



PUBLICIDADE ILÍCITA: UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Maryane Caroline Pedroza de Almeida¹

Laiz Mendes Souza e Melo²

RESUMO

Em 11 de setembro de 1990 foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, instituindo, no ordenamento jurídico brasileiro, uma política nacional para regulamentar as relações de consumo. Entretanto, às vésperas desse diploma legal completar 30 anos, o consumidor, por ser vulnerável, é constantemente ludibriado em tais relações. Assim, a partir de uma metodologia de estudo documental e pesquisa bibliográfica, o presente artigo tem por objetivo estudar as formas ilícitas de publicidade, sejam elas enganosas, abusivas ou mascaradas, e como interferem nas relações com o consumidor na atual era da informação digital.

Palavras-chave: Defesa do consumidor. Proteção. Vulnerabilidade. Publicidade ilícita.

1 INTRODUÇÃO

¹ Graduanda em Direito pela Universidade de Pernambuco, estagiária da Defensoria Pública da União e membro do Diretório Acadêmico 6 de Março.

² Graduanda em Direito pela Universidade de Pernambuco e estagiária do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

A aceleração tecnológica provoca, constantemente, inúmeras transformações que acompanham o indivíduo ao longo da sua evolução, gerando diversos impactos tanto no cenário histórico e social, como também no cenário jurídico.

Na atual era da informação digital, a publicidade apresenta-se como um recurso fundamental nas relações de consumo, sendo um reflexo das inovações tecnológicas relacionadas às novas formas de comunicação. Assim, a publicidade pode ser entendida como um instrumento que estimula o interesse dos consumidores acerca de determinados bens ou serviços, como também induz ao seu consumo.

O ordenamento jurídico brasileiro consagra a proteção aos direitos do consumidor como um dos princípios essenciais da ordem econômica, além de reconhecê-la como um direito fundamental, isto é, como cláusula geral de proteção à pessoa humana.

Em vista disso, o Código de Defesa do Consumidor além de se manifestar como uma tutela específica contra a publicidade enganosa e abusiva, tem como um de seus princípios basilares o da transparência ou confiança, no qual a informação, no âmbito jurídico, tem dupla face: o dever de informar do fornecedor e o direito de ser informado do consumidor, parte mais vulnerável desta relação.

Assim, considerando a atual sociedade consumerista, muitos fornecedores, na tentativa de captar cada vez mais consumidores, investem de forma intensa e criativa na atividade publicitária de seus produtos e serviços. Contudo, o problema está no modo como a publicidade é veiculada para atrair o público, uma vez que o fornecedor, preocupado em oferecer o melhor produto ou serviço do mercado, anuncia informações enganosas, falsas ou omite informações relevantes, e, até mesmo, exhibe publicidade de caráter abusivo, discriminatório e desrespeitoso.

Ressalta-se que o ilícito publicitário não se esgota nas modalidades enganosa e abusiva, podendo também ser visualizado de forma mascarada, também chamada de clandestina, simulada ou dissimulada.

O presente artigo se propõe a fazer uma reflexão acerca da publicidade e da sua interferência nas relações de consumo, tendo em vista a relevância social da matéria. Inicialmente, será feita uma breve análise sobre a sistemática da sociedade contemporânea, demonstrando as mudanças no quadro histórico, social e econômico decorrentes do crescimento do mercado de consumo.

Na sequência, o estudo irá perpassar o conceito de publicidade ilícita e, avançando, a discussão será voltada à distinção das modalidades de publicidade enganosa, abusiva e

mascarada. Por fim, serão abordadas as sanções estabelecidas em lei como forma de penalizar o responsável pelos danos causados ao consumidor pela veiculação de publicidades ilícitas.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor, revela-se como um instrumento indispensável para a proteção do consumidor frente às tentativas dos fornecedores de burlarem as disposições legais que asseguram uma publicidade responsável, clara e confiável.

2 BREVE ANÁLISE ACERCA DA PUBLICIDADE ILÍCITA

A sociedade contemporânea, principalmente após o advento da Revolução Industrial, é marcada pela alta propensão ao consumo. Assim, à medida que a sociedade evolui, a necessidade pela aquisição de bens e serviços se intensifica, estimulando, cada vez mais, a economia mundial. Essa realidade motiva fornecedores e empresários a utilizarem as mais variadas formas de divulgação dos seus produtos e prestações de serviços, valendo-se, inclusive, de publicidades ilícitas com vistas a atrair consumidores, o que acarreta inúmeras implicações ao cenário jurídico.

Na pós-modernidade, estão presentes, constantemente, diversos tipos de apelos publicitários. Nesse contexto, os meios de comunicação de massa aparecem como instrumentos que visam influenciar e manipular o consumidor, condicionando-o a realizar certo comportamento. Muitas dessas condutas são irregulares, ilegais e se dirigem, sobretudo, às grandes populações, salientando a existência de um alto grau de lesividade, abusando da boa-fé dos consumidores e acarretando-lhes prejuízos de diversas ordens. (SILVA, 2013, p. 79).

Nessa perspectiva, é possível observar que o Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de proteger o consumidor de práticas ilícitas, por vezes, empregadas na atividade publicitária, estabeleceu, em seu artigo 37, caput, que é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. Ademais, além das espécies expressamente reconhecidas em lei como proibidas, a publicidade ilícita também pode ser examinada sob a forma mascarada, nos termos do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor.

Compreende-se, assim, que a publicidade ilícita é aquela realizada em desconformidade com a legislação consumerista brasileira, violando direitos básicos do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, e, sobretudo, desrespeitando princípios constitucionais como a Dignidade da Pessoa Humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 e consagrada como fundamento basilar da República Federativa do Brasil.

Desta forma, delimitando o campo de atuação do presente artigo ao ilícito publicitário, verifica-se que a publicidade enganosa, abusiva ou mascarada, por afastarem-se da legalidade perante o ordenamento jurídico brasileiro, provocam lesões aos direitos conquistados pelo consumidor há quase trinta anos.

Por esta razão, as lesões decorrentes da publicidade ilícita precisam ser juridicamente analisadas e distinguidas, demonstrando a importância de uma proteção jurídica específica em favor da parte vulnerável da relação consumerista, que é o consumidor.

2.1 Publicidade enganosa

O Código de Defesa do Consumidor traz, no artigo 37, §1º, que é enganosa a publicidade capaz de induzir o consumidor em erro, podendo ser referente à natureza, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço, característica e quaisquer outros dados sobre os produtos e serviços ofertados. Isso significa dizer que a publicidade enganosa se enquadra em qualquer modalidade de informação ou comunicação falsa, de caráter publicitário, veiculada propositalmente para ludibriar o consumidor.

A falta de informações claras e precisas na publicidade pode afetar negativamente a liberdade de escolha do consumidor. A ambiguidade na mensagem pode gerar algum tipo de confusão em seu destinatário, fazendo-o acreditar que determinado produto possui qualidades que em verdade não tem ou, até mesmo, omitindo informações essenciais para a qualificação de dado serviço. Nesse sentido, entende-se que o erro provocado nem sempre ocorre por conta de uma informação distintamente veiculada, mas também na omissão de informações fundamentais do produto ou serviço, como afirma o artigo 37, §3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, a publicidade enganosa, conforme exposto pela própria norma, pode ocorrer tanto de forma comissiva, ou seja, por uma ação direta do fornecedor, quanto de forma omissiva, quando se apresenta pela ausência de um elemento tido como essencial, para que a relação de consumo se concretize.

Nesta perspectiva, como forma de tornar o tema mais elucidativo, Bessa e Walter (2014, p. 157-158) esclarecem, acerca da publicidade enganosa por omissão, que:

A publicidade enganosa por omissão (na qual falta informação essencial – art. 37, § 3º, CDC) pode ser exemplificada quando um televisor é vendido a um preço promocional, no entanto, para funcionar, dependerá da utilização de um determinado

acessório que deverá ser adquirido a parte. Ora, se o funcionamento do bem depende de outro equipamento “X”, por dever de veracidade (e até honestidade) o fornecedor deve disponibilizá-lo no mercado em condições plenas de uso, isto é, incluindo-o no preço pago pelo consumidor. Para ser claro, o televisor deveria ser anunciado assim: vende-se TV que não funciona, exceto se você adquirir o equipamento X.

Por fim, ressalta-se também que para enquadrar a publicidade como enganosa não é necessário analisar o elemento subjetivo do fornecedor, por se tratar de responsabilização objetiva. Significa dizer que a prática desse tipo de publicidade ilícita poderá ser questionada em juízo independentemente da aferição de culpa do agente causador do dano. (SPERANZA, 2017, p. de internet).

2.2 Publicidade abusiva

O Código de Defesa do Consumidor dispõe ainda acerca da publicidade abusiva que embora seja frequentemente utilizada como sinônimo do tipo enganoso, há diferenciação por parte da doutrina. Segundo o artigo 37, §2º, do mencionado diploma legal, é abusiva a publicidade discriminatória de qualquer natureza que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, bem como seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Por veicular mensagens que atentem contra valores não apenas individuais, mas da sociedade e sua concepção de cidadania, a forma abusiva, também faz parte do rol de publicidades ilícitas trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Deve-se atentar que a lista de valores protegidos no §2º, do artigo 37, do referido diploma legal é exemplificativa, ou seja, não é taxativa, admitindo que outras situações que não estão elencadas no dispositivo normativo, mas, porventura se enquadrem em tais características, recebam o mesmo tratamento legal.

Discriminação de qualquer natureza, incitação à violência, entre outros comportamentos destrutivos, são critérios bastante amplos que permitem grande margem interpretativa. Dessa maneira, como forma de minimizar essa extensa gama de entendimentos, a doutrina aponta alguns critérios para auxiliar ou definir quando uma mensagem publicitária atinge ou não valores sociais.

Nesse sentido, Bessa e Walter (2014, p. 159) disciplinam que o julgamento de uma publicidade não pode ser feito tão somente pelo ponto de vista pessoal de quem a avalia, sendo

necessário levar em consideração que no meio social convivem pessoas de diferentes idades, culturas, opções religiosas e políticas. Entretanto, como a definição de abusividade dependerá da percepção e valores individuais, nem sempre haverá consenso sobre sua ilicitude.

Nota-se, portanto, que a publicidade abusiva comporta uma dimensão subjetiva que dificulta a sua identificação na prática, dependendo do aplicador do direito, à luz da legislação, princípios fundamentais e proteção ao consumidor identificá-la e aplicá-la de forma coerente no caso concreto.

Assim, a publicidade abusiva equipara-se ao abuso de direito, visto que se veste de um manto de falsa legitimidade para violar direitos dos consumidores e da sociedade ao extrapolar os limites estabelecidos pela lei. Ainda, há de se ratificar que os conceitos de publicidade enganosa e abusiva não se confundem, podendo uma publicidade ser perfeitamente honesta no que se refere à sua veracidade, e ainda sim ser ofensiva a qualquer valor social, ou moral. (SPERANZA, 2017, p. de internet).

2.3 Publicidade mascarada, clandestina, simulada ou dissimulada

O artigo 36, caput, do Código de Defesa do Consumidor, determina que a publicidade deve ser veiculada de forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Trata-se da vedação, por ilicitude, da publicidade mascarada, ou seja, a transmissão intencional de informações que não parecem publicitárias, mas são.

Isso significa dizer que a publicidade simulada é aquela que procura esconder o seu caráter de propaganda. Nessa perspectiva, Tartuce e Neves (2016, p. 308) fazem um paralelo entre tal forma publicitária e a simulação, vício social típico do Direito Civil (artigo 167 do Código Civil), pois, nos dois casos, há uma discrepância entre a vontade interna e a vontade manifestada, isto é, entre a aparência e a essência.

O supracitado artigo 36, caput, do Código de Defesa do Consumidor, determina que os anúncios publicitários têm que ser claros e passíveis de identificação imediata pelo consumidor, e este deverá ter ciência de que está sendo exposto a uma mensagem comercial. Este aspecto é importante para que o consumidor não confunda o conteúdo jornalístico, por exemplo, com a publicidade, bem como que não seja induzido a pensar que eventual conteúdo apresentado na mídia como a manifestação de personalidade, ao recomendar o uso de um produto, por exemplo, corresponda à verdadeira opinião desta pessoa.

É bastante comum os meios de comunicação misturarem a publicidade com filmes, novelas, reportagens, de modo que o consumidor se torna um alvo mais frágil para as metas dos

anunciantes. A prática estabelecida no exemplo acima é conhecida como merchandising e ocorre com frequência no Brasil. Hoje, na era da informação digital, é comum que influenciadores digitais, nas redes sociais, anunciem produtos ou serviços como se fosse uma opinião pessoal, quando em verdade se trata de uma estratégia de marketing para vendas. A lei só admite o seu uso se houver a fácil e imediata identificação de que se trata de uma publicidade, devendo, também, ser incluída tal informação nas publicações virtuais.

São exemplos, ainda, de publicidade simulada a inserção, em jornais e periódicos, de propaganda com aparência externa de reportagem, ou a subliminar, captável pelo inconsciente, mas imperceptível ao consciente. (NEVES; TARTUCE, 2016, p. 308).

Ademais, evidencia-se que esse tipo de publicidade possui várias designações: mascarada, clandestina, simulada ou dissimulada, tendo em vista que a legislação consumerista não a nomeou especificamente, cabendo à doutrina fazê-lo.

Por fim, é válido ressaltar que as publicidades ilícitas representam uma ofensa à ordem jurídica brasileira, sendo possível, no caso de desrespeito aos artigos 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor, a aplicação de sanções estabelecidas em lei que visam proteger os consumidores.

3 SANÇÕES LEGAIS ÀS PUBLICIDADES ILÍCITAS: FORMAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Examinadas as modalidades de publicidade ilícita, faz-se pertinente proceder à análise das sanções legais cabíveis no caso de veiculação desse tipo de atividade publicitária. As referidas sanções podem ser aplicadas na esfera administrativa, civil e penal, conforme será verificado ao longo deste capítulo.

No âmbito administrativo, sem prejuízo às penas de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas, as infrações às normas de defesa do consumidor ficam sujeitas às sanções definidas nos termos do artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor. São elas: multa; apreensão do produto; inutilização do produto; cassação do registro do produto junto ao órgão competente; proibição de fabricação do produto; suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; suspensão temporária de atividade; revogação de concessão ou permissão de uso; cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; intervenção administrativa e imposição de contrapropaganda.

De forma mais específica, em relação às penalidades administrativas aplicadas aos casos de publicidade ilícita, a sanção que mais chama atenção no presente estudo é a imposição da contrapropaganda. Tal sanção será cominada, segundo o artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor, quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, sempre custeada pelo infrator.

No entanto, antes de adentrar ao tema propriamente dito, faz-se necessário compreender a seguinte sanção: remoção ou sustação da publicidade. Speranza (2017, p. de internet) explica que a remoção ou sustação da publicidade é uma pena imposta pelo Poder Judiciário ou pelos órgãos extrajudiciais responsáveis, como o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), com o objetivo de retirar de circulação a publicidade danosa e evitar que esta continue causando prejuízos ao consumidor.

Retirada de circulação a publicidade, é cabível que haja a imposição da contrapropaganda. Segundo Ceneviva (1991, p. 133), a contrapropaganda é uma punição que pode ser dada ao fornecedor de bens ou serviços, que consiste na realização de uma divulgação publicitária para esclarecimento do engano ou abuso cometidos em publicidade precedente do mesmo fornecedor, sendo ela custeada pelo causador do dano.

A contrapropaganda, em consonância com o entendimento de Speranza (2017, p. de internet), vem precedida pela sustação ou remoção de publicidade, uma vez que não há razão em realizá-la se a publicidade danosa estiver em circulação produzindo seus efeitos. Para o autor, a contrapropaganda, que, formalmente, deveria receber a nomenclatura de contrapublicidade, é aplicada com o objetivo de reparar parcialmente o dano já causado.

Ademais, o § 1º do artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor prevê que a contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência, dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva. É possível compreender, portanto, pela análise do referido dispositivo legal, que a contrapropaganda, além de punir, também tem caráter educativo aos consumidores, uma vez que o infrator irá informar ao público sobre os equívocos, imprecisões e falhas presentes na publicidade.

Em relação à esfera civil, é possível destacar o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor que estabelece que a publicidade, suficientemente precisa, de produtos ou serviços oferecidos ao público, veiculada por qualquer meio de comunicação, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, integrando o contrato que vier a ser celebrado.

Assim, nos termos do artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor, se o fornecedor se recusar a cumprir a oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, judicialmente

ou extrajudicialmente, à sua livre escolha e de forma alternativa, exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

No que diz respeito ao Direito Penal, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor dedicou o Título II especificamente à análise das infrações penais contra as relações de consumo. Dentre os tipos penais que podem ser enquadrados aos casos de publicidade ilícita, destacam-se os artigos 63, 66, 67 e 68.

A tipificação do crime varia a depender da conduta realizada pelo publicitário. São elas: omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos na publicidade; 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; fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa, abusiva ou capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.

Conforme Malta (2014, p. 10-11), nos crimes de publicidade, exige-se o dolo do agente, sendo considerados como sujeito ativo tanto o anunciante quanto o publicitário. Estes, além de responderem criminalmente, respondem administrativa e civilmente, devido à independência das esferas. No que diz respeito ao sujeito passivo do delito, abarca-se a coletividade consumidora. Por fim, ressalta-se que os crimes mencionados são de ação penal pública incondicionada, com penas de detenção e multa, variando conforme o caso.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das transformações no cenário histórico, cultural e econômico, verifica-se, como reflexo da Revolução Industrial, que a sociedade se comporta de maneira cada vez mais consumista. Essa realidade se intensifica, sobretudo no Brasil, em virtude do capitalismo institucionalizado no país.

Por essa razão, o problema de investigação do presente artigo teve como substrato a publicidade na sociedade contemporânea, marcada pelo desenvolvimento econômico, bem como as suas implicações, especialmente negativas, à medida que são realizadas de forma ilícita, tanto nas relações de consumo quanto no cenário jurídico brasileiro.

O tema abordado no artigo levantou as hipóteses de publicidade enganosa, abusiva e mascarada, também conhecida como clandestina, simulada ou dissimulada e buscou evidenciar o posicionamento da doutrina, com a finalidade de esclarecer e interpretar os dispositivos legais previstos no Código de Defesa do Consumidor enfatizando a importância da proteção jurídica consumerista brasileira e a necessidade da imposição de sanções legais às violações aos direitos do consumidor.

A publicidade ilícita em desfavor do consumidor, em diversas situações, é realizada levando em consideração a vulnerabilidade inerente ao consumidor, reconhecida como um dos princípios da política nacional das relações de consumo no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

Conclui-se, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor, há quase trinta anos, defende os postulados de respeito à dignidade, saúde e segurança do consumidor, assim como a proteção de seus interesses econômicos e a utilização íntegra e correta da publicidade, baseada, principalmente nos princípios da transparência e harmonia nas relações de consumo. Dessa forma, entende-se que tal legislação de tutela específica é imprescindível para os avanços do sistema consumerista brasileiro, proporcionando equilíbrio e efetivando a necessária proteção legal, em meio a um cotidiano de desafios, sobretudo para o consumidor.

REFERÊNCIAS

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

CENEVIVA, Walter. **Publicidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MALTA, Raquel dos Santos. **A responsabilidade criminal na veiculação de publicidade abusiva**. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/RaqueldosSantosMalta.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

SILVA, Bruna Nayara dos Santos. A publicidade enganosa e abusiva e a tutela do consumidor. **Revista Jurídica da Faculdade Sete de Setembro**, Fortaleza, v. X, n. 1, p. 79-90, abr. 2013.

SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. **Publicidade enganosa e abusiva.**

2017. Disponível em:

<<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/16096/material/Publicidade%20enganosa%20e%20abusiva%20-%20Consumidor%20-%20C3%82mbito%20Jur%20C3%ADdico.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

PUBLICIDAD ILÍCITA: UNA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS BÁSICOS DEL CONSUMIDOR

RESUMEN

El 11 de septiembre de 1990 fue promulgado lo Código de Protección al Consumidor, que instituye, em el sistema legal brasileño, una política nacional para regular las relaciones com los consumidores. Sin embargo, em la víspera de este diploma legal que cumple 30 años, el consumidor, siendo vulnerable, es constantemente engañado em tales relaciones. Por lo tanto, basado em una metodología de estudio documental e investigación bibliográfica, el presente artículo tiene como objetivo estudiar las formas ilícitas de publicidad, y as engañosas, abusivas o enmascaradas, y cómo interfieren em las relaciones com los consumidores em la era actual de la información digital.

Palabras clave: Protección de los consumidores. Protección. Vulnerabilidad. Publicidad ilícita.