

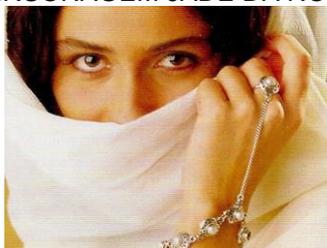
Contudo, apesar do caput do artigo 36 proibir esse tipo de técnica, a liberdade de expressão do autor ou diretor não pode ser cerceada, eles têm o direito de criar e mostrar personagens com as características e o modo de vida que bem entenderem (NUNES, 2019, p.550).

Lucia Ancona Lopes de Magalhães Dias (2013, p.235/236) explica:

De outro lado, poderá haver situações em que a presença do produto decorre naturalmente da cena (de modo não artificial) ou, ainda, se mostra necessária para caracterizar certo personagem ou contextualizar uma época, situações nas quais a exibição restará justificada por uma necessidade artística ou narrativa, sobretudo, se não houver uma clara diferenciação das marcas relativas aos produtos citados e/ou um enquadramento específico e reiterado dos mesmos, revelando a ausência de finalidade promocional da colocação.

Quem não se lembra da personagem Jade da novela *O Clone*? Sua maquiagem com os olhos bem destacados e as joias, principalmente a “pulseira-anel”, fizeram muito sucesso entre as brasileiras na época em que a novela foi ao ar pela primeira vez, em 2002. Nesse caso, os produtos não foram colocados exatamente com a intenção de induzir vendas, mas sim de caracterizar o estilo da personagem, que vivia em Marrocos.

FIGURA 5 – PERSONAGEM JADE DA NOVELA O CLONE



Fonte: <https://www.leijaja.com/cultura/2018/08/11/dez-vezes-em-que-novelas-ditaram-tendencias-da-moda/>

Uma alternativa para evitar a clandestinidade é comunicar previamente que, naquele programa, peça, novela, série ou filme, haverá *merchandising*. Desse modo, o consumidor ficará avisado que terá publicidade, o que torna mais fácil a

identificação, podendo, assim, analisar os produtos e serviço exibidos de uma forma mais crítica e consciente, evitando que seja indiretamente induzido à compra (GARCIA, 2016, p.302).

Todavia, nem todos os casos de *merchandising* possuem clandestinidade, há aqueles em que a intenção de anunciar é transmitida de forma bem óbvia ao consumidor, tendo em vista que as pessoas em cena, além de utilizarem o produto, também o elogiam e mostram informações sobre a marca, bem como nos casos em que cartazes luminosos aparecem no palco atrás do apresentador.

Um exemplo é o uso da publicidade no *Big Brother Brasil*, onde as marcas patrocinadoras aparecem sempre com muito destaque, possuindo até mesmo quadros do programa dedicados especialmente a elas, deixando bem claro o caráter publicitário.

Por fim, conclui-se que a publicidade clandestina existe quando o anúncio não é facilmente e imediatamente identificado pelo consumidor, que é levado à aquisição pelo contexto. Sendo assim, antes de declarar uma publicidade como ilícita e tomar medidas contra os envolvidos, é preciso fazer uma análise da situação para verificar se está presente a finalidade promocional, ou se é apenas caracterização da cena e dos personagens.

2.3 Responsabilidade dos Envolvidos

Agora que já estudamos os tipos de publicidade consideradas ilícitas em nossa sociedade, chegou a hora de conferir o que a legislação prevê como sanção para os responsáveis pela prática, tanto na esfera cível, quanto penal e administrativa, cujas sanções podem ser aplicadas cumulativamente.

2.3.1 Responsabilidade civil

Já dizia o Código Civil: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Essa prerrogativa também é aplicada em atos publicitários, isto é, se uma publicidade abusiva ou enganosa prejudicar ou ofender alguém, seja um indivíduo ou a coletividade, acarretará em indenização, tanto material quanto moral. Mas contra quem a ação de indenização deve ser proposta?

Parte da doutrina, liderada por Nelson Nery Junior e Paulo Jorge Scartezini Guimarães, sustenta que todos os envolvidos na publicidade, que se beneficiam direta ou indiretamente dela, são responsáveis perante o consumidor, respondendo em conjunto pelos danos provenientes, havendo responsabilidade objetiva solidária entre o anunciante, a agência de publicidade e o veículo de comunicação.

Esse é o entendimento dos doutrinadores Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad de Moura (2014, p.163-164), que também defendem que, na esfera cível, não importa se a enganabilidade ou falsidade da publicidade tenham sido causadas por culpa ou dolo do fornecedor, agência, celebridade ou patrocinador, a responsabilidade é objetiva. Logo, basta o consumidor, ou órgão de proteção e defesa, demonstrar a falha ou a potencialidade lesiva para que as providências legais possam ser tomadas.

Em contrapartida, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin (2007 p.356) entende que, diferente do anunciante, que responde objetivamente, isto é, independente de dolo ou culpa, “a agência e o veículo só são corresponsáveis quando agirem doloso ou culposamente, mesmo em sede civil”, sendo caso de responsabilidade subjetiva.

Outros doutrinadores, como Sergio Cavalieri Filho (2019, online), afirmam que não é possível falar em lucro indireto por parte da empresa emissora de comunicação, que apenas recebe o pagamento pelos serviços prestados, tendo em vista que quem detém o proveito econômico direto da publicidade é o fornecedor-anunciante, o único a possuir interesse na venda do produto ou serviço, cabendo a ele, portanto, a responsabilidade pelos eventuais danos causados aos consumidores em decorrência da publicidade enganosa ou abusiva.

Esta corrente parece ter sido acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, como pode ser observado no Recurso Especial nº 604.172-SP, onde foi afastada a responsabilidade civil dos meios de comunicação pela transmissão da publicidade enganosa. Assim, segundo o entendimento do Ministro Humberto Gomes de Barros:

As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores--anunciantes, que a patrocinaram. O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante, não às empresas de comunicação. (DJU 21/5/2007, p.568).

Em caso de dano à coletividade, isto é, quando há um número indeterminado de pessoas que foram prejudicadas pelo conteúdo da publicidade ilícita (dano difuso), a legitimidade para representar os consumidores em juízo e entrar com Ações Cíveis Públicas (Ações Coletivas), é do Ministério Público e do Procon, que podem requerer suspensão da publicidade enganosa ou abusiva, e a condenação do fornecedor e demais responsáveis em danos morais coletivos.

É importante ressaltar que, de acordo com Rui Moreira Chaves (2005, p.162), para caracterizar dano individual, não basta apenas a veiculação da publicidade, é necessário demonstrar que o consumidor foi efetivamente prejudicado por ter sido induzido a erro, bem como a existência de um constrangimento real, por conta do caráter enganador ou abusivo da publicidade, para pleitear danos morais.

Por fim, o código também prevê que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

2.3.2 Responsabilidade administrativa

O Código de Defesa do Consumidor incumbiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a tarefa de fiscalizar e controlar a publicidade de produtos e serviços, e a obrigação de impor as normas que forem necessárias para o combate às práticas ilícitas, tudo pela proteção ao consumidor. Quem violar essas normas administrativas estará sujeito às sanções administrativas, assunto tema dos artigos 55 a 60 do respectivo código.

Dentre os principais órgãos públicos federais que garantem a proteção e o exercício dos direitos dos consumidores, temos a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), integrante do Ministério Público; o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC); Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC); e, a nível estadual e municipal, os Procons.

Outro importante Órgão que regulamenta a publicidade é o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar), uma sociedade civil criada para fiscalizar a ética da propaganda comercial veiculada no Brasil, e defender a liberdade de expressão comercial, atuando em âmbito nacional. Sua principal função é impedir que a publicidade enganosa ou abusiva cause constrangimento, tanto ao

consumidor quanto às outras empresas. Quem se deparar com uma publicidade ilícita poderá denunciá-la ao Conar, que tomará as devidas providências.

O artigo 56 da Lei nº 8.078/90 elenca as sanções administrativas que podem ser aplicadas pela autoridade administrativa, de forma cumulativa ou não, por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

Dentre elas, é importante destacar a *contrapropaganda*, que segundo Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad de Moura (2014, p.280), “é uma espécie de sanção administrativa, consistente na imposição de realizar nova publicidade, para esclarecer e corrigir falhas da publicidade abusiva ou enganosa, anteriormente veiculada”. Rizzato Nunes (2019, p.593) completa dizendo que “a contrapropaganda deve ter um conteúdo (mensagem) que possa anular ou ao menos desmentir o conteúdo (mensagem) abusivo anteriormente produzido”.

Ou seja, ela é um direito de resposta que o legislador garante a quem for prejudicado por uma publicidade ilícita, que, por meio de outra mensagem, pode se defender do que foi dito e realizar a correção da informação errada sobre a aquisição de seu produto ou prestação de serviço.

Por isso que, para desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva e melhor proteger os direitos dos consumidores, o Código estipulou, em seu art. 60, § 1º, que a contrapropaganda deverá ser divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente, no mesmo veículo, local, espaço e horário que a publicidade ilícita anteriormente.

Por fim, Leonardo de Medeiros Garcia (2016, p.307) explica que “a contrapropaganda visa tanto reparar a verdade da publicidade enganosa como também desqualificar a mensagem abusiva, reparando, ao final, o direito à informação do consumidor que foi violado”.

2.3.3 Responsabilidade penal

Por fim, o já mencionado Código também prevê sanções contra os chamados crimes publicitários, descritos nos artigos 61 a 80. Sobre isso, Leonardo de Medeiros Garcia (2016, p.468) conta que “o Direito Penal do consumidor busca não somente reprimir condutas indesejáveis e causadoras de danos, mas, sobretudo, prevenir a ocorrência de tais condutas de forma a evitar o dano, amparando com mais eficiência os consumidores (princípio da precaução) ”.

No geral, as penas previstas variam entre detenção de um mês a dois anos e multa. Apesar das infrações penais serem, geralmente, mais graves que as de natureza administrativa, estas são consideradas crimes de menor potencial ofensivo, julgados nos Juizados Especiais Criminais. São condutas classificadas como “crime de perigo”, visto que não requerem o resultado efetivo para configurar crime, somente o risco de causar dano ao bem jurídico protegido já é suficiente.

Dentre os crimes, podemos destacar a omissão de informações, especialmente sobre a nocividade ou periculosidade dos produtos; fazer afirmação falsa ou enganosa; promover a publicidade enganosa e abusiva; impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações; constranger o consumidor ao cobrar dívidas, etc. Vale ressaltar que, na esfera penal, diferente da cível, é levado em conta se houve dolo ou culpa por parte dos envolvidos.

3 CONCLUSÃO

Com o presente estudo, podemos perceber o quanto a publicidade é indispensável para as relações de consumo, por ser uma poderosa ferramenta de comunicação entre fornecedores e consumidores, com um caráter persuasivo capaz de induzir o público à compra e impulsionar vendas. A publicidade é aquela que visa anunciar um produto ou serviço com fins econômicos, enquanto a propaganda busca transmitir ideias e pensamentos, sem intenção de lucro.

Vimos o quão relevante foi a criação do Código de Defesa do Consumidor, uma legislação voltada para criação de Direitos e proteção dos consumidores, a parte vulnerável da relação de consumo, que estão sujeitos a práticas abusivas e enganosas por serem hipossuficientes perante os fornecedores.

É notável a preocupação que o legislador teve com o consumidor ao se preocupar com sua dignidade, segurança e saúde, buscando evitar que ele possa ser enganado ou ofendido, além de oferecer alternativas para compensar qualquer dano sofrido.

Para que a atividade publicitária não cause danos nem viole direitos, o Código proibiu a publicidade enganosa, aquela que induz o consumidor ao erro por transmitir uma mensagem falsa sobre qualquer dado do produto ou serviço, ou que omite informações essenciais que poderiam influenciar na compra; assim como a publicidade abusiva, que implica em ofensas a valores constitucionais, ambientais,

éticos e sociais, possuindo conteúdo discriminatório e preconceituoso; bem como a publicidade clandestina, que é veiculada de forma disfarçada e indireta, não sendo fácil de ser percebida pelo consumidor.

Visando prevenir a ocorrência das publicidades ilícitas, de forma a evitar danos e constrangimentos ao consumidor e à sociedade, o legislador impôs sanções tanto cíveis, quanto penais e administrativas, que podem ser aplicadas cumulativamente, para responsabilizar e penalizar os autores.

Assim, conclui-se o quanto é essencial são importantes as disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor, considerado uma das leis mais eficazes e completas do ordenamento jurídico brasileiro.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. A Proteção Jurídica do Consumidor. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. et al. Das práticas comerciais. In: Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 11 de maio de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965. Dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 26 ago. de 1965. Seção 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4680.htm>. Acesso em 11 de maio de 2021.

BRASÍLIA, Senado Federal. Código de Defesa do Consumidor e normas correlatas. – 3. ed. – Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

CASCELLO, Thamires; SILVEIRA, Matheus. Inciso XXXII – Defesa do consumidor “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Artigo Quinto, 17 de dez. de 2019. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/artigo-5/defesa-do-consumidor/>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio Programa de direito do consumidor / Sergio Cavaliere Filho. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

CHAVES, Rui Moreira. Código da Publicidade Anotado. 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2005.

DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. Publicidade e Direito. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Talden Queiroz. Publicidade e propaganda no Código de Defesa do Consumidor. Revista Âmbito Jurídico, 30 de abr. de 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-28/publicidade-e-propaganda-no-codigo-de-defesa-do-consumidor/#_ftn1>. Acesso em 12 de maio de 2021.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo - 13. ed. rev. ampl. e atual- Salvador: JusPODIVM, 2016.

MALANGA, Eugênio, Publicidade: uma introdução, 4ª ed., São Paulo: Edima, 1987.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor/ Rizzato Nunes – 13. Edition – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PATEL, Neil. Publicidade: Conceito, Tipos e A Importância Nos Negócios. Neilpatel.com. [S.I.]. Disponível em: <<https://neilpatel.com/br/blog/publicidade/>>. Acesso em 14 de mar. de 2021.

PATEL, Neil. Publicidade Infantil: Entenda O Que É, os Problemas e a Lei no Brasil. Neilpatel.com. [S.I.]. Disponível em: <<https://neilpatel.com/br/blog/publicidade-infantil/>>. Acesso em 24 de maio de 2021.

PEZZOTTI, Renato. Como funciona o Conar? Para que serve? Como denunciar uma publicidade? UOL, São Paulo, 29 de set. de 2020. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/faq/como-funciona-o-conar-para-que-ele-serve-como-fazer-uma-denuncia.htm>>. Acesso em 19 de maio de 2021.

ROSCOE BESSA, Leonardo; FAIAD DE MOURA, Walter José; Manual de direito do consumidor, coordenação de Juliana Pereira da Silva. -- 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. 290 p.

SANT`ANNA, Armando. Propaganda: teoria, técnica e prática/Armando Sant`Anna, Ismael Rocha Junior, Luiz Fernando Dabul Garcia. -- 9. ed. rev.. -- São Paulo: Cengage Learning, 2015.