

A ÉTICA NA PUBLICIDADE E A LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA

Michele Martins Barbosa¹
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior²
Trabalho de Conclusão de Curso³

RESUMO

É público e notório o fato de que os fornecedores no atual mercado consumerista utilizam a publicidade de forma maciça para convencer os consumidores da pseudo necessidade de comprar o produto ou contratar o serviço que estão divulgando, exatamente por isso é indispensável a presença da verdade e da ética, para que as informações publicitárias sejam verdadeiras e claras, não iludindo ou ludibriando o consumidor. O Código de Defesa do Consumidor veda expressamente a prática da publicidade enganosa e abusiva que prejudica a real avaliação do consumidor para um consumo consciente. Essa vedação legal busca proteger o consumidor parte vulnerável, efetivando a igualdade real e o equilíbrio nas relações jurídicas, direito fundamental expresso na Constituição Federal Brasileira. Por fim, a pesquisa será feita fazendo uso do método dedutivo e analítico, com a utilização de bibliografias, artigos científicos e livros, para fins de demonstrar como a publicidade é capaz de influenciar comportamentos na sociedade consumista, favorecendo reflexões sobre a necessidade de uma conduta ética nas campanhas publicitárias, bem como o dever de informação e transparência, além do mais, obrigar o fornecedor a cumprir o que veiculou, mediante o caráter pré-contratual da oferta, visto que o verdadeiro objetivo comercial da publicidade é o lucro.

Palavras-chave: Consumidor. Ética. Publicidade. Legislação.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO, 1. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2. A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA, 3. CONTROLE LEGAL E ADMINISTRATIVO DA PUBLICIDADE NO BRASIL, 4. A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DO FORNECEDOR E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS, CONCLUSÃO, REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei Federal nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, foi editado através do artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, principalmente em seus artigos 5º, inciso XXXII e artigo 170, inciso V, estabelece a obrigação do Estado de promover a proteção e a defesa do consumidor.

¹Aluna do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

²Professor Ms./Dr. Orientador do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, São Paulo;

³Trabalho de Conclusão de Curso em Direito apresentado à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro universitário Eurípides de Marília, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

A Lei nº 8.078/90, reconhece o consumidor como sujeito vulnerável na relação de consumo em face do fornecedor, tendo como função buscar a igualdade e o equilíbrio, observa-se de um lado o consumidor com interesse de satisfazer um desejo e do outro o fornecedor que detém todo o conhecimento em relação ao produto ou serviço.

A definição de consumidor está previsto no art. 2º do CDC, sendo toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final, para seu uso próprio sem finalidade de reprodução ou criação de outros serviços ou produtos.

E para que a informação chegue ao conhecimento dos consumidores, utiliza-se uma importante ferramenta, a publicidade, o mercado gira em torno dela, além de informar tem como objetivo vender, divulgar sobre a existência de um produto ou serviço sendo um meio de persuasão.

Entretanto, a importância central destes estudos aqui propostos é o favorecimento de reflexões sobre a necessidade de um limite ético nas campanhas publicitárias, de forma a proteger o consumidor vulnerável, considerado por lei como parte mais fraca na relação de consumo, por estar exposto constantemente às práticas do mercado capitalista cujo objetivo é o lucro. Analisando ao longo do trabalho o Código de Defesa do Consumidor, a Constituição Federal e o Código de Autorregulamentação Publicitária que normalizam a publicidade no Brasil.

Destarte, para a realização do presente trabalho será utilizada a pesquisa bibliográfica, juntamente com materiais já publicado como artigos científicos, livros e periódicos. Será utilizado também o método dedutivo, partindo de princípios certos e verdadeiros, para a partir de um raciocínio lógico chegar a verdade daquilo que está sendo proposto. Além do método analítico, utilizando-se de estudos e fatos presentes na história e em outras ciências relacionada a pesquisa.

1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer princípios fundamentais a defesa e a proteção do consumidor. Como podemos observar no seu art. 5º, inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, e no art. 170, inciso V, dedicando uma atenção especial na relação de consumo como um dos princípios basilares para manutenção da ordem econômica.

Mas quando se fala em defesa do consumidor, é importante conceituar o que seria uma relação jurídica de consumo, sendo essa caracterizada como um vínculo entre as partes, na qual uma delas tem o dever de cumprir determinada obrigação, mas para que essa relação

seja protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, é necessário a presença dos elementos subjetivos e objetivos, e sua falta pode descaracterizar a relação consumerista.

O elemento subjetivo se refere às partes que estão envolvidas, isto é, o consumidor e o fornecedor.

Consumidor, é a parte vulnerável, como conceitua o art. 2º do CDC, sendo “toda pessoa física ou jurídica que utiliza o produto ou serviço como destinatário final”, para uso próprio de consumo, sem o interesse de lucrar. Inclusive, consumidor não é apenas aquela pessoa que adquire, mas também aqueles que utilizam o produto ou serviço mesmo não tendo contratado diretamente, Rizzatto Nunes exemplifica:

[...] não se trata apenas de adquirir, mas também de utilizar o produto ou o serviço, ainda quando quem o utiliza não o tenha adquirido. Isto é, a norma define como consumidor tanto quem efetivamente adquire (obtem) o produto ou o serviço como aquele que, não o tendo adquirido, utiliza-o ou o consome. (NUNES, 2012, p.122).

Além disso, a Lei nº 8.078/90 reconhece como consumidores: toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final (art. 2º, caput); a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (parágrafo único, art. 2º); todas as vítimas do evento (art. 17) e todas as pessoas expostas às práticas comerciais, determináveis ou não (art. 29).

Por sua vez, fornecedor é bem definido no art. 3º do referido estatuto consumerista:

Art. 3º. É toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Nesse sentido, Claudia Lima Marques esclarece o conceito de fornecedor abordado pelo Código:

A definição é novamente ampla. Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Estas características vão excluir da aplicação das normas do Código todos os contratos firmados entre dois consumidores, não-profissionais [...] Frise-se, assim, que a expressão utilizada pelo art. 3º. do CDC, para incluir todos os serviços de consumo, é “mediante remuneração”. (MARQUES, 2005, p. 393-394).

Conclui-se então que fornecedor pode ser uma pessoa física, que vende um produto, exemplo um doce ou presta um serviço, uma pessoa jurídica no caso das empresas, entes

despersonalizados uma sociedade irregular ou de fato, ou seja, os “camelôs” e a massa falida, desde que essa atividade seja habitual e remunerada.

No tocante ao elemento objetivo da relação jurídica de consumo, trata-se do produto ou serviço, especificado pelo art. 3º, §1º do CDC, sendo o produto como qualquer bem móvel, imóvel, material ou imaterial, já o serviço pode ser qualquer atividade no mercado de consumo, mediante uma remuneração, salvo aquelas decorrentes das relações trabalhistas (§2º, art. 3º, CDC).

Afinal, uma relação jurídica de consumo deve ter como elementos o consumidor, aquele que usufrui da mercadoria ou de um serviço, o fornecedor que vende um produto ou presta uma atividade habitual e o objeto da relação que pode ser tanto um produto móvel, imóvel, material e imaterial ou um serviço sem caráter trabalhista, mediante remuneração, para que seja aplicado o Código de Defesa do Consumidor.

Inclusive, evidenciando a preocupação em não deixar o consumidor sem uma tutela, o CDC efetiva alguns princípios fundamentais para serem aplicados na relação consumerista, são eles:

a) Princípio do Protecionismo do Consumidor: O Código de Defesa do Consumidor aborda esse princípio em seu art. 1º, com isto, segundo Flávio Tartuce:

Não se pode esquecer que, [...], a proteção dos consumidores é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira. A natureza de norma de ordem pública e interesse social justifica plenamente o teor da Lei 12.291/2010, que torna obrigatória a exibição de um exemplar do Código de Defesa do Consumidor em todos os estabelecimentos comerciais do País [...] Na verdade, mais do que isso, diante de sua inegável importância para a sociedade, o Direito do Consumidor deveria ser matéria obrigatória na grade do ensino médio nas escolas do Brasil. [...] O princípio do protecionismo do consumidor enfeixa algumas consequências práticas que não podem ser esquecidas. A primeira consequência é que as regras da Lei 8.078/1990 não podem ser afastadas por convenção entre as partes, sob pena de nulidade absoluta. [...] Como segunda consequência, cabe sempre a intervenção do Ministério Público em questões envolvendo problemas de consumo. (TARTUCE, 2014, p.29-30).

Em virtude disso, é notável destacar a função principal desse princípio estabelecendo no art. 1º do CDC, normas de ordem pública e interesse social, conforme os artigos. 5º, inciso XXXII, art. 170, inciso V, da CF e art. 48 de suas Disposições Transitórias, determinando o próprio texto de lei à defesa do consumidor como fundamento da ordem econômica.

b) Princípio da Vulnerabilidade: o artigo 4º, inciso I, demonstra a vulnerabilidade do consumidor, sendo uma condição inerente a ele determinado pelo próprio Código, nesse sentido, Bruno Miragem aborda:

Em resumo, o princípio da vulnerabilidade é aquele que estabelece a presunção absoluta de fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado de consumo, de modo a fundamentar a existência de normas de proteção e orientar sua aplicação na relação de consumo. (MIRAGEM, 2016, p. 130).

O consumidor sempre será considerado vulnerável na relação consumerista, estando exposto a qualquer momento às práticas do mercado. No entanto, por ser desprovido de conhecimento dos produtos e serviços que vem a ser ofertados, busca-se um equilíbrio, impondo um dever ao fornecedor que detém todo o conhecimento de informá-lo corretamente.

c) Princípio da hipossuficiência: como bem estabelecido no art. 6º, inciso VIII, do CDC, esse princípio tem como fim analisar a situação referente a cada consumidor, assim Flávio Tartuce melhor expõe sobre o tema:

O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento, conforme reconhece a melhor doutrina e jurisprudência. [...] pode-se dizer que a hipossuficiência do consumidor constitui um *plus*, um algo a mais, que traz a ele mais um benefício, qual seja a possibilidade de pleitear, no campo judicial, a inversão do ônus de provar, conforme estatui o art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990. (TARTUCE, 2014, p. 35-36).

Verifica-se a possibilidade do consumidor em inverter o ônus da prova para facilitar a defesa de seus direitos, conforme disposto no art. 6º, inciso VIII, ficando a critério do juiz, quando o consumidor for hipossuficiente, ou seja, diante da incapacidade de produzir provas em face do fornecedor é que teremos essa inversão a seu favor.

d) Princípio da Boa-fé: com o objetivo de estabelecer uma relação de equilíbrio, o art. 4, inciso III, do CDC, assegura a presença da boa-fé objetiva nos contratos, especialmente na publicidade em que a responsabilidade é pré-contratual, ou seja, o ato de anunciar já vincula a uma relação contratual, e em caso de descumprimento aplicam-se sanções previstas pelo próprio Código, por esse motivo as informações precisam ser claras e verdadeiras, evitando surpresas ao consumidor. Neste contexto, o pensamento de Claudia Lima Marques sobre esse importante princípio merece destaque:

Boa-fé objetiva, em matéria de publicidade, significa a exigência de que esta seja uma atividade leal (atividade refletida, pensando também naquele que recebe a mensagem, o consumidor), que prometa só o que pode cumprir. Se trazer informações, sejam elas sobre a qualidade, quantidade ou qualquer característica do produto ou serviço, sejam sobre as condições do contrato, que estas constituam informações corretas, verídicas, que o próprio intuito de incitar ao consumo seja identificável e a publicidade identificada como tal pelo público. (MARQUES, 2005, p. 731-732).

É preciso considerar também, o Princípio da Transparência (art. 4º, *caput*, CDC), o qual do mesmo modo assegura a boa-fé objetiva, no que tange em manter a confiança entre consumidor e fornecedor para que ambos pratiquem a lealdade e a ética.

e) Princípio da Transparência ou da Confiança: basta observá-lo no *caput* do art. 4º do CDC, acompanhado com o art. 6º, inciso III, direito de ser informado. Continuando com Claudia Lima Marques, conforme seus ensinamentos, ela define transparência como:

Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo. (MARQUES, 2005, p. 715).

Deste modo, observamos a obrigatoriedade do fornecedor informar sobre os seus produtos ou serviços de maneira clara e adequada, sobre suas características e riscos que podem apresentar a saúde e a segurança do consumidor, o qual fica à mercê dessas informações, tal princípio vem protegê-lo por ser o sujeito mais fraco na relação de consumo.

Também destacamos alguns direitos básicos, presentes no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, tais como: o direito a proteção da vida, saúde e segurança, o direito à educação, o direito à informação adequada e clara, o direito à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, vedando-as expressamente em seus artigos 36 e 37, entre outros.

2 A PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA

No mercado de consumo, a liberdade em divulgar ou informar os seus produtos ou serviços é permitido às empresas, sob qualquer forma, processo ou veículo de comunicação, por sua vez, é uma garantia protegida por lei, conforme disposição do artigo 5º, inciso IX, e art. 220 da Constituição Federal.

No entanto, desde que observado o que está disposto na lei, ou seja, para que não ocorram abusos, e por não ser uma garantia absoluta, sofre limitação pelo próprio texto constitucional em seu art. 5º, inciso X, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Logo, a liberdade de expressão não pode transpor o que está imposto pela Constituição.

A principal função da publicidade é estimular o consumo no mercado, direcionado ao lucro, não apenas informa, mas também utiliza de técnicas persuasivas para que os consumidores adquiram o que está sendo anunciado.

Ocorre que em muitas situações a publicidade acaba criando uma falsa percepção de realidade para o consumidor, fazendo as pessoas acreditarem que a felicidade, sucesso ou prazer está relacionado com a obtenção do bem ou serviço divulgado, o que pode acabar estimulando um consumo não consciente, ou seja, um consumo exacerbado e desequilibrado de produtos supérfluos que podem levar o consumidor a diversos problemas socioeconômicos, como por exemplo, o superendividamento.

Popularmente a publicidade e a propaganda são tratadas como sinônimos é importante diferenciá-las juridicamente, Bruno Miragem esclarece essa distinção:

Doutrinariamente, busca-se distinguir entre os fenômenos da publicidade e da propaganda. A publicidade sendo a que se realiza com o fim de estimular e influenciar o público em relação à aquisição de determinados produtos ou serviços, o que em geral enseja que seja feita dentro do mercado de consumo. [...] Já a propaganda faz-se com relação a outra série de ideias e conceitos, cuja promoção não se vincula ao objetivo de lucro ou obtenção de alguma vantagem econômica. Todavia, tal distinção não se observa, como regra, na legislação, que utiliza os termos publicidade e propaganda, na maior partes das vezes, como expressões sinônimas. (MIRAGEM, 2016, p. 265).

Observa-se então que a publicidade tem como anseio o lucro, seu caráter é comercial, pretendendo atrair os consumidores para comprar algo, divulgando algum produto ou serviço. Por outro lado, a propaganda tem intenção de conscientizar, transmitir ideias religiosas, políticas, sociais, sem fins lucrativos e não comercial.

O Código de Defesa do Consumidor não conceitua publicidade em si, mas demonstra uma preocupação em proteger o consumidor e seus valores pessoais da publicidade ilícita, devido a sua influência que causam no comportamento das pessoas. Assim, reservou a seção III do Capítulo V, para tratar de publicidade, além de tipificar como crime a publicidade enganosa e abusiva.

Dentre vários princípios estabelecido no CDC relacionado a publicidade, importante enfatizar dois deles:

a) Princípio da Veracidade em que as informações presentes no anúncio publicitário devem ser verdadeiras e sua violação caracteriza a publicidade enganosa (art. 37, §1º, CDC);

b) Princípio da Não Abusividade protege os consumidores do conteúdo da publicidade que não pode ser desrespeitoso, violento, explorar medo ou superstição, aproveitar da inexperiência das crianças e induzir comportamento prejudicial ou perigoso à saúde e segurança (art. 37, §2º).

A publicidade enganosa fere os princípios da boa-fé objetiva e da confiança, já a publicidade abusiva vai contra os valores sociais, morais e até individuais, por isso é considerada antiética.

Logo, traz em seu artigo 37, parágrafo 1º, uma melhor definição de publicidade enganosa, sendo aquela que por ação ou omissão do fornecedor, induza o consumidor a erro em relação à qualidade, características, preços, fazendo-o acreditar em algo que não corresponde ao que realmente foi oferecido. Em outras palavras, para Simone Maria Silva Magalhães a publicidade enganosa:

[...] tem o condão de induzir o consumidor a acreditar em algo que não corresponda ao que o produto ou serviço oferecido. Isso pode acontecer através de frases de efeito, impacto visual, afirmações inverídicas, dentre outras artimanhas para alcançar o resultado esperado, o que causa uma distorção no processo decisório do indivíduo, que talvez não adquirisse o produto se fosse corretamente informado. (MAGALHÃES, 2017, *online*).

É interessante ressaltar ainda, um recente caso de publicidade enganosa noticiado na mídia que ocorreu com a empresa Empiricus a qual foi multada pelo PROCON de São Paulo, depois de ter sido notificada para apresentação de documentos que comprovem a veracidade das informações veiculadas no vídeo, no entanto, se negou por sigilo e direito a privacidade.

No vídeo divulgado por uma jovem com 22 anos de idade, Bettina Rudolph, afirma ter iniciado aos 19 anos a investir na bolsa de valores com aplicação inicial de R\$ 1.520,00 e em três anos faturou mais de um milhão de reais, mas de acordo com o PROCON:

A afirmação da empresa de garantias de resultados de investimentos sob sua orientação, via movimentações financeiras no mercado variável de ações, demonstra-se enganosa e capaz de induzir o consumidor a erro, infringindo o artigo 37, §1º do Código de Defesa do Consumidor. (PROCON, 2019, *online*)

A empresa será multada através de um procedimento administrativo e o valor varia de 650 reais a 9 milhões, conforme previsto em lei, analisando “ a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor”. (PROCON, 2019, *online*)

No que diz respeito à publicidade abusiva o anúncio pode até ser verdadeiro, mas o seu conteúdo constrange, ofende moralmente, caracteriza-se quando houver discriminação, violência, explorar medo ou superstição, aproveitar-se da falta de julgamento e experiência da criança, desprezar valores ambientais, induzir o consumidor a agir de maneira prejudicial à sua saúde e à sua segurança (art. 37, § 2º, CDC).

O seu rol é exemplificativo, trazendo a possibilidade de existir outros tipos de abusividade quando emprega o termo “dentre outras” na primeira parte do artigo, com isso analisaremos cada espécie:

a) Publicidade discriminatória: não é aceito nenhum anúncio que favoreça ou estimule qualquer tipo de ofensa ou discriminação racial, política, religiosa, social ou nacional, sempre com observância nos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade.

b) Incite a violência: nenhum anúncio pode estimular a violência, a prática de atividades ilícitas ou criminosas, sempre prezando pela paz e a ordem social.

c) Aproveita-se da inexperiência da criança: sabe-se que as crianças são facilmente influenciadas, no entanto, veda-se anúncio que desrespeite a ingenuidade ou a inexperiência dos menores, buscando menosprezá-las por não obterem o objeto de determinado anúncio.

d) Desrespeita o meio ambiente: é vedado a publicidade que impele a degradação ambiental, por exemplo, o desmatamento, a poluição do ar, das águas, etc. Quando atualmente a maior preocupação é buscar preservar e proteger o meio ambiente.

e) Induz ao comportamento prejudicial ou perigoso: um anúncio não deve induzir o consumidor a se comportar de forma perigosa ou prejudicial à sua saúde e à sua segurança.

Ademais, o artigo 36 do presente Código, ressalta que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor possa facilmente e imediatamente identificá-la como tal, proibindo a publicidade clandestina ou subliminar as quais atacam o consumidor indiretamente, como exemplo, o *merchandising*, uma técnica bastante utilizada, inserindo anúncio ao longo de filmes e novelas, mas permitida pelo Código desde que seja informado previamente.

Vale lembrar que nem tudo pode ser considerado como publicidade enganosa ou abusiva, às vezes, o vendedor apenas quer valorizar o seu produto, chamar a atenção dos consumidores, explicando que o seu tem mais qualidade, utilizando expressões como “o melhor do mercado”, “o mais gostoso”, são os denominados *puffing*, ou seja, representa apenas um mero exagero publicitário, como uma licença poética, frases empregadas para roteirizar um contexto e não o enganar propriamente dito.

No mesmo raciocínio, vale ressaltar a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo em ação proposta pela Unilever, titular da marca Hellmann's, a qual alegou concorrência desleal em face da marca Heinz, que fez uso de frases “melhor em tudo o que faz” na divulgação de seu produto, assim o Tribunal determinou:

CONCORRÊNCIA DESLEAL. Publicidade comparativa. Não caracterização. Apelante Heinz que se limitou a utilizar o recurso denominado puffing, exagero publicitário aceito no ordenamento jurídico atual. Frases como "melhor em tudo o que faz" e "o ketchup mais consumido no mundo", que não acarretam demérito das marcas concorrentes. Impossibilidade de que estes claims, por outro lado, venham a influenciar no senso crítico dos consumidores, razão pela qual não há que se falar em captação indevida de clientela. Apelada Unilever que, titular da marca Hellmann's, igualmente se utiliza do recurso questionado nos autos, na promoção dos seus produtos. Ato ilícito imputado à Heinz, portanto, que não se constata, o que torna desnecessário, por questão de coerência, inserir fonte de pesquisa atestando possuir ela o ketchup mais vendido do mundo. Multa diária indevida. Sentença reformada apenas para julgar improcedente a reconvenção, mantida a parcial procedência da ação principal. Recurso da Heinz provido, desprovido o da Unilever. (TJSP; Apelação 1004301-65.2013.8.26.0309; Relator (a): Teixeira Leite; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Jundiaí - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/02/2016; Data de Registro: 12/02/2016)

Contudo, o Tribunal julgou no sentido de que não passa de um *puffing*, mero exagero publicitário, tolerado pelo próprio CDC não trazendo nenhum dano aos consumidores, cujo caráter é inofensivo, sendo que o consumidor médio não é inocente para tratar essas expressões como verdade absoluta, cabendo a cada um deles opinar diante das variedades de produtos e serviços existentes no mercado.

3 CONTROLE LEGAL E ADMINISTRATIVO DA PUBLICIDADE NO BRASIL

Iniciamos este capítulo, destacando a função principal do controle publicitário nas palavras de Sergio Rodrigo Martinez, para ele:

[...] tem-se que a função do controle é genericamente verificar a regularidade dos conteúdos dos atos publicitários, atuando para que as ocorrências lesivas sejam rapidamente sanadas, evitando sempre maiores danos aos consumidores e buscando a reparação daqueles efetivamente lesados. (MARTINEZ, 2006, p. 13).

Na doutrina brasileira, há o reconhecimento da existência de um sistema misto de controle exercido pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) e pelo Código de Defesa do Consumidor, em vista disso Nelson Nery Junior confirma tal entendimento "Temos assim, um sistema misto, que nos parece ideal, de controle da publicidade: controle legal (CDC) e controle privado (CONAR). As duas formas de controle sobrevivem e são compatíveis entre si." Enfim, nota-se que o sistema privado e o público, ambos se complementam, protegendo ainda mais o consumidor diante das publicidades ilícitas.

O sistema privado exercido pelo CONAR, cuja natureza jurídica é de direito privado, criado por empresas publicitárias, tem como principal finalidade aplicar o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária para coibir a publicidade ilícita no Brasil e buscar o controle ético na publicidade conforme o seu estatuto.

O seu controle é apenas auxiliar, sendo que poderá aplicar algumas penalidades previstas no artigo 50 do Código Brasileiro de Autorregulamentação, para desestimular a publicidade desleal, são elas: advertência, recomendação para alterar ou corrigir o anúncio, recomendação aos veículos para que sustentem a divulgação do anúncio, e por último a divulgação da posição do CONAR com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, através de veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas.

Por consequência essas medidas não obrigam o agente, pois não é dotada de coerção. Além do mais, suas regras só vinculam aqueles que se filiam ao CONAR, por se tratar de um contrato formado por agentes publicitários, veículos e anunciantes.

Mas quando o assunto é publicidade enganosa ou abusiva, o sistema privado necessita do controle estatal e de sua coerção para o seu controle, uma vez que não é dotado de tal poder para obrigar os anunciantes e veículos a cumprirem a sua decisão.

O sistema público é composto por diversos órgãos administrativos e judiciais, dentre eles está o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON que visa à aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor.

O PROCON tem um importante papel nessa questão, pois é ele quem fiscaliza o mercado, possui competência para aplicar sanções administrativas, pode propor ações coletivas ou atender às reclamações individuais diante da publicidade ilícita, além de ministrar palestras para educar e conscientizar os consumidores, todavia, para suspender a veiculação de uma publicidade deve recorrer diretamente ao Poder Judiciário.

Sendo assim, a publicidade não pode ser censurada e sim fiscalizada e controlada para evitar abusos e desvios de condutas, o qual pode desequilibrar a relação de consumo, evitando a publicidade desleal no mercado. Com isso, necessita do sistema misto de controle favorecendo e protegendo cada vez mais o direito do consumidor.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DO FORNECEDOR E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

O anunciante, a agência e o veículo detêm responsabilidade objetiva, como optou o Código de Defesa do Consumidor (por interpretação analógica art. 12, caput, art. 14, caput, e

art. 23) e solidária como determinado em seu art. 7º, parágrafo único, “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

Para a comprovação do dano, em regra, a realização da prova fica a encargo de quem alegou o fato. Mas, diante da publicidade enganosa o critério é diferente, sempre haverá a inversão do ônus da prova de acordo com o art.38 do CDC, cabendo ao fornecedor quem as patrocina o ônus de provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária.

É possível que o fornecedor não seja responsabilizado pelo evento danoso, desde que fique provado causa excludente de responsabilidade, nesse raciocínio, Claudia Lima Marques especifica:

[...] é necessário ter em vista que o CDC institui presunção de culpa do fornecedor, por ter feito veicular publicidade enganosa. Estava ele proibido de fazer publicidade enganosa, e o fez. Logo, só se exonerará se provar o caso fortuito, isto é, que uma situação externa a sua vontade, à de seus auxiliares (agência, publicitário contratado etc.), imprevisível e irresistível, tornou a publicidade enganosa. Trata-se, portanto, de uma presunção quase absoluta de culpa, que inverte o ônus da prova, como bem dispõe o art. 38 do CDC. Efetivamente, o ônus de provar que a publicidade não é enganosa, que as informações estão corretas (ou houve caso fortuito) cabe àquele que patrocinou a mensagem publicitária suspeita de ter induzido em erro os consumidores. (MARQUES, 2005, p. 806)

Aliás, convém distinguir a inversão do ônus da prova previsto no art. 38 do CDC, sendo esse de automático diante da publicidade enganosa, com a inversão do art. 6, inciso VIII do CDC, a qual o consumidor poderá invocar para facilitação da defesa de seus direitos no processo civil, mas ficará a critério do juiz mediante análise de cada caso concreto quando for verossímil a alegação ou for o consumidor hipossuficiente, trazendo um ônus impossível ou de excessiva dificuldade de cumprir o encargo, aplicando-se subsidiariamente ao art. 373, §2º do Novo Código de Processo Civil.

Consequentemente é interessante abordar o princípio da vinculação da mensagem publicitária, estipulado no art. 30 do CDC, em que toda informação ou publicidade veiculada com relação a produtos e serviços, obriga o fornecedor que a fez veicular a celebrar o contrato, e caso descumpra devido a força vinculativa da oferta, o CDC prevê a possibilidade de fixar multas ou *astreintes* (art. 84 CDC).

Mas se o fornecedor se nega a cumprir à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá escolher alternativamente, as seguintes opções como preceitua o art. 35, e seus incisos do CDC:

Art. 35. 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.

Apesar disso, se for um erro comum que pode ser facilmente identificado pelo homem médio presente no anúncio publicitário, segundo o princípio da boa-fé objetiva, por falta de dolo, não deve ser considerado a fim de evitar o enriquecimento ilícito por parte do consumidor que pode se aproveitar da circunstância.

Além disso, as informações na publicidade devem ser corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam (art. 31, CDC), desta forma o anúncio publicitário tem que estar completo para atender as necessidades dos consumidores facilitando a sua compreensão.

A publicidade irregular pode ser sancionada através de medidas administrativas com multa e/ou contrapropaganda, conforme dispõe artigo 56, incisos I e XII e art. 60.

A contrapropaganda ou a contrapublicidade é cabível toda vez que o anunciante incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, deste modo estabelece o art. 60, “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”.

Não obstante, a contrapublicidade terá que ser divulgada da mesma forma, frequência, dimensão no mesmo veículo, local, espaço e horário para que seja capaz de desfazer ou atenuar o malefício da publicidade enganosa ou abusiva, de modo que atinja as mesmas pessoas (art. 60, § 1º).

O Código não somente se preocupou com a publicidade ilícita no âmbito civil e administrativo como também criminalizou em seus artigos, quem faz ou promove a publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva, é punido com detenção de três meses a um ano e multa (art. 67, CDC), e do mesmo modo nos artigos 66 e 68.

O artigo 66 do estatuto consumerista remete a publicidade enganosa, sua consumação decorre de “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”, capaz de induzir o consumidor a erro, cuja pena é

detenção de três meses a um ano e multa e na modalidade culposa, detenção de um a seis meses ou multa.

Já o artigo 68, é uma forma mais grave de punição, tratando de publicidade abusiva, na modalidade de induzir o consumidor a se comportar de forma diversa ou prejudicial a sua saúde ou segurança, cuja pena é detenção de seis meses a dois anos e multa, comparada a pena do art. 66 e art. 67.

Em resumo, essas medidas visam através da aplicação de pena (detenção e/ou multa) frear a publicidade ilícita, mediante a imposição da contrapublicidade para remediar os danos e prejuízos já causados, buscando reduzir os efeitos da publicidade anterior, respondendo na área cível e criminal, diante da possibilidade do anúncio irregular afetar os consumidores, colocando em risco a saúde, vida e segurança como também a própria economia.

CONCLUSÃO

A publicidade está vinculada com a liberdade de expressão, uma garantia protegida pela Carta Magna, desde que respeite os limites éticos e constitucionais e ao Código de Defesa do Consumidor.

Porém, diante dos efeitos que o anúncio publicitário cria no ser humano, isto é, a necessidade de consumir, a busca por satisfazer um desejo, adquirir aquele produto ou serviço que na maioria das vezes nem precisamos, utilizando de artifícios para atrair, através de músicas, artes visuais e de mensagens, criando uma falsa perspectiva, cujo objetivo é o consumo em massa é que pode ocasionar a publicidade enganosa e abusiva.

No qual comportamentos são modelados, atingindo não só aqueles que têm condições financeiras para tanto, como a classe mais baixa, e diante do sentimento que a publicidade aflora nas pessoas, e somente com o ter é que essas pessoas serão mais aceitas, é o que ocasiona o superendividamento e constantemente diante dessa alienação muitos optam pela violência.

Aliás, o próprio Código de Auto-Regulamentação Publicitária, em seu art. 7º, evidencia a influência que a publicidade exerce na ordem cultural sobre grandes massas da população.

E como sendo a proteção do consumidor fundamento da ordem econômica, o Código de Defesa do Consumidor, tipificou como crime a publicidade enganosa e abusiva, para evitar o desequilíbrio na relação de consumo, pois a publicidade ilícita atinge a todos diretamente, e o anúncio antiético é ruim tanto para o consumidor vulnerável, o qual sai prejudicado,

afetando também os fornecedores em consequência da publicidade ilícita favorecer a concorrência desleal no mercado.

Logo se verifica a importância de um controle na publicidade, empenhando em ter como base a ética e a verdade, além de observar os princípios estabelecidos no Código Defesa do Consumidor e na Constituição Federal, diante da exposição constante do consumidor as práticas comerciais, desde o ato de ligar a TV ou até mesmo ao caminhar pela rua, de modo a obrigar o fornecedor a trazer informações claras e de fácil entendimento, ou obrigando-o a cumprir o que fez veicular independente da verificação de boa-fé, assim como a reparar os danos ocasionados pelo anúncio, sempre visando a proteção da parte mais vulnerável na relação consumerista.

Diante disso, o consumidor para exercer sua liberdade de escolha e para que não seja facilmente enganado, necessita ter conhecimento de seus direitos básicos, conscientizando-os através da mídia e das redes sociais juntamente com o PROCON, e também enfatizar a utilidade de uma disciplina com base nesses direitos nas grades escolares com o intuito de que os consumidores tenham seus valores pessoais e os seus direitos protegidos.

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.p. 290.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 20 jun. 2017.

CDC- **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078/ 98. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

CONAR. **Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária**. Disponível em: < <http://www.conar.org.br>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

FADEL, Marcelo Costa. **Breves Comentários ao Código de Auto-Regulamentação Publicitária do CONAR**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FILOMENO, José Geral Brito. **Curso Fundamental de direito do consumidor**. -2. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A Publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

JUNIOR. Nelson Nery. **O regime da publicidade enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MAGALHÃES, Simone Maria Silva. **O consumidor frente à publicidade enganosa e/ou abusiva: a importância da tutela jurídica**. S.l.: Revista Jus Navigandi. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/47019/> >. Acesso em: 22 abr. 2017.

MARQUES, Claudia Lima: **o novo regime das relações contratuais**. 5.ed.rev. atual. e ampl. incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. – (Biblioteca de direito do consumidor).

MARTINEZ, Sergio Rodrigo. **Estrutura Orgânica do Controle da Publicidade de Consumo no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINEZ, Sergio Rodrigo. **O Ambiente Conceitual da Publicidade de Consumo e de seu Controle no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. -6.ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor** / Rizzatto Nunes. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PROCON-SP multa Empiricus. **Fundação Procon – SP**. Disponível em: < http://www.procon.sp.gov.br/noticia.asp?id=5841&fbclid=IwAR3zmBPVvmCf_b8fU6E7WwjTyetzhWeAZ1dAFrf2zY2dj6tE4ruhDjcSmNc >. Acesso em: 04 abr. 2019.

SANTOS, Davi Severino dos. **A regulação jurídica da publicidade na sociedade de consumo**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 64, 1 abr. 2003. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/4004> >. Acesso em: 26 jul. 2017.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **Influência da publicidade na relação de consumo. Aspectos jurídicos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 261, 25 mar. 2004. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/4982> >. Acesso em: 29 jul. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual** / Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves. – 3. ed. –Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014.