

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FAÇULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR

RAQUEL ROSA MAMBRIN

A PUBLICIDADE CLANDESTINA E A INFLUÊNCIA DOS *BLOGS* NOS DIAS ATUAIS

Porto Alegre

2016

RAQUEL ROSA MAMBRIN

A PUBLICIDADE CLANDESTINA E A INFLUÊNCIA DOS *BLOGS* NOS DIAS ATUAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito do Consumidor pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Dr. Bruno Miragem

Porto Alegre

2016

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu querido professor orientador, Dr. Bruno Miragem, pela paciência e incentivo durante a realização deste trabalho. Agradeço também a minha mãe, Maria Luiza Rosa Mambrin, e ao meu pai, Roberto Antônio Mambrin (*in memoriam*), que não mediram esforços para tornar possível a concretização de mais esta etapa da minha vida. A todos os amigos, em especial Amanda Sartori Grunwald, que estava sempre presente e pronta me auxiliar nas questões tanto jurídicas como pessoais, como me acalmar em diversos momentos deste percurso acadêmico. Ao meu namorado, Thomas Presotto, pelo apoio e compreensão. A minha amiga Lauren Fonseca que disponibilizou seu acesso a biblioteca para que eu pudesse escrever o presente trabalho com maior tranquilidade, além de todo o carinho e apoio. E, ainda, a todos aqueles que durante essa caminhada me ofereceram um ombro amigo ou um simples “vai dar tudo certo” em um momento de dificuldade. Meu muito obrigada!

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a publicidade clandestina e a influência dos *blogs* nos dias atuais. Partindo-se de uma análise dos princípios atinentes à atividade publicitária e das publicidades ilícitas no nosso Código de Defesa do Consumidor – CDC, busca-se examinar o instituto da publicidade clandestina, assim como delimitar quais os limites desta atividade publicitária. Posteriormente, estuda-se o direito à informação, a fim de esclarecer a eficácia e extensão do dever de informar previsto no CDC, delimitando quais são os titulares e o conteúdo deste dever. Parte-se, então, para a apreciação da responsabilidade por danos ao consumidor tanto por falsidade notória da mensagem testemunhal quanto por falsidade da publicidade testemunhal sobre o uso de produto ou serviço. Finaliza-se, o presente trabalho, com a exposição das consequências destas publicidades clandestinas, bem como o seu avanço e, em seguida, tenta-se encontrar alguma saída para uma regulamentação com maior proteção aos consumidores nestes casos, efetivando o princípio da identificação da atividade publicitária. Utiliza-se como método de abordagem o método hipotético-dedutivo; quanto à técnica de pesquisa, é apoiada na pesquisa documental em fontes primárias e na pesquisa bibliográfica em fontes secundárias.

Palavras-chave: Publicidade clandestina. Direito à informação. Princípio da identificação. Meios sociais eletrônicos. *Blogs*. Publicidade testemunhal.

ABSTRACT

This paper talks about clandestine advertising and current influence of the blogs. Starting is an analysis of the principles relating to advertising activity and illegal advertising in our Brazilian Consumer Defense Code, seeks to examine the institution of clandestine advertising, as well as define what the limits of this advertising activity. Later, studying the right to information in order to clarify the effectiveness and extent of the right to inform provided for in CDC, delimiting what are the holders and the content of this duty. Starts, then, for the assessment of liability for damage to consumers both for notorious falsity of the witness as message and for falsity of testimonial advertising on the use of product or service. In the end, this work, deals with the exposure of the consequences of clandestine advertising, as well as its advance and then tries to find some way out of regulation with greater protection to consumers in these cases, making effective the principle of identification advertising activity. It is used as a method of approach the hypothetical-deductive method and the research technique, it is supported in documentary research in primary sources and literature in secondary sources.

Keywords: Clandestine advertising. Right to information. Identification principle. Electronic social media. Blogs. Advertising witness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DISCIPLINA JURÍDICA DA PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	10
2.1 Os princípios informadores da atividade publicitária	11
2.1.1 Princípio da identificação	12
2.1.2 Princípio da veracidade	14
2.1.3 Princípio da não abusividade.....	17
2.2 Limites do Exercício da Atividade Publicitária e Publicidade Ilícita	19
2.2.1 Publicidade enganosa.....	20
2.2.2 Publicidade abusiva.....	24
2.2.3 Publicidade clandestina	29
2.2.4 Publicidade dissimulada	32
3 DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO E A PUBLICIDADE TESTEMUNHAL	34
3.1 A eficácia e extensão do dever de informar no CDC	35
3.1.1 Titulares do dever de informação no CDC.....	35
3.1.2 Conteúdo do dever de informação no CDC	43
3.2 Responsabilidade por danos ao consumidor no caso de publicidade testemunhal	45
3.2.1 Falsidade notória da mensagem publicitária.....	46
3.2.2 Falsidade do testemunho sobre o uso pessoal do produto ou serviço	48
4 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

1 INTRODUÇÃO

A publicidade disposta e regulamentada no Código de Defesa do Consumidor – CDCj é aquela que, além de tornar o produto ou serviço de conhecimento de todos, quer instigar o interesse do consumidor em adquiri-lo. Deste modo, o código pretende excluir a ideia de propaganda, onde se busca a propagação de ideias. Todavia, cumpre ressaltar a utilização equivocada da expressão “contrapropaganda”, nos artigos 56, XII e 60 do CDC, quando se refere às sanções administrativas e judiciais da publicidade enganosa ou abusiva. Sendo assim, a publicidade de que trata o CDC visa atos de consumo, excluindo qualquer outra publicidade que não tenha este fim.

Diante disso, a publicidade não tem somente a função de informar; ou seja, dar conhecimento sobre a existência de certos produtos ou serviços, bem como o local onde se pode adquiri-los, mas também se tornou, nos dias atuais, uma ferramenta muito importante no meio comercial, como um grande instrumento concorrencial que busca influenciar os consumidores a se convencerem da necessidade da aquisição de certos produtos ou da contratação de certos serviços.

Assim, como forma de coibir abusos possíveis nesta persuasão dos consumidores, o legislador fixou limites tanto na nossa Constituição Federal como no CDC para o uso da publicidade. Na Constituição Federal é importante elencar o artigo 220, parágrafo 3º, onde há restrições quanto à publicidade de produtos potencialmente nocivos à saúde e à segurança dos consumidores, ou quando o uso pressupõe estes efeitos nocivos, conforme produtos listados no parágrafo 4º do mesmo artigo. Em síntese simplória, a publicidade, de acordo com a CRFB/88 e o CDC, tem o dever de não enganar, bem como de não abusar do consumidor e, ainda, especificamente quanto aos produtos nocivos deve respeitar normatização específica, regulamentada em lei federal.

Claro que a nossa Constituição não somente impôs restrições no âmbito da publicidade, ela assegurou direitos, como o livre exercício de atividade econômica, a liberdade de expressão e de informação, visando, desta forma, uma harmonização no nosso ordenamento jurídico quanto à proteção da igualdade na relação estabelecida entre consumidor e fornecedor, levando em consideração que, salvo raras exceções, de um lado há o fornecedor com alto conhecimento e recursos para contratação de uma

empresa publicitária que irá utilizar técnicas de convencimento, que chegam ao ponto quase manipulação do receptor da mensagem, e do outro, há o consumidor vulnerável (ou em casos específicos hipervulnerável), suscetível à fácil convencimento da sua necessidade de aquisição de produto ou serviço.

Ainda, a publicidade pode ser vinculada a uma figura pública que influenciaria diretamente na decisão do consumidor, sendo estas os artistas, as pessoas públicas famosas ou os especialistas no produto ou serviço. Esta influência na decisão se dá muitas vezes somente pela vinculação da imagem da pessoa pública ou seu nome ao bem ou serviço, assim como, de forma inconsciente, o consumidor pode ser induzido, por um conceito positivo ou negativo que já possui sobre a pessoa que está sendo o transmissor da mensagem publicitária, dando, às vezes, uma falsa segurança sobre a qualidade do produto ou serviço.

Não obstante, diversas celebridades fazem publicidades, afirmando ou atestando qualidades que nem sequer sabem que são verídicas, vinculando seus nomes a produtos somente com o intuito financeiro, sem se preocupar com os consumidores. Deste modo, como a celebridade não está obrigada a participar de qualquer publicidade, caso venha a aceitar ser portadora da mensagem publicitária deverá prestar informações claras para que não venha a prejudicar terceiros.

Ora, há, nestas hipóteses, uma responsabilidade civil pelos deveres secundários da boa-fé, ou seja, o da confiança, mesmo que ela se refira à conduta de terceiro. Todavia, mesmo não sendo objeto específico do presente trabalho, se tem conhecimento da responsabilidade solidária passiva de todos aqueles que colaboraram para a divulgação da mensagem ilícita, podendo o consumidor (ou os demais enumerados no artigo 82 do CDC), à sua escolha, propor ação contra um, alguns ou todos os causadores do dano, sendo irrelevante no caso o grau de participação no dano, podendo, após analisar sua participação, ajuizar ação regressiva contra os demais culpados.

Diante do exposto, mostra-se de grande importância a pesquisa proposta neste trabalho, com o fim de que se possa delimitar a publicidade feita por celebridades, podendo se analisar a partir deste estudo qual a melhor forma de efetivar o princípio da identificação, para que o consumidor tenha a informação correta e possa tomar livre e conscientemente a decisão de adquirir o produto/serviço.

Para o devido embasamento da questão, faz-se necessário estudar as principais características dos princípios informadores da atividade publicitária, quais sejam: o princípio da identificação, o princípio da veracidade e o princípio da não abusividade, com o fim de esclarecer qual o limite desta atuação. Além disso, é imprescindível discorrer sobre as publicidades ilícitas do nosso ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, assim como a publicidade clandestina e a publicidade dissimulada, que possuem vício de identificação.

Após as breves considerações iniciais, será analisado o direito do consumidor à informação e a publicidade testemunhal, delimitando, com os titulares do dever de informação e o conteúdo deste dever, a eficácia e extensão do dever de informar no nosso CDC.

Na sequência, serão expostas considerações sobre a responsabilidade por danos ao consumidor no caso de publicidade testemunhal por falsidade notória da mensagem publicitária, assim como quando a falsidade do testemunho for sobre o uso pessoal do produto ou serviço. Por fim, será exposta a publicidade clandestina e a sua influência nos consumidores nos dias atuais, tendo em vista que atualmente ocorre com maior frequência, em razão dos avanços tecnológicos dos meios eletrônicos, como *blog* e redes sociais, por exemplo, facebook, twitter, youtube etc. Além disso, serão elencadas algumas formas de tentar efetivar o direito à informação nestas publicidades que são tão difíceis de comprovar.

A exposição irá iniciar com a apresentação das principais ocorrências e consequências destas publicidades clandestinas, bem como o seu avanço e, em seguida, com a efetiva tentativa de solucionar a problemática, que deve cada vez mais ser discutida pelos doutrinadores, com o fim de que possamos encontrar uma saída para regulamentação ou proteção dos consumidores.

Tal questão pontual, acima citada, será abordada através do método dialético, em que serão analisadas as doutrinas pertinentes sobre o tema.

Formalmente será utilizado o método monográfico, que tem como objetivo analisar um tema em todas as suas particularidades, de forma abrangente e sob diversas perspectivas, com o fim de tentar-se chegar a uma conclusão sobre o problema.

Os subsídios teóricos a serem utilizados no decorrer do trabalho serão obtidos através da documentação indireta, com a pesquisa documental em fontes primárias, como as leis e, principalmente, com a pesquisa bibliográfica em fontes secundárias, como livros, artigos e monografias.

2 DISCIPLINA JURÍDICA DA PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Antes de adentrar à exposição dos princípios atinentes a atividade publicitária e da conceitualização das publicidades existentes no nosso CDC, é necessário explicar um pouco sobre o princípio da vinculação da oferta publicitária, a fim de melhor compreender o tema. Inicialmente, é importante referir que nem toda publicidade contém uma oferta, bem como nem toda oferta é realizada por meio de uma publicidade. Há oferta pela simples exposição de produtos em vitrines, o que não caracteriza a publicidade, do mesmo modo há publicidades que sequer veiculam informações dos bens ou serviços, não a qualificando como oferta.

Partindo desta premissa, “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”¹ Assim, “a oferta publicitária reveste-se de natureza de declaração unilateral de vontade, sendo, portanto, fonte de obrigações”.² Percebe-se que o artigo abarca a vinculação da oferta tanto por meio da publicidade quanto por qualquer outro meio que for veiculada, abrangendo assim a caracterização deste princípio.

Deste modo, segundo Lucia Ancona Lopes de Magalhães:

(...) dizer que uma oferta é vinculante significa afirmar que o seu cumprimento se torna obrigatório pelo anunciante e integra os termos do futuro contrato. Para que surja, porém, esse efeito vinculante é preciso, em primeiro lugar, que a oferta seja transmitida por qualquer meio de comunicação em relação aos bens e serviços oferecidos, ou seja, pressupõe a sua exposição ao público consumidor, em segundo lugar, é imprescindível que a oferta publicitária seja suficientemente precisa.³

¹ É o que preceitua o art. 30 do CDC. (BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 15 de abril de 2016)

² DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 74.

³ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 75.

Outrossim, quanto ao último requisito mencionado acima, é o que preceitua também o artigo 31 do CDC ao dispor que “a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações 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 à saúde e segurança dos consumidores.”⁴ Assim sendo, todas as informações veiculadas na publicidade devem ser cumpridas pelo anunciante, não ensejando uma expectativa frustrada ao consumidor que vier adquirir o produto/serviço.

O CDC, deste modo, demonstrou que a publicidade não é somente um “convite para contratar” mas que obriga o fornecedor/anunciante a cumprir nos exatos termos do que foi ofertado na mensagem publicitária.⁵

Por conseguinte, quando o produto ou serviço anunciado não condizer com as qualidades ou características ofertadas, o consumidor poderá ingressar em juízo pleiteando, alternativamente ou à sua livre escolha, o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; a aceitação de outro produto ou prestação de serviço equivalente ou a rescisão do contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.⁶

2.1 Os princípios informadores da atividade publicitária

A fim de entender melhor a legitimidade das publicidades encontradas em *blogs* nos dias atuais, começar-se-á a exposição retomando algumas características essenciais sobre os princípios informadores da atividade publicitária, com o fim de compreender os direitos dos consumidores frente a esta atividade. Assim, esses princípios serão analisados para que se possa determinar qual a regularização jurídica da atividade publicitária. Cumpre somente esclarecer que será feita a análise com base nos princípios elementares da publicidade elencados por Bruno Miragem em seu livro, tendo em vista a

⁴ Art. 31 do CDC. (BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 15 de abril de 2016)

⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 76.

⁶ Artigo 35 do CDC. (BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 15 de abril de 2016)

divergência doutrinária que se apresenta quanto à exata determinação destes princípios⁷, sendo eles: os princípios da identificação, da veracidade e da não-abusividade.

2.1.1 Princípio da identificação

O princípio da identificação é encontrado no artigo 36 do CDC, que dispõe: “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”⁸ A partir deste conceito expresso na lei se pode ter noção que toda e qualquer mensagem do fornecedor deve ser clara em sua real intenção, ou seja, o consumidor não necessita de conhecimentos técnicos ou científicos para entender que aquela mensagem se trata de uma publicidade, que tem interesse econômico.

Ao se fazer uma análise simplória do mencionado artigo, denota-se que “fácil é aquilo que qualquer pessoa, ou pelo menos a grande maioria, teria a condição de perceber”⁹; todavia, “imediatamente” gera dúvida na caracterização, pois deveria ser algo instantâneo, rápido, o que dificilmente é possível se atender quando estamos tratando da publicidade oculta (clandestina ou dissimulada). Isto é, raramente se consegue informar com instantaneidade o consumidor que o que está passando é publicidade.

Antônio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa solucionam o problema com a apresentação antes do programa/novela/filme da informação que nele conterà *merchandising* de tais produtos e/ou serviços.¹⁰ Entretanto, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães se atenta ao fato de que para que haja o cumprimento efetivo deste requisito teria que se ter a certeza de que todas as pessoas estariam já ligadas no canal de TV a tempo de receber tal informação, o mesmo ocorreria no caso

⁷ Conforme dispõe Bruno Miragem em seu Livro: **Curso de Direito do Consumidor**. 5.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 244.

⁸ BRASI. **Lei 8.078** de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 14 de abr. 2016.

⁹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 111. (Biblioteca de direito do consumidor – V. 16)

¹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V. Oferta e Publicidade. In: MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev. , atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 261.

de peças teatrais, filmes, entre outros.¹¹ Diante de tal percepção, o autor sugere “a inclusão no momento efetivo do *merchandising* de informação ou do termo ‘publicidade’.”¹² Declara, ainda, não ser a forma ideal diante da situação atual do nosso País, com maioria da população analfabeta.¹³

Segundo Bruno Miragem, este princípio “trata-se de uma norma diretiva que deriva da boa-fé objetiva, estabelecendo deveres de lealdade e de transparência entre as partes.”¹⁴, sendo assim, é dever do fornecedor ao anunciar produto ou serviço fazê-lo de modo claro para que o consumidor identifique facilmente e imediatamente a publicidade, conforme refere o Código de Defesa do Consumidor.

Deste modo, importante elencar os dizeres de Bruno Miragem sobre este princípio:

Por força do princípio da identificação é que se estabelece a necessidade de distinguir em determinado veículo de comunicação, a publicidade do restante da sua programação editorial, cujo método deverá variar conforme o tipo de mídia. Assim é, por exemplo, que em televisão se utilizam as conhecidas vinhetas, em rádio há o recurso às chamadas pelos locutores, ou ao anúncio expresso de que se trata de patrocínio, e em jornal ou revista, a configuração de letras, topos e cores distintas da utilizada para o conteúdo editorial, de responsabilidade do próprio veículo de comunicação.¹⁵

É de notório conhecimento que a publicidade ao buscar o ato de consumo ou de adesão a um estilo de vida acaba por apelar no anúncio, fazendo-o ser emotivo, cômico ou até mesmo irônico.¹⁶ Ora, a finalidade é a aquisição do consumidor ao produto/serviço e para que isto ocorra com uma maior facilidade e naturalidade o anunciante mascara a finalidade da publicidade, o que resulta nas formas de publicidade que possuem vício de

¹¹ **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 111. (Biblioteca de direito do consumidor – V. 16)

¹² GUIMARÃES. Paulo Jorge Scartezzini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 112. (Biblioteca de direito do consumidor – V. 16)

¹³ GUIMARÃES. Paulo Jorge Scartezzini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 112. (Biblioteca de direito do consumidor – V. 16)

¹⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 5.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 253.

¹⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 5.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 253.

¹⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor.** Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 84.

identificação, as quais serão estudadas. Neste sentido, a “publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, mesmo o inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor.”¹⁷

Da mesma forma, Adalberto Pasqualotto refere que “(...) a mensagem é persuasiva, deve ser identificada deste logo, possibilitando ao destinatário que se previna e resista aos argumentos – ou ceda, se quiser. Em outras palavras, a lei admite o assédio honesto e declarado ao consumidor, rechaçando a clandestinidade.”¹⁸ Muito bem define Pasqualotto o princípio da identificação, sabe-se que o que se busca não é a restrição da publicidade ou fazê-la quase impossível, mas sim deixar a cargo do receptor da mensagem a escolha do que realmente quer adquirir, não manipulá-lo ou iludi-lo para tanto.

Neste sentido, afirma, por fim, Paulo Jorge Scartezini Guimarães que o consumidor “deve saber que aquelas informações que lhe estão sendo passadas contêm uma enorme parcialidade de opinião, já que feitas pela pessoa que pretende vender o bem ou serviço.”¹⁹ Assim, fica a cargo do consumidor a decisão de sua aquisição, sendo, desta forma, primordial o princípio da identificação para uma livre escolha.

2.1.2 Princípio da veracidade

O princípio da veracidade encontra-se no parágrafo único do artigo 36 do CDC que afirma “o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.”²⁰ Conforme Bruno Miragem, “este

¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 337.

¹⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 84.

¹⁹ **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. – (Biblioteca de Direito do Consumidor; v. 16) – p. 110.

²⁰ BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 15 de abril de 2016.

princípio é reconhecido por majoritária doutrina, constituindo uma das bases do regime jurídico da publicidade no CDC, e associado ao direito à informação do consumidor. ”²¹

O princípio da veracidade visa a garantir a obrigatoriedade do fornecedor em prestar, em sua publicidade, informações corretas sobre o produto/serviço, o qual esta anunciando. Obviamente que não está se exigindo do fornecedor uma neutralidade ou isenção em sua publicidade, sabe-se que ele está buscando um ato de consumo (finalidade econômica), contudo, se faz necessário obedecer ao dever de lealdade que decorre do princípio da boa-fé.²² Ou seja, as informações veiculadas na publicidade devem condizer com a realidade, devendo o fornecedor ter provas de tudo aquilo que veicula em seu anúncio. Alerta-se, ainda, quanto aquelas informações que o CDC já elenca como essenciais, isto é, as que devem ter ampla divulgação ou as que devem ser restringidas sua publicidade.²³

Paulo Jorge Scartezini Guimarães elenca este princípio, o princípio da não-enganosidade e o princípio da transparência da fundamentação da publicidade como subprincípios do princípio da lealdade que “em termos gerais, é o respeito que a publicidade deve ter em relação ao consumidor e à concorrência.”²⁴ Ainda, Antônio Herman Benjamin denomina o princípio da veracidade como sinônimo do princípio da transparência da fundamentação.²⁵

A preocupação do CDC em informar corretamente sobre o produto/serviço é prevista mais de uma vez, como se denota do artigo 6º, inciso III ²⁶, que dispõe dos

²¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 248.

²² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 248.

²³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5.ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 248.

²⁴ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 114. (Biblioteca de direito do consumidor – V. 16)

²⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 339.

²⁶ **Art. 6º** - São direitos básicos do consumidor: (...) **III** - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. (BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 18 de abril de 2016)

direitos básicos dos consumidores e do artigo 31²⁷ que declara o mesmo sobre a oferta e a apresentação de produtos ou serviços.

Cumpra ressaltar que neste princípio o que interessa é o conteúdo da mensagem e não a sua identificação clara e imediata como mensagem publicitária, que é o que preceitua o princípio tratado anteriormente. Sendo assim, “o anunciante deve munir-se previamente de todos os elementos capazes de demonstrar a correspondência das afirmações publicitárias com as qualidades efetivas do produto, possibilitando a verificação da idoneidade técnica e científica dos dados fáticos.”²⁸ No mesmo sentido, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin refere que “sempre que o anunciante faz uma afirmação, o consumidor, automaticamente, imagina que ele tem uma base material para assim proceder. E a lei não pode permitir a ninguém anunciar um produto ou serviço sem antes ter recolhido dados objetivos que deem sustentação ao que alega.”²⁹

Nesta perspectiva, o fornecedor que anuncia o produto ou serviço veiculando falsas informações sobre as características destes pode acabar por induzir o consumidor ao erro, qualificando tal ato como publicidade enganosa, o que pode ser também por omissão de dados essenciais do produto/serviço. Neste contexto, importante mencionar os dizeres de Lucia Ancona Lopes de Magalhães Dias:

Esse princípio também tem por conteúdo evitar que o consumidor destinatário da mensagem, seja, *por qualquer outro meio*, enganado, inclusive pela omissão de dados essenciais do produto ou serviço ou mesmo pela veiculação de publicidades ambíguas ou ocultas, ainda que somente sejam divulgadas informações verdadeiras em tais publicidades. Assim, se houver indução ao erro dos consumidores acerca de qualquer dado do produto anunciado, mesmo que tal indução não resulte de uma falsa informação, haverá violação ao princípio da veracidade. O critério a

²⁷ **Art. 31** - A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações 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 à saúde e segurança dos consumidores. (BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 18 de abril de 2016)

²⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1997, p. 98.

²⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 337.

ser adotado é sempre o do engano do consumidor atingido pela publicidade (e não propriamente o da falsidade).³⁰

Outrossim, poderá haver enganabilidade sem o anunciante ter veiculado falsas informações, sendo ela a enganabilidade por omissão. Por outro lado, poderá não ter enganabilidade quando o anunciante veicula publicidades que instigam o consumidor com apelos emocionais ou fantasiosos, o que são claramente percebidos por eles e, deste modo, não se caracteriza como publicidade enganosa.

Ademais, o princípio da veracidade está diretamente ligado à publicidade testemunhal, pois o testemunho (da celebridade ou de um especialista) deve condizer com a realidade, isto é, o fornecedor deverá coletar todas as informações que comprovem o testemunho da celebridade ou especialista a respeito do produto/serviço.³¹ Do mesmo modo, é o que se espera da publicidade comparativa, ou seja, o fornecedor poderá utilizá-la, com o fim de informar aos consumidores sobre os produtos ou serviços; contudo, não para induzi-los a erros sobre as qualidades de certos produtos ou serviços.³²

2.1.3 Princípio da não abusividade

O princípio da não abusividade é encontrado no parágrafo 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, o qual proíbe toda e qualquer publicidade abusiva. Denota-se, da leitura do dispositivo, que o legislador elencou um rol exemplificativo de possibilidades de caracterização da publicidade abusiva, desta forma o presente parágrafo “institui para as relações de consumo o princípio geral da não abusividade ao vedar qualquer forma de publicidade que atente contra os valores éticos e morais da sociedade, em desrespeito ao consumidor, ou que possa induzi-lo a se comportar de forma prejudicial a sua saúde e segurança”³³

³⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 72.

³¹ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 73.

³² DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 74.

³³ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 87.

Este princípio consubstancia a proibição da publicidade abusiva, restringindo, deste modo, o exercício da publicidade, coibindo àquela discriminatória de qualquer natureza, que incite à violência, que explore o medo ou a superstição, que se aproveite do julgamento ou experiência da criança, que desrespeite valores ambientais ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde ou segurança.³⁴ Sendo assim, o presente dispositivo legal traz possibilidades de caracterização da publicidade abusiva; todavia, não é um rol exaustivo, devendo o juiz singular, no caso concreto, analisar a questão e decidir por abusiva quaisquer mensagens publicitárias que atentem aos princípios do nosso ordenamento jurídico.

Ainda, Lucia Ancona Lopes de Guimarães Dias afirma que o princípio da inofensividade da publicidade é um dos subprincípios do princípio da não abusividade, isto é, “objetiva evitar que, em face da publicidade, o consumidor se comporte de forma perigosa à sua saúde e segurança ou o leve a adotar atitude atentatória aos princípios básicos de convivência social ou familiar”.³⁵

A publicidade abusiva, na maioria das vezes, não afeta economicamente o consumidor, mas sim ofende os valores de uma sociedade. O interesse protegido é social, justamente para resguardar valores e costumes culturais da sociedade que irá receber a mensagem, assim sendo, caracteriza-se aqui o dano moral difuso, o qual deve ser cautelosamente ponderado pelo julgador.

Por fim, é importante destacar a dificuldade, em diversas ocasiões, de se caracterizar uma publicidade como abusiva, tendo em vista ser uma análise valorativa de um julgador singular que não poderá “confundir valores socioculturais de uma sociedade com os próprios e individuais valores do intérprete.”³⁶ A complexidade está em corretamente definir o que é legítimo como publicidade e o que está de alguma forma se tornando abusivo aos consumidores, ofendendo seus direitos, costumes, valores, entre outros.

³⁴ Conforme o disposto no artigo 37, parágrafo 2º, do CDC. (BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 18 de abril de 2016)

³⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 87.

³⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 87.

2.2 Limites do Exercício da Atividade Publicitária e Publicidade Ilícita

Após as breves considerações iniciais, passa-se, neste ponto, a análise das formas clássicas de publicidade ilícitas encontradas no Código de Defesa do Consumidor, sendo elas: a publicidade enganosa e a publicidade abusiva. Ainda, para se ter clareza sobre a problemática em questão, serão analisadas as publicidades clandestina e dissimulada, as quais possuem vício na identificação, isto é, são mascaradas por seus anunciantes.

Importante, previamente, destacar que a atividade publicitária no Brasil é restringida pelo legislador no artigo 37 do CDC, ao proibir a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, conceituando a primeira e exemplificando a segunda. Desta maneira, o exercício da atividade publicitária foi limitado, com o fim de melhor proteger o consumidor vulnerável. Assim, o que se busca não é dificultar esta atividade, mas orientá-la a ser feita respeitosamente, cuidando dos direitos dos consumidores, dos valores e costumes da sociedade brasileira. Tendo em vista que “as decisões quotidianas de compra pelos consumidores apoiam-se mais nas sensações provocadas pela publicidade do que nas concretas características dos produtos e serviços a adquirir.”³⁷

É notório que “o objetivo da publicidade de consumo no mundo globalizado é vender mais, sua finalidade específica é atrair o consumidor através dos meios de comunicação, despertando seu interesse pelo produto ou serviço anunciado e seu desejo e necessidade de compra, persuadindo-o e induzindo-o a consumir mais e assim movimentar o mercado econômico de produção capitalista.”³⁸

Ademais, com o fim meramente informativo, é necessário declarar que o direito fundamental a liberdade de expressão³⁹, preceituado na Constituição da República

³⁷ COUTO, Rute. Publicidade: Dimensão do Direito do Consumidor à informação. **Revista luso-brasileira de direito do consumo**. Curitiba: v. 3, n. 9, mar. 2013, p. 57.

³⁸ MAZON, Marília. O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva. **Revista de direito do consumidor – RDC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 20, v. 78, abr.-jun./2011, p.229.

³⁹ O que se denota pela leitura do **artigo 5º inciso IX** da Constituição da República Federativa do Brasil: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. (BRASIL. Constituição (1988).

Federativa do Brasil – CRFB, é afastado quando se trata da comunicação exercida na publicidade, porquanto o objetivo da publicidade é o ato de consumo, ou seja, estimular o consumidor a adquirir o produto/serviço. Ainda, o artigo 220 da CRFB também estabelece sobre a liberdade de expressão, informando que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.⁴⁰ Todavia, percebe-se que a leitura individualizada deste dispositivo acabaria por induzir a erro o intérprete da lei; contudo, a publicidade tem o escopo claro de influenciar na decisão do consumidor e não somente informar características para que o receptor da mensagem faça sua escolha livremente. Sendo assim, o argumento da liberdade de expressão não poderá ser utilizado para legitimar a publicidade, que claramente tem finalidade econômica.

2.2.1 Publicidade enganosa

Modalidade clássica de publicidade ilícita prevista no artigo 37 do CDC⁴¹. Nota-se que o legislador preferiu prever tipo aberto ao mencionado dispositivo, com cláusulas gerais⁴², possibilitando, desta forma, um efetivo controle de legalidade diante das mais variadas inovações no âmbito da atividade publicitária.

Esta publicidade é conceituada pelo legislador no parágrafo 1º do citado artigo como “qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de out de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 22 de abril de 2016.)

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de out de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 22 de abril de 2016.

⁴¹ **Art. 37.** É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 15 de abril de 2016.).

⁴² Cláusula geral é aquela norma jurídica orientadora. Deste modo, deixa a cargo do juiz no caso concreto a análise e criação de uma adequada solução para a questão enfrentada.

Segundo Lucia Ancona Lopes de Magalhães Dias, “a publicidade enganosa tem por efeito gerar uma distorção no processo decisório dos consumidores, induzindo-os em erro quanto às reais características do produto ou serviço anunciado ou de suas condições de contratação, seja pela inexatidão ou falsidade das informações veiculadas, seja pela omissão de dados relevantes.”.

Sendo assim, quando o artigo menciona “qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário”, ele está estendendo para tudo que possa constituir publicidade, isto é, de uma simples lista com preços dos produtos, que for remetida aos prováveis clientes, até uma grande campanha publicitária.⁴³

Diante de tais conceitos, é necessário analisar duas possibilidades de caracterização da publicidade como enganosa (comissiva), sendo elas a falsidade ou a indução do consumidor ao erro.⁴⁴

Cumprе salientar que tal diferenciação conceitual é feita pela doutrina de Adalberto Pasqualotto⁴⁵, que afirma que a publicidade falsa é aquela que não corresponde à realidade, ou seja, o produto ou serviço não condiz com a verdade e a publicidade que induz o consumidor ao erro é aquela que, mesmo não tendo intenção de enganar, acaba por levar o consumidor ao engano, podendo ser ele por diversos motivos, por exemplo, uma publicidade não clara, que não mostra o preço final do produto, anunciando sem todos os encargos do financiamento.

Deste modo, “há, portanto, falsidade quando as afirmações constantes na publicidade não guardam relação com as reais características do produto ou serviço ou com as efetivas condições de contratação anunciadas.”⁴⁶ Em se tratando interpelação judicial, o consumidor se vale da inversão do ônus da prova (regra aplicada à publicidade no CDC), cabendo, desta forma, ao fornecedor comprovar a veracidade das informações que este vinculou na publicidade suscitada como enganosa.

⁴³ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1997, p. 117.

⁴⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1997, p. 118.

⁴⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

⁴⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 110.

Cumpra salientar que nem toda publicidade falsa pode induzir o consumidor ao erro, assim, deve-se analisar com muita atenção a qualificação da publicidade abusiva. Ainda, de acordo com o já disposto acima, o legislador consumerista assumiu uma tipificação aberta para a publicidade; sendo assim, o conceito de indução ao erro se estende tanto à falsidade da informação quanto a qualquer outro meio indireto.⁴⁷

Destarte, “a lei pune não só a efetiva indução em erro (dano concreto individual), mas também a potencialidade da mensagem levar seus destinatários ao engano, como ocorre nas ações de tutela coletiva da publicidade, em que se exige apenas a demonstração do dano potencial.”⁴⁸

É necessário se caracterizar, nos pedidos de natureza difusa, o nexo de causalidade entre a mensagem e a indução em erro. Ora, mesmo não havendo exigência de comprovação de um dano efetivo, é preciso que a mensagem tenha capacidade de influenciar a vontade dos consumidores, em razão de uma omissão de informação importante ou de informação equivocada. Em vista disso, vem a análise do dano em potencial, ou seja, se a publicidade não tem o condão de levar ao erro o consumidor, ela não pode ser qualificada como enganosa.⁴⁹

Acerca do tema, convém trazer os ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho⁵⁰:

Depreende-se do conceito legal, todavia, que o elemento fundamental para a caracterização da publicidade enganosa será a sua capacidade de induzir em erro o consumidor a respeito de qualquer dado do produto ou serviço objeto da publicidade.

E o que é erro? Erro é a falsa representação da realidade. É juízo falso, enganoso, equivocado, incorreto que se faz de alguém ou de alguma coisa. Logo, será enganosa a publicidade capaz de levar o consumidor a fazer uma falsa representação do produto ou serviço que está sendo anunciado, um juízo equivocado, incorreto a respeito das suas qualidades, quantidade, utilidade, preço ou de qualquer outro dado.

⁴⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 110.

⁴⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 100.

⁴⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 102/103.

⁵⁰ **Programa de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 124-125.

A publicidade enganosa pode ser dividida em publicidade enganosa comissiva, já descrita acima, e a publicidade enganosa omissiva, que é encontrada no parágrafo 3º do artigo 37 do CDC. Para melhor elucidar a diferenciação, seguem conceitos dos dois tipos de publicidade enganosa, segundo Sérgio Cavalieri Filho:

Há dois tipos de publicidade enganosa: a comissiva e a omissiva. Na publicidade enganosa por comissão o fornecedor afirma que não corresponde à realidade do produto ou serviço, algo que não existe, capaz de induzir o consumidor a erro. [...]. Na publicidade enganosa por omissão, o anúncio deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer o que é (Benjamin, ob. cit. p. 328). Aqui há um destaque a ser feito: “na publicidade enganosa por omissão só a ausência de dados essenciais é reprimida.”⁵¹

Por conseguinte, o legislador no parágrafo 3º do artigo 37 do CDC, expressa o conceito de enganabilidade por omissão, dispondo: “a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial de produto ou serviço.”. Isto é, aquela publicidade que deixa de informar algo de fundamental relevância ao consumidor, o que acaba por induzi-lo em erro, maculando seu livre poder de decidir.⁵²

Ademais, quanto à análise da boa-fé do anunciante, doutrina majoritária⁵³ entende ser irrelevante, ou seja, a ilicitude da ação existe ainda que não se tenha a intenção de

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 126.

⁵² Conforme o disposto, segue julgado que também define a publicidade enganosa por omissão: ADMINISTRATIVO. PUBLICIDADE ENGANOSA. ART. 37, §1º, DO CDC. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELO PROCON. PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE. (...) 5. A publicidade enganosa, a luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 37, CDC), não exige, para sua configuração, a prova da vontade de enganar o consumidor, tampouco tal nefanda prática também colha que deva estar evidenciada de plano sua ilegalidade, ou seja, **a publicidade pode ter aparência de absoluta legalidade na sua vinculação, mas, por omitir dado essencial para formação do juízo de opção do consumidor, finda por induzi-lo a erro ou tão somente coloca dúvidas acerca do produto ou serviço oferecido, contaminando sua decisão**. 6. Em razão do princípio da veracidade da publicidade, fica evidenciado que a publicidade veiculada pela recorrida é capaz de induzir o consumidor a erro quanto ao preço do serviço, podendo ser considerada enganosa. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1317338/MG /Recurso Especial 2011/0275068-0**, Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorrido: Intelig Telecomunicações S/A. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão Julgador T2- Segunda Turma, Publicado em 01 de abril de 2013. Disponível em: <<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=2011%2F0275068-0+ou+201102750680&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>>. Acesso em 16 de jun. de 2016)

⁵³ Assim entendem: MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: editora revista dos tribunais, 2013, p. 253; GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A**

enganar, sendo desnecessária a análise da vontade do agente (dolo ou culpa). O fornecedor passa, então, a ter responsabilidade não somente pelo cumprimento da proposta anunciada aos consumidores, mas também frente aos danos causados a eles por publicidades enganosas ou abusivas.⁵⁴

2.2.2 Publicidade abusiva

A publicidade abusiva também tem seu conceito previsto no art. 37 do CDC, precisamente no parágrafo 2º, que dispõe: “é abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”.

Nota-se ser também um texto normativo aberto, elencando um rol exemplificativo, isto é, estendendo para as mais variadas situações da nossa sociedade, devendo ser feita análise precisa do caso concreto para caracterização da abusividade. Como se percebe, “a publicidade abusiva, portanto, é aquela que agride os princípios e valores maiores do ordenamento jurídico e que informam e permeiam a nossa sociedade.”⁵⁵

Segue diferenciação feita por Lucia Ancona Lopes de Magalhães Dias sobre os dois tipos de publicidade ilícita, previstos no CDC:

(...) a análise da publicidade abusiva, por oferecer diversos conceitos jurídicos indeterminados, os quais devem ser preenchidos pelo julgador no caso concreto à luz da peça publicitária, apresenta manejo jurídico mais sensível, tendo em vista sua possível exposição a uma maior discricionariedade e até subjetividade. Diferentemente da publicidade enganosa, cujos critérios estudados caminham para uma maior objetividade na análise da aptidão lesiva, na publicidade abusiva exige-

Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Biblioteca de direito do consumidor – V. 16), p. 195; NUNES. Rizzatto. Comentários ao código de defesa do consumidor. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, P.545.

⁵⁴ SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. **Publicidade Enganosa e Abusiva.** *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil.* São Paulo: v.12, n. 83, p. 34-62, maio/jun 2013, p. 50.

⁵⁵ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito.** 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 166.

se uma interação mais intensa do próprio julgador, que procederá a uma análise valorativa dos fatos ali colocados.⁵⁶

Cumprido salientar, ainda, que esta publicidade visa à proteção do interesse de toda a sociedade, ou seja, um interesse coletivo; desta forma, não se fundamenta a vedação legal em razão de pequenos grupos de consumidores ou de um único consumidor que se sinta lesionado. Assim, o dano moral difuso deve ser ponderado pelo julgador através dos valores e costumes culturais da sociedade receptora da mensagem, observando um parâmetro mínimo para que sustente adequadamente a sua valoração. Neste passo, certa publicidade considerada abusiva em um País, poderá, em outro, ser admitida como legal, valendo-se da diversidade sociocultural de cada sociedade.

Denota-se que a intenção do legislador aqui não é de punir a publicidade, que acaba por manipular ou induzir o ato de consumo, enganosa, mas sim, aquela que ofende os bons costumes e os valores constitucionais de uma sociedade, abusiva.

Em se tratando de conceito aberto para publicidade abusiva, se faz necessário elencar brevemente explicações sobre as hipóteses mencionadas pelo legislador na sua conceituação, conforme parágrafo 2º do artigo 37 do CDC. A primeira proibição e caracterização de abusividade da publicidade é aquela feita de forma “discriminatória de qualquer natureza”, afirmativa já prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLI⁵⁷, assim como obedecendo ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei.⁵⁸

A incitação à violência também é conduta enquadrada como publicidade abusiva e claramente vedada pelo nosso Código de Defesa do Consumidor, assim, qualquer publicidade que encoraje condutas violentas não é permitida.

⁵⁶ **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 167.

⁵⁷ **Art. 5º [...] XLI** - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de out de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 28 de mar. 2016.)

⁵⁸ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...] (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de out de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 28 de mar. 2016.)

O professor Adalberto Pasqualotto ensina, ainda, sobre as restrições de certas publicidades que podem acabar por incitar a violência, como as de armas de fogo, conforme expõe:

A publicidade de armas de fogo, por exemplo, sofre determinadas restrições, sendo objeto de Súmula nº 4 do CONAR⁵⁹: “Anúncio de armas de fogo não deverá ser emocional; não deverá sugerir que o registro do produto seja formalidade superada facilmente com os serviços fornecidos pelo anunciante; não fará promoções, não apregoará facilidade de pagamento, redução de preços, etc.; além disso, não será veiculada em publicação dirigida a crianças ou jovens e nem na televisão, no período que anteceder às 23hs até as 06hs. Deverá, por outro lado, evidenciar que a utilização do produto exige treinamento e equilíbrio emocional e aconselhará a sua guarda em lugar segura e fora do alcance de terceiros.”⁶⁰

É vedada também, no nosso ordenamento jurídico, a publicidade abusiva que explore o medo ou a superstição. Neste sentido, é reprovada toda publicidade que utilize do recurso medo para aumentar as vendas de um produto ou serviço, induzindo o consumidor para o ato de consumo, ou que se valha das crenças pessoais e até mesmo falta de conhecimento para motivar o consumidor a efetivar a aquisição, se aproveitando, assim, de sua situação de vulnerabilidade.⁶¹

Aquela publicidade que desrespeita o meio ambiente também é considerada abusiva pelo legislador, tendo em vista ser direito e dever de toda a sociedade a preservação de um meio ambiente saudável e equilibrado, conforme dispositivo constitucional.⁶² Cabe salientar que é de competência do direito ambiental a preocupação

⁵⁹ Cumpre esclarecer que o CONAR é o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, objetivou sintetizar em um Código (Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária) normas claras e simples para controle das mensagens publicitária, levando em conta a liberdade de expressão e os interesses de todas as partes envolvidas.

⁶⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 130

⁶¹ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 189.

⁶² **Art. 225** - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de out de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 29 de mar. 2016.)

com o uso de produtos que deixam resíduos danosos à ecologia, sendo de alçada do direito do consumidor a coibição de publicidades destes produtos.⁶³

Ainda, diante da condição peculiar das pessoas em desenvolvimento⁶⁴, o legislador consumerista abarcou como abusiva a publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança. Neste sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, com fundamento em seu artigo 71⁶⁵, protege a criança e adolescente de qualquer publicidade ou programa de rádio e televisão com conteúdo inadequado, diante do discernimento limitado que possuem as pessoas em desenvolvimento.⁶⁶

É de notório conhecimento a situação de vulnerabilidade das crianças e adolescentes, diante da capacidade reduzida de discernimento e de experiência e, em razão disto, é deveras necessário um tratamento especial pelo legislador, com o fim de proteger esta criança e controlar a atividade publicitária que é destinada a este público em específico. Neste sentido, a segunda turma do STJ já decidiu, em julgamento histórico, pela proibição da publicidade de alimentos dirigida às crianças, conforme REsp 1.558.086.⁶⁷

⁶³ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 135/136.

⁶⁴ Assim como preceitua o **Art. 227**. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de out de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 29 de mar. 2016.)

⁶⁵ **Art. 71**. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. (BRASIL. **Lei 8.069** de 13 de jul de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 29 de mar. 2016.)

⁶⁶ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 194/195.

⁶⁷ PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. **PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA**. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Não prospera a alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que deficiente sua fundamentação. Assim, aplica-se ao caso, mutatis mutandis, o disposto na Súmula 284/STF. 2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente "venda casada", ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC). 3. In casu, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha "Gulosos". Recurso especial improvido.(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, o legislador também caracterizou como abusiva aquela publicidade que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. Sendo assim, esta previsão se embasa no valor constitucional da vida e da segurança dos consumidores, devendo a publicidade não servir de incentivo a comportamentos perigosos ou irresponsáveis.

Vale diferenciar o tratamento que se dá a produtos perigosos por si só, ou seja, aqueles nos quais todo consumidor, notoriamente, assim os percebem. Estes não se enquadram na explicação da parte final do parágrafo 2º do artigo 37 do CDC, há tratamento especial previsto em leis ou normativas de órgãos da vigilância sanitária.⁶⁸ Aqui se busca abarcar a publicidade que acaba por vincular o produto a um uso indevido, que conclui por colocar em risco a saúde e a segurança do consumidor.

Como o conceito de publicidade abusiva no CDC é indeterminado, cumpre ao legislador a análise do caso concreto, dando, assim, interpretação extensiva do conceito às formas análogas.⁶⁹

Ademais, Lucia Ancona Lopes de Magalhães⁷⁰ sustenta a possibilidade de utilização de técnicas de sondagem (pesquisas de opinião) para determinação exata da reação dos consumidores diante de certa publicidade objeto de questionamento e, deste modo, corroborar a valoração do julgador singular no caso. Contudo, cumpre salientar que por se tratar de um meio de prova com elevado valor econômico de produção, bem como com limitações práticas de execução, pode acabar por ser inviável e, por diversas vezes, desnecessário, em razão da análise global do legislador sobre a publicidade questionada, tendo assim condições de manifestar o seu entendimento quanto à ilicitude.⁷¹

REsp 1.558.086/ SP /Recurso Especial 2015/0061578-0, Recorrente: Pandurata Alimentos Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Humberto Martins, Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Publicado em 15 de abril de 2016. Disponível em: <<<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?livre=2015%2F0061578-0&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>>. Acesso em 16 de jun. de 2016) (grifo nosso)

⁶⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 204.

⁶⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 139.

⁷⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 212.

⁷¹ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 213.

2.2.3 Publicidade clandestina

A publicidade clandestina é uma das publicidades que possui vício de identificação⁷², sendo ela conhecida também como “merchandising”. Em regra, a publicidade é claramente percebida pelos consumidores, entretanto, há, cada vez com mais frequência, aquela publicidade que visa induzir os consumidores a erro quanto à verdadeira origem e natureza das alegações transmitidas, sendo qualificada pela doutrina como modalidade mais abrangente que a publicidade enganosa. Importante referir, segundo Lucia Ancona Lopes Magalhães que:

(...) na publicidade oculta o engano a que são levados os consumidores não guarda necessariamente relação com o conteúdo material da publicidade, mas se refere, prioritariamente, ao *aspecto formal* de sua apresentação. O consumidor é induzido a erro não porque a publicidade contém informações falsas sobre características de certo produto ou serviço. Isto pode ocorrer ou não. Ponto fundamental aqui liga-se ao fato de que a natureza promocional da mensagem não resta manifestada de modo adequado e torna-se imperceptível ao destinatário médio.⁷³

Normalmente esta publicidade ocorre quando o artista consome algum produto ou utiliza algum serviço de maneira natural, alegando ser por vontade própria, não identificando como publicidade e parecendo não ter recebido qualquer remuneração por fazê-lo. Assim, a celebridade liga a sua imagem ao produto, dando uma sensação maior de confiança ao consumidor vulnerável que acredita verdadeiramente que o produto/serviço é utilizado pelo seu ídolo ou pessoa na qual possui certa admiração, ocorrendo o efeito contrário caso o consumidor não goste da figura pública que está fazendo a publicidade clandestina.

Ainda, esta publicidade pode acontecer na televisão ou no cinema (meios de comunicação), quando o artista utiliza naturalmente um produto ou serviço, expondo a

⁷² Um dos princípios fundamentais da publicidade em conjunto com o princípio da vinculação, segundo Adalberto Pasqualotto em seu livro **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 139.

⁷³ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 218.

marca deste ou qualquer coisa que o identifique, durante uma novela ou filme.⁷⁴ Ora, o consumidor acaba por ser induzido sem nem ao menos perceber o ato como publicidade do produto/serviço.

Percebe-se, claramente, que “a indução ao erro não diz respeito ao conteúdo da mensagem, mas à sua natureza, ou seja, o fim publicitário”⁷⁵, caracterizando, deste modo, como uma publicidade clandestina, por ser desleal aos demais fornecedores, tendo em vista não ser clara e nem ostensiva.⁷⁶

O CDC orienta que qualquer veiculação de publicidade deve ser de fácil e imediata identificação, bem como seguir as normas específicas caso existam.⁷⁷ Isto é, o consumidor não precisa de conhecimentos técnicos e específicos para que possa compreender a publicidade. Sendo assim, havendo o vício nesta identificação, ou seja, o anúncio não ser automaticamente caracterizado como uma publicidade, e sendo patrocinada tal mensagem, está caracterizada a publicidade clandestina, porquanto acaba por induzir o consumidor a acreditar que ali estão sendo expostas livres e lícitas manifestações de pensamentos.

Neste sentido, para que se possa caracterizar uma hipótese de publicidade clandestina deve-se analisar a finalidade da mensagem, ou seja, busca a venda de produtos ou serviços e se esta finalidade é ocultada no anúncio. Esta finalidade de venda é chamada, por Lucia Ancona Lopes de Magalhães, como a *finalidade promocional* da mensagem, isto é, visa promover o produto ou serviço, fazendo com que o consumidor queira adquiri-lo.

Por conseguinte, “um critério que facilmente revela a *finalidade promocional* de uma mensagem consiste na remuneração estabelecida em acordo entre o fornecedor-

⁷⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 87.

⁷⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 90.

⁷⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 90.

⁷⁷ Vale lembrar aqui da restrição ao uso de alguns produtos, como horário permitido para certas publicidades, entre outras.

anunciante e o veículo de comunicação. ”⁷⁸ Esta remuneração não necessita ser feita em pagamento direto, pode ela ser resultado de uma troca de vantagens entre eles.

Sendo assim, o julgador singular ao analisar o caso deverá sobrepesar e avaliar os elementos da publicidade questionada, identificando se esta finalidade é claramente notada pelos consumidores ou não, no momento em que assistem à mensagem publicitária. Cumpre ressaltar, ainda, ser necessário para esta análise, que se tenha um parâmetro de consumidor, desta forma, deve-se adotar o critério do consumidor médio.⁷⁹

É de notório conhecimento que esta publicidade tem sido expandida para outros meios de comunicação, como a introdução em sites, *blogs* e até postagens em mídias sociais de celebridades, com o fim de divulgar produtos e serviços, induzindo os consumidores à aquisição em razão da utilização e até mesmo alguns testemunhos de uso de famosos. Nesta lógica, segue manifestação de Lucia Ancona Lopes de Magalhães Dias:

(...) ao longo do tempo, os anúncios tradicionais cederam lugar àquelas mensagens nas quais não mais se explicita as características dos produtos e serviços, mas se objetiva colocar em relevo as várias situações de prazer que a aquisição do produto pode gerar, resultando no que se chama publicidade de “estilo de vida! Ou, como dizem os italianos, de “pubblicità situazionale.”⁸⁰

Ainda, cumpre salientar situação diversa da citada acima, onde é possível certa demonstração de marca a fim de caracterizar a cena ou personagem, não devendo esta ser considerada ilícita, conforme segue:

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

⁷⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 220. (itálico do autor)

⁷⁹ Conceituação dada ao consumidor padrão, aquele em que corresponde à normalidade da população, não tem conhecimentos técnicos ou específicos para o produto ou serviço disponibilizado na publicidade.

⁸⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 231/232.

enquadramento específico e reiterado dos mesmos, revelando a ausência de finalidade promocional da colocação.⁸¹

Por fim, nota-se que em todas as hipóteses em que se cogitar a utilização de publicidade ilícita em qualquer âmbito, será de extrema necessidade uma análise da situação finalidade promocional da publicidade, e se a mensagem está tentando esconder o fim a que se destina. Assim, caracterizada a publicidade clandestina, deverá se responsabilizar os envolvidos pela publicidade ilícita.

2.2.4 Publicidade dissimulada

Outra publicidade que possui vício na identificação é a publicidade dissimulada, ou seja, aquela que parece uma reportagem, chamada também de publicidade redacional. Adalberto Pasqualotto dispõe que “aparenta ser uma notícia isenta, revestida de objetividade, como se o órgão de divulgação que a transmite estivesse prestando uma informação ao público ou realizando uma simples reportagem.”⁸², no entanto, ao se ater em uma análise mais minuciosa, percebe-se a real intenção do anunciante, qual seja efetuar uma publicidade com aparência de notícia.

Ainda, é importante frisar que há hipóteses em que o anunciante poderá utilizar a publicidade redacional para informar situação sobre seu produto ou loja; contudo, o deve fazer claramente, demonstrando seu caráter publicitário também na divulgação desta informação. Isto é o que dispõe doutrinador referência em matéria de publicidade:

Claro que, nem sempre, a publicidade redacional feita pelo próprio anunciante tem propósito dissimulatório. Muitas vezes a empresa pretende transmitir uma informação ao público: a inauguração de uma nova fábrica ou inovação tecnológica. O empresário pode considerar mais interessante veicular a informação como notícia e não como publicidade convencional. Nada impede que o faça, desde que identifique a mensagem como publicitária. Também o veículo pode transmitir informações isentas ao público, ainda que mencionando expressamente

⁸¹ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 235/236.

⁸² PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 86.

marcas e produtos. É o caso dos testes de automóveis feitos pelas revistas especializadas.⁸³

Nota-se que há possibilidades de a publicidade redacional ser lícita; no entanto, serão aqui tratadas somente as hipóteses em que ela se torna ilícita, momento que se torna dissimulada. O uso do meio redacional como forma de informar os consumidores é lícito e deve ser usado como ferramenta importante para divulgação de certos dados, contudo, deve se cuidar a real finalidade desta mensagem.

Cumprе ressaltar, ainda, que o meio de divulgação deve distinguir devidamente a matéria publicitária da matéria editorial, de modo que a publicidade contenha tarja declarando ser “informação publicitária”. Diante disso, consegue-se concluir ser publicidade, o que geralmente é matéria paga.⁸⁴

Por fim, nota-se ser difícil a comprovação da publicidade redacional, pois por diversas vezes ela é feita por jornal ou revista de grande circulação com aparência de informação incidental, todavia, sua real intenção era publicitária, porquanto a fez em razão de investimentos (bonificação) já realizados pelo anunciante no meio de comunicação vinculado. Assim, “a forma de apurar a fraude é demonstrar a tendenciosidade do texto ou apurar contabilidade a reciprocidade entre a verba investida e a reportagem.”⁸⁵ Por conseguinte, é deveras difícil comprovar a publicidade redacional.

⁸³ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 86.

⁸⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 86.

⁸⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 87.

3 DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO E A PUBLICIDADE TESTEMUNHAL

O direito do consumidor à informação, além de consagrado na constituição federal no artigo 5º, incisos XIV e XXXII⁸⁶, está previsto no inciso III do artigo 6º do CDC, o qual elenca expressamente que o consumidor tem direito “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.”⁸⁷ Trata-se, deste modo, também do dever que o fornecedor tem de informar ao receptor da mensagem corretamente sobre o produto ou serviço que está veiculando na mensagem publicitária, para que o consumidor possa livremente escolher em adquirir ou não o produto/serviço e saber, de antemão, o que esperar deste. Neste sentido também é o entendimento de Cláudia Lima Marques, no momento em que menciona que “o direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada.”⁸⁸ Tendo em vista que o ato de consumo do consumidor habitual se baseia mais nas sensações que a publicidade lhe provoca do que efetivamente nas características reais dos produtos ou serviços.

O principal objetivo da publicidade é tornar pública a existência e características dos produtos ou serviços, assim como influenciar na aquisição, despertando interesse e desejo de compra a fim de levar o maior número de consumidor possíveis a “acreditarem” na real necessidade de aquisição dos produtos ou serviços anunciados.

⁸⁶ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) **XIV** - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (...) **XXXII** - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. (BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 16 de jun. de 2016)

⁸⁷ É o que dispõe o artigo 6º, inciso III, CDC. (BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 22 de abril de 2016)

⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. A lei 8.078/90 e os direitos básicos do consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 74.

Quanto à publicidade testemunhal, cumpre esclarecer ser uma técnica de apresentação de produtos ou serviços que utiliza-se do depoimento de celebridades ou de técnicos, peritos e, até mesmo, consumidores comuns, para persuadir os consumidores a aquisição de produtos ou serviços.⁸⁹ Ainda, a publicidade testemunhal pode ser definida como “toda mensagem publicitária em que os consumidores são levados a acreditar na existência de opiniões, crenças ou experiências de uma *pessoa distinta do anunciante*, ainda que a visão expressa pela parte seja idêntica àquela do anunciante.”⁹⁰ Esta técnica publicitária acaba por dar maior credibilidade à publicidade, porquanto os consumidores tendem a valorizar mais as opiniões de celebridades ou especialista do que a do anunciante.

Diante de tais influências, é importante ter um maior cuidado com a publicidade testemunhal, devendo ela, também, obedecer o princípio da veracidade.⁹¹

3.1 A eficácia e extensão do dever de informar no CDC

Para melhor compreender a problemática, é fundamental expor, inicialmente, quais são os titulares do dever de informação, com o fim de delimitar a responsabilidade daqueles que deveriam informar corretamente, assim como qual é o seu conteúdo, isto é, quais as informações que são essenciais para que o consumidor possa efetivar seu direito de livremente escolher o produto/serviço.

3.1.1 Titulares do dever de informação no CDC

O dever de informação é encontrado no artigo 31 do CDC⁹², onde o legislador dá ênfase à prevenção da proteção do consumidor, declarando rol exemplificativo de dados

⁸⁹ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**: com exercícios 5. ed. rev. ampl.e atual.- São Paulo: Saraiva, 2010, p. 508.

⁹⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 257. (itálico do autor)

⁹¹ Deve-se ter prova dos benefícios testemunhados do produto ou serviço, sob pena da publicidade testemunhal ser caracterizada como enganosa.

⁹² **Art. 31.** A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações 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

essenciais que devem ser repassados na oferta ou apresentação do serviço/produto, bem como o dever de informar os possíveis riscos à saúde e segurança dos consumidores. Importante, primeiramente, esclarecer que a informação é oferecida geralmente em dois momentos principais, um que antecede a aquisição (na publicidade) e outro que acompanha o bem de consumo (na embalagem), todavia, não se pode olvidar da informação repassada no momento da formalização do contrato de consumo.⁹³ Deste modo, existem as informações pré-contratuais e as contratuais, uma tem maior relação com os dados sobre produto/serviço enquanto a outra normalmente trata de informações sobre a aquisição, obviamente todas visando uma livre aquisição do bem pelo consumidor.⁹⁴

É necessário estudar a informação pré-contratual, ou seja, aquela ligada à publicidade dos produtos ou serviços, para que se possa melhor elucidar os fatos atinentes a esta pesquisa. Após uma simples análise do nosso CDC, pode se chegar à conclusão que o legislador, incansavelmente, tratou do dever de informação, fazendo-o como condição importantíssima da realização do livre mercado de consumo.

Desta forma, para que se tenha uma devida proteção ao consumidor, o dever de informação deste pelo fornecedor é primordial, aqui tratando-se de uma informação correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa sobre o produto ou serviço que venha a adquirir, uma informação que vincula, como já mencionado anteriormente. Assim, em poder de todas essas informações, o consumidor poderá livremente decidir sobre adquirir o bem ou não, conforme dizeres Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin⁹⁵:

riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. (BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 03 de maio de 2016)

⁹³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 288.

⁹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 288.

⁹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 291.

O consumidor bem informado é apto a ocupar seu espaço na sociedade de consumo. Só que essas informações muitas vezes não estão à sua disposição. Por outro lado, por melhor que seja sua escolaridade, não tem ele condições, por si mesmo, de apreender toda a complexidade do mercado. É que, como muito bem alerta Marilena Lazzari, a líder do consumerismo brasileiro “por mais informado que o cidadão esteja, existem inúmeras questões invisíveis para as pessoas. Sozinhas elas não têm condições de avaliar se uma verdura possui agrotóxicos acima do permitido”.

Quanto à informação ser dada exclusivamente em português, requisito elencado no artigo supracitado, sabe-se haver exceções⁹⁶, entretanto o que se busca com essa exigência é dar ao consumidor uma informação clara, correta e adequada do produto/serviço, uma informação que ele possa compreender sem demais esforços. Não obstante, esta norma do Código não se aplica aos bens importados, quando estes estiverem devidamente identificados no estabelecimento como produtos importados, deste modo, o consumidor terá “clara percepção do caráter especial daquele fornecimento”⁹⁷, tornando-se legítima essa exceção.

O titular deste dever é claramente a parte mais informada, que de regra é o fornecedor, em seu conceito mais amplo. É importante destacar, neste sentido, que o texto legal não limita ao fabricante o dever de informar, o que se entende é que todos aqueles que oferecem ou apresentam o produto ou serviço tem a obrigação legal de bem informar.⁹⁸ No que tange aos produtos industriais cabe ao fabricante prestar as informações necessárias, já quanto aos produtos importados é responsável o importador. Ademais, a informação dos riscos conhecidos *a posteriori* são de dever de todos os agentes econômicos, sem distinção. Sendo assim, em se tratando de publicidade “o

⁹⁶ Por exemplo, quando não houver palavra similar no português ou for uma marca registrada ou nomes comerciais não será necessária expressão em português explicando-a.

⁹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 292.

⁹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 293.

fornecedor, aqui, é o *anunciante direto*, aquele que paga e dirige a preparação e veiculação do anúncio⁹⁹ e deve este ser responsabilizado objetivamente pelos danos causados aos consumidores por meio da publicidade ilícita.

Quando se tratar do dever de informação na publicidade é necessário destacar os diversos agentes que também tem este dever perante o consumidor. Entretanto, é controversa a responsabilização quando se trata de terceiros prestadores de serviços contratados pelo fornecedor-anunciante. Sobre este tema, encontram-se três interpretações. A primeira que entende que somente o fornecedor-anunciante é responsável pelos danos causados pela publicidade ilícita, deste modo a agência de publicidade, o veículo de comunicação e a celebridade participante da publicidade são isentos de responsabilidade.¹⁰⁰ O fundamento principal deste entendimento é a interpretação do artigo 38 do CDC, onde somente o fornecedor-anunciante, que patrocina o anúncio, estaria a par das provas sobre a veracidade e correção da informação veiculada.¹⁰¹

A segunda interpretação é aquela que responsabiliza objetivamente o fornecedor-anunciante, restando somente responsabilizado o veículo de comunicação ou agência quando agir com dolo ou culpa, submetendo-se a uma análise da responsabilidade subjetiva.¹⁰² Por fim, o terceiro posicionamento é aquele em que a responsabilidade da agência, do veículo e da celebridade é objetiva e solidária a do fornecedor-anunciante, devendo o autor ingressar contra um ou contra todos.

Primeiramente, quanto à responsabilidade das agências de publicidade “não se pode negar que são elas, em regra sob o comando do anunciante, que dão à publicidade

⁹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 302.

¹⁰⁰ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 318.

¹⁰¹ Interpretação dada por Fábio Ulhoa Coelho em seu livro: **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 291, onde menciona: “nada é feito pela agência de propaganda sem o conhecimento, a orientação e a aprovação do anunciante, que por tudo assume integral responsabilidade.”

¹⁰² Entendimento adotado por Antônio Herman Benjamin no capítulo VIII. Oferta e publicidade de seu livro **Manual de direito do consumidor**. MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. 6 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 259.

a característica da ilicitude.”¹⁰³ Isto é, as agências tem o dever de veicular uma publicidade após verificar se as informações ali divulgadas são verídicas ou não, o que em regra não deveria ser uma tarefa difícil, pois o fornecedor tem o dever de guardar os dados técnicos, científicos ou fáticos que comprovem as alegações, comparações ou descrições constantes na publicidade, conforme já estudado anteriormente (constante no artigo 36 do CDC).¹⁰⁴ Com efeito, as agências de publicidade participam do processo de criação da mensagem publicitária e, deste modo, estão ao lado do fornecedor-anunciante, respondendo objetivamente e solidariamente pelos anúncios ilícitos.

No que tange aos meios de comunicação, ao tratar de responsabilidade em veicular a publicidade, também deveriam verificar as informações, veiculando o anúncio somente se fosse correto, para não incorrer em qualquer responsabilidade pelos prejuízos causados aos consumidores na veiculação de informação danosa. O veículo de comunicação, como regra, não é fornecedor, mas em situações de clara publicidade enganosa ou de impossibilidade do fornecedor cumprir o prometido é evidente o reconhecimento da responsabilidade civil por violação do dever de vigilância sobre os anúncios que veicula.¹⁰⁵ Ainda, há hipóteses em que o meio de comunicação é diretamente interessado no anúncio, seja pela comissão por adesão dos consumidores, seja por se tratar de empresa que integra seu grupo empresarial, ocasião em que será responsabilizado como anunciante e não como transmissor da informação somente.¹⁰⁶

Assim, antes de veicular a publicidade em seu meio de comunicação, deveria ele verificar se as informações essenciais estão sendo devidamente repassadas aos consumidores, tendo em vista que “os meios de comunicação, em regra grandes

¹⁰³ GUIMARÃES. Paulo Jorge Scartezini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 152.

(Biblioteca de direito do consumidor – V. 16).

¹⁰⁴ GUIMARÃES. Paulo Jorge Scartezini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 152/153.

(Biblioteca de direito do consumidor – V. 16).

¹⁰⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 302.

¹⁰⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 303.

empresas, são dotados de diversos setores, todos com pessoal altamente capacitado. Poderia com facilidade, se tivesse agido previamente, cruzar as informações e, em seguida, sobrestar os anúncios até melhor esclarecimento.”¹⁰⁷ Todavia, segundo Lucia Ancona Lopes de Magalhães Dias, seria demasiado custoso e incompatível com atual mercado concorrencial de incumbir aos veículos de comunicação a checar todas as informações veiculadas na publicidade, deste modo, não cabe aqui se falar em responsabilidade objetiva e solidária destes.¹⁰⁸ Sucede que, nos casos de dolo ou culpa, claramente o veículo será responsabilizado pelos danos causados, assim como nos casos de falsidade notória da mensagem publicitária, pois do meio de comunicação se exige um mínimo de cautela e diligência sobre as informações anunciadas.¹⁰⁹

Em se tratando da responsabilidade das celebridades, especialistas ou testemunho de consumidores, é notório que elas também tem o dever de informar corretamente os consumidores, que diversas vezes são fãs e, desta forma, responderão solidariamente em caso de danos (caracterizado a culpa ou o dolo), quando endossarem características do produto/serviço, afirmando um testemunho de suas experiências próprias com o uso destes, bem como comprovado o benefício recebido por esta publicidade. Cumpre ressaltar que o benefício não precisa ser uma quantia em dinheiro nem mesmo precisa ser destinado para a celebridade, especialista ou consumidor testemunha, pode ser feito em forma de doação para outro órgão ou mesmo destinado diretamente a outra pessoa ou instituição. Em síntese, “todos que participam de uma publicidade têm a obrigação legal de prestar a informação de forma completa, impedindo o induzimento do consumidor a erro por esse ausência de dados.”¹¹⁰

Ademais, conforme Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias, a celebridade quando for somente um “porta-voz” do anunciante não irá ser responsabilizada

¹⁰⁷ GUIMARÃES. Paulo Jorge Scartezini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 152. (Biblioteca de direito do consumidor – V. 16).

¹⁰⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 322/323.

¹⁰⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 322/ 323.

¹¹⁰ GUIMARÃES. Paulo Jorge Scartezini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 167. (Biblioteca de direito do consumidor – V. 16).

objetivamente nem de forma solidária, pois não participa do processo de criação da mensagem e mesmo “emprestando” sua imagem e voz para o anunciante promover seus produtos não poderá assumir responsabilidade idêntica à do fornecedor-anunciante.¹¹¹

Após a delimitação dos titulares do dever de informar na publicidade, é importante adentrar em uma simplória explicação sobre a responsabilidade civil destes, em decorrência do não cumprimento deste dever de informação. É sabido que a responsabilidade civil por danos aos consumidores ou terceiros envolvidos na relação de consumo é objetiva, ou seja, decorre automaticamente da colocação no mercado de determinado produto ou da prestação de quaisquer serviço, não se fazendo análise da culpa do agente. Sendo assim, “o dever de indenizar surge quando estão presentes, no mínimo, três elementos, quais sejam: a ação ou omissão do agente, o dano e a relação de causalidade entre a conduta e o dano.”¹¹² Necessário frisar dentre eles que “o dano é elemento fundamental para a questão da responsabilidade civil, pois somente com sua presença é que se pode falar em obrigação de ressarcimento.”¹¹³

Além disso, é indispensável lembrar que a responsabilidade que estamos tratando é solidária¹¹⁴, ou seja, o consumidor poderá demandar judicialmente contra todos os agentes que colaboraram para a mensagem ilícita. Assim é o que preceitua o artigo 7º do CDC ao referir que “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.¹¹⁵ O primeiro parágrafo do artigo 25 do CDC informa, ainda, que se houver mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista neste Código, assim como elenca no parágrafo segundo rol de coobrigados

¹¹¹ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 324.

¹¹² GUIMARÃES. Paulo Jorge Scartezini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 162. (Biblioteca de direito do consumidor – V. 16).

¹¹³ GUIMARÃES. Paulo Jorge Scartezini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 168. (Biblioteca de direito do consumidor – V. 16).

¹¹⁴ Conforme disposto no **parágrafo único do artigo 7º**: Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. (BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 03 de maio de 2016)

¹¹⁵ (BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 09 de maio de 2016)

solidários ao fornecedor das peças ou dos componentes defeituosos que forem incorporados aos produtos.

Caso o consumidor tenha adquirido produto ou serviço, no qual a publicidade veiculada feria o dever de informação pelo fornecedor, ele poderá alternativamente e a sua livre escolha exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade, aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.¹¹⁶ Além disso, “essas alternativas poderão, quando objeto da demanda judicial pelo consumidor, serem reclamadas todas em conjunto, na forma de pedidos sucessivos a serem submetidos à apreciação judicial.¹¹⁷

Posteriormente tal ação, o agente responsabilizado que não se considerar o efetivo culpado poderá ingressar com ação regressiva contra aquele que acredita deter a culpa pelo evento danoso, responsável solidário a ele. Neste sentido, cumpre mencionar os dizeres de Paulo Jorge Sartezzini Guimarães:

Irrelevante nesta solidariedade o grau de participação para o dano de cada responsável, pois perante o credor responderão por toda a dívida e, posteriormente, analisada a sua participação, poderão mover as respectivas ações regressivas contra os demais culpados. Aplicar-se-ão nessas questões todas as normas de direito civil que não sejam incompatíveis com o CDC, como por exemplo, a transmissão de obrigação ao herdeiro, até o limite da herança (arts. 905 e 1.526, ambos do CC).¹¹⁸

Enfim, a nossa sociedade atual tem recebido cada vez mais rápido as informações sobre tudo e todos e por esta razão é tão importante o estudo proposto, para que as publicidades sejam feitas de forma consciente e corretas, cumprindo todos os deveres dos fornecedores, detentores dos dados, para que, desta maneira, o consumidor

¹¹⁶ Conforme disposto no artigo 35 do CDC. (BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 09 de maio de 2016)

¹¹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 268.

¹¹⁸ GUIMARÃES. Paulo Jorge Scartezini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 162. (Biblioteca de direito do consumidor – V. 16).

previamente esclarecido quanto ao produto ou serviço possa tomar livremente sua decisão do ato de consumo.

3.1.2 Conteúdo do dever de informação no CDC

Os dados do dever de informação são os mais variados, mudando de acordo com o produto ou serviço objeto da publicidade.¹¹⁹ O nosso Código de Defesa do Consumidor elenca alguns como, por exemplo, as características atinentes aos produtos ou serviços, a qualidade destes, a quantidade em se tratando de produtos, a composição, o preço, a garantia, o prazo de validade, a origem dos produtos e os riscos tanto dos produtos como dos serviços.¹²⁰ É imprescindível informar que, conforme disposto no artigo 31 do CDC, as referências dos produtos ou serviços devem ser corretas, claras, precisas e ostensivas. O descumprimento destes deveres implica em sanções de natureza civil, penal e administrativa.¹²¹ Estes deveres “visam garantir a veracidade e a possibilidade de reconhecimento dos termos da oferta bem como da apresentação dos produtos ou serviços (inclusive rotulagem, embalagens, bem como qualquer outro modo de apresentação)”¹²²

Há, ainda, como aumentar essa listagem de exigências no dever de informação, como acontece com os medicamentos e alimentos; contudo nunca poderá restringi-la.

No que concerne ao conteúdo da informação, há grande discussão no nosso país sobre o modo como ela deve ser prestada quanto ao preço dos produtos ou serviços. De acordo com Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “tornou-se corriqueiro no Brasil a substituição da etiqueta de preço no produto por código de barras. A prática é ilegal,

¹¹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 293.

¹²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 293.

¹²¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 261.

¹²² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 261.

por violação frontal ao CDC. Os tribunais vêm se posicionando nesse sentido.”¹²³ Deste modo, o código de barras pode ser considerado uma forma de aperfeiçoamento do sistema logístico, todavia não pode dificultar o entendimento por parte dos consumidores quanto ao preço, devendo, assim, estar claro ao consumidor o preço do produto/serviço para viabilizar a sua livre escolha. Neste sentido só poderá ser admitida a colocação da etiqueta com código de barras se for mantida a etiqueta com o preço.¹²⁴

Desta maneira, todos os produtos introduzidos no mercado de consumo devem obedecer os requisitos elencados no artigo 31 do CDC por meio de sua apresentação ou embalagem.¹²⁵ Quanto aos produtos nocivos à saúde ou à segurança¹²⁶ do consumidor é obrigatório, segundo artigo 9º do CDC, a informação ostensiva destas circunstâncias.

Cumprido esclarecer que “uma informação é ostensiva quando se exterioriza de forma tão manifesta e translúcida que uma pessoa, de mediana inteligência, não tem como alegar ignorância ou desinformação. É adequada quando, de uma forma apropriada e completa, presta todos os esclarecimentos necessários ao uso ou consumo de produto ou serviço.”¹²⁷

Por conseguinte, a informação não deve somente prevenir os riscos atuais, mas também eventuais riscos futuros decorrentes da utilização do produto, segundo Cláudia

¹²³ Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 295.

¹²⁴ Conforme o disposto na Lei 10.962 de 11 de out. de 2004, que dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor. (BRASIL. **Lei 10.692, 11 de out. de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.962.htm> Acesso em: 15 de maio de 2016)

¹²⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 262.

¹²⁶ De acordo com Zelmo Denari exemplos destes produtos são: Bebida alcoólicas, fumo e agrotóxicos; fogos de artifício, material radioativo; dedetização e demolição de prédios. Ainda, o autor informa que os produtos mais preocupantes desta lista são as bebidas alcoólicas e os cigarros, tendo em vista o grande consumo destes. Todavia, considera que os fabricantes de cigarros estão cumprindo de forma satisfatória a exigência legal de informar ostensivamente e adequadamente sobre a nocividade, o que, por sua vez, não está acontecendo devidamente com as bebidas alcoólicas. (Capítulo IV – Da qualidade de produto ou serviço. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** – 10. ed. rev. atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 195)

¹²⁷ DENARI, Zelmo. Capítulo IV – Da qualidade de produto ou serviço. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** – 10. ed. rev. atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 185.

Lima Marques.¹²⁸ O difícil está em identificar os eventuais riscos futuros no momento da colocação do produto no mercado de consumo, faz-se necessário expor elucidação sobre o tema feita por Bruno Miragem em seu livro Curso de Direito do Consumidor:

Há de ser exigido do fornecedor o dever de informar sobre os danos futuros que segundo o estado da técnica no momento da introdução do produto no mercado, sejam possíveis de identificar. Saliente-se que não se trata, nesta hipótese, de introduzir um requisito da culpa para responsabilizar o fornecedor pela violação do dever de informar. Não se exige a demonstração que o fornecedor tenha deixado, por negligência ou imprudência, de promover a informação. Mas sim, de que havia condições e conhecimento técnico, ao tempo da colocação do produto no mercado, de conhecer-se sobre os danos causados no futuro pelo produto ou serviço, ou ainda dos riscos que, de modo razoável, poderiam se identificar, ainda que não especificados os danos, ao tempo da introdução do produto no mercado.¹²⁹

Por fim, o parágrafo único do artigo 31 do CDC se atém a cuidados especiais quanto aos produtos refrigerados, declarando que as informações elencadas no *caput* deverão ser gravadas de forma indelével. Ora, a informação deverá ser durável, não podendo ser apagada facilmente. Nota-se grande preciosismo do legislador ao colocar tal requisito na norma, aqui a preocupação é impossibilitar que as informações sejam escritas com tinta removível, o que com o derretimento de parte da água do produto causasse sua não visualização adequada. Contudo, conforme Antônio Herman Benjamin os fornecedores já agiam de forma adequada quanto aos produtos refrigerados, sendo este dispositivo na prática sem nenhuma utilidade.¹³⁰

3.2 Responsabilidade por danos ao consumidor no caso de publicidade testemunhal

¹²⁸MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações de contratuais. 6 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: revista dos tribunais, 2011, p. 804.

¹²⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 263.

¹³⁰ Capítulo V – Das práticas comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** 10. ed. rev. atual. e ref. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 296.

Por fim, passa-se à exposição dos pontos atinentes a responsabilidade por danos ao consumidor no caso de publicidade testemunhal. Para tanto, iniciar-se-á apresentando a responsabilidade por danos ao consumidor referente à falsidade notória da mensagem publicitária e, depois, será exposta a responsabilidade por danos ao consumidor quanto à falsidade do testemunho sobre o uso pessoal do produto ou serviço, com o fim de que se possa delimitar de quem é a responsabilidade pela mensagem publicitária.

3.2.1 Falsidade notória da mensagem publicitária

A responsabilidade por dano ao consumidor no caso de publicidade testemunhal pode ser caracterizada pela falsidade notória da mensagem. Ou seja, quando a celebridade/artista, especialista ou consumidor que testemunha em uma publicidade de produto/serviço sobre algo que é evidentemente uma falsa informação, não há como isentar o testemunhante da responsabilidade civil pela mensagem publicitária enganosa. A testemunha, ao participar de uma publicidade, tem igualmente o dever de boa-fé e de lealdade perante os consumidores, como todos da cadeia de produção desta mensagem.

Necessário expor brevemente os princípios supracitados a fim de melhor elucidar a responsabilidade da testemunha nesta hipótese de publicidade evidentemente falsa. O princípio da boa-fé está previsto no artigo 4º, inciso III, do CDC¹³¹ e trata da boa-fé objetiva, isto é, a “exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro”.¹³²

¹³¹ **Art. 4º** A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) **III** - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica ([art. 170, da Constituição Federal](#)), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 16 de maio de 2016)

¹³² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 126.

Por outro lado, a boa-fé subjetiva não se trata de um princípio jurídico, mas sim de uma falta de conhecimento sobre determinado fato ou ausência de intenção de prejudicar o próximo, sendo assim, seria o uso coloquial da expressão “agiu de boa-fé”. É necessário distinguir em decorrência dos efeitos práticos jurídicos que poderá acarretar caso o agente aja ou não de boa-fé (subjetiva) em determinado caso, ocasião em que poderá produzir efeitos jurídicos diversos.¹³³

A boa-fé objetiva no direito do consumidor é percebida em diversos momentos, sendo um deles a proteção no CDC da legítima expectativa gerada ao consumidor quanto à informação veiculada em uma publicidade.¹³⁴ Não obstante, o fornecedor, como já visto, tem o dever de passar as informações corretas, claras e adequadas aos consumidores, porém não somente informar, mas também de fazer com que estas informações sejam devidamente compreendidas pelos consumidores. Aqui se trata, como refere o Bruno Miragem, de “um *dever de informar qualificado*, uma vez que não exige simplesmente o cumprimento formal do oferecimento de informações, senão o dever substancial de que estas sejam efetivamente compreendidas pelo consumidor”.¹³⁵

No que tange ao princípio da lealdade na relação de consumo, sabe-se que ela abarca não somente a fase contratual, mas a pré-contratual, a qual nos interessa na presente análise. Ainda, este princípio decorre de outro, o da boa-fé, que é o norteador de todas as relações de consumo. O anunciante não deve prestar quaisquer informações que saiba não ser verdadeira, do mesmo modo a celebridade, especialista ou consumidor comum ao testemunhar o uso de algum produto ou serviço na publicidade também não poderá fazê-lo quando souber que este produto/serviço não serve para o fins que anuncia na mensagem publicitária.

A falsidade deliberada da mensagem faz com que a celebridade que participa responda de forma subsidiária, quando age com dolo ou culpa grave. Cumpre mencionar que agir com dolo é quando a testemunha da mensagem endossa características que sabem serem enganosas; sendo assim, aqui entra o caso de falsidade notória da

¹³³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 125.

¹³⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 127.

¹³⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 167. (itálico do autor)

mensagem publicitária. Neste sentido, está clara a má-fé do agente e tendo esta caracterização a responsabilização pelo ato é certa e necessária.

Frisa-se que o princípio da lealdade “é o respeito que a publicidade deve ter em relação ao consumidor e à concorrência”¹³⁶ e pode ser subdividido em três princípios, sendo eles: transparência da fundamentação da publicidade, veracidade e não-enganosidade. Sendo assim, o fornecedor ao veicular a publicidade deve se ater ao cumprimento destes três princípios, guardando os dados mencionados na mensagem para sustentar a sua veracidade, veiculando somente mensagem verídicas e, por fim, cuidando para que a publicidade não acabe por induzir o consumidor ou seja evidentemente falsa. Além disso, todos os agentes que participarem de publicidades devem obedecer estes princípios, tendo em vista sua consequente responsabilização em caso de falsidade notória, por agirem com má-fé aos consumidores.

3.2.2 Falsidade do testemunho sobre o uso pessoal do produto ou serviço

Antes da análise da responsabilidade quanto a falsidade do testemunho sobre o uso pessoal do produto, é imprescindível informar que nem toda publicidade feita por uma celebridade pode ser considerada testemunhal. Ora, “se a celebridade se restringe a simplesmente apresentar o produto ou serviço, sem verter juízos de valor ou opiniões baseadas em sua experiência de uso, então esta publicidade não poderá ser qualificada como testemunhal, figurando a celebridade como mero porta-voz (*spokesman*) do anunciante, vale dizer, no lugar e em nome do anunciante.”¹³⁷ Após tal diferenciação essencial para o estudo, é importante declarar, ainda, a celebridade que produz um testemunho de uso do produto/serviço ou ateste a sua qualidade como consumidora, deverá ter comprovação de suas afirmações, ou seja, elas devem condizer com a realidade do uso do produto/serviço, serem verídicas, sob pena de enganarem os consumidores.

¹³⁶ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 114. (Biblioteca de direito do consumidor – V. 16).

¹³⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 258.

Por conseguinte, o testemunho não isenta a responsabilidade do fornecedor sobre as informações prestadas; “em outras palavras, o conteúdo da mensagem está sempre sujeito à exigência da veracidade, independente de quem o transmita, e esta demonstração se impõe, em primeiro lugar, ao fornecedor-anunciante.”¹³⁸

Com o avanço tecnológico e conseqüentemente das mídias sociais e meios de comunicação, os *blogs* estão sendo considerados espaços interessantes para divulgação de produtos/serviços. Diante disto, surge dois problemas significantes para serem analisados, o primeiro decorre da dificuldade de identificação do caráter publicitário das declarações prestadas sobre uma marca, produto, serviço neste espaço virtual e o segundo diz respeito a veracidade dos conteúdos publicitários destas declarações, pois estas também estão sujeitas tanto ao princípio da identificação quanto ao princípio da veracidade quando se trata de publicidade.

Sendo assim, os consumidores devem conseguir reconhecer facilmente (relembrando o princípio da identificação já estudado) o caráter publicitário da mensagem e, deste modo, a celebridade/artista ou consumidor comum que testemunha sobre qualidade do produto ou serviço deve respeitar todos os princípios inerentes a publicidade, sob pena de enganosidade dos consumidores.

Além disso, a falsidade do testemunho pode se dar também quando a celebridade/artista endossa em uma publicidade sobre o uso pessoal de características/qualidades referentes a um produto ou serviço quando ela nunca o utilizou e, sendo assim, não tem conhecimento sobre os benefícios e/ou os malefícios deste, mas testemunha o uso e afirma qualidades na publicidade que nem mesmo sabe serem verdadeiras ou não. Neste sentido, para que se possa caracterizar a responsabilidade da celebridade ou do consumidor testemunhante é necessário uma análise em relação ao dolo do agente, isto é, se ele desconhecia da qualidade do produto/serviço que endossou na publicidade ou se sabia que não condizia com a realidade e mesmo assim o divulgou.

Necessário frisar, todavia, que “as informações, veiculadas em páginas pessoais da internet, sujeitas à aplicação do CDC devem, no entanto, apresentar *caráter publicitário*, vale dizer, não serem fruto da liberdade de expressão ou de manifestação da

¹³⁸DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 259.

pessoa detentora da página, pois a natureza promocional das declarações é pressuposto para incidência da legislação consumerista.”¹³⁹

É de notório conhecimento que uma publicidade baseada em testemunho de uma pessoa famosa sobre um produto ou serviço acaba por influenciar significativamente o consumidor e no momento em que esta publicidade não é claramente identificada por ele gera uma majoração desta influência. Assim, “a credibilidade que os consumidores atribuem aos apresentadores e artistas da televisão, é transmitida aos anúncios publicitários e *merchandisings*, e por esta razão os testemunhos dos apresentadores e a demonstração dos produtos e serviços feitas pelos artistas, é de suma importância para transferir credibilidade a estes bens de consumo.”¹⁴⁰

Destarte, quando o dever de identificação do caráter publicitário da mensagem não é obedecido, o consumidor não faz sua escolha de forma consciente e livre, porquanto a publicidade gera maior confiança a ele, em razão do seu desconhecimento da real intenção de venda, à vista que acredita ser uma manifestação da liberdade de expressão do portador da mensagem.

Logo, quando se trata de testemunhos feitos por consumidores sobre produtos ou serviços, refere-se a consumidores comuns, pessoas não conhecidas no público em geral ou que não têm conhecimento algum técnico sobre o produto/serviço elogiado na publicidade. Contudo, deverão também manifestar suas opiniões ou experiências de acordo com o princípio da veracidade. Assim sendo, a empresa fabricante deverá ter comprovação científica das alegações dadas pelos consumidores “testemunhas”, demonstrando o resultado benéfico por eles descritos, em caso de quaisquer questionamento.

Ademais, quanto à responsabilidade, cumpre declarar que “em nenhuma situação, porém, poderá ser atribuído à pessoa outorgante uma responsabilidade objetiva, esta sim, aplicável ao fornecedor-anunciante”.¹⁴¹ As testemunhas na publicidade somente

¹³⁹ DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 260. (itálico do autor)

¹⁴⁰ BOLKENHAGEN, Lina. *Merchandising* como técnica de publicidade. **Revista de direito do consumidor – RDC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 20, v. 80, out- dez/2011, p.376. (itálico do autor)

¹⁴¹DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 263.

serão responsabilizadas por suas declarações se agirem com dolo ou culpa grave em suas afirmações, não estando sujeitas a responsabilidade objetiva.

Por fim e somente como ponto de reflexão, nos casos em que a celebridade testemunhante não informa em seu meio social a verdadeira finalidade da mensagem publicitária e recebe vantagem pelo fornecedor por publicá-la, deve ela ser responsabilizada por dolo aos consumidores, diante da não informação do caráter publicitário. Claro que há grande dificuldade de comprovação do caráter publicitário, pela sua não identificação imediata, no entanto, o consumidor deveria ter ampla possibilidade de denunciar tais atos aos órgãos competentes de fiscalização, para que assim, a celebridade seja chamada a demonstrar se utilizou o meio de comunicação para fazer uma publicidade ou se o testemunho se trata de livre expressão do pensamento, cabendo a ela e ao fornecedor comprovar não somente a veracidade das informações prestadas, mas também se a celebridade foi ou não contratada para fazer a postagem publicitária ou se agiu somente testemunhando o uso.

Ainda, importante ressaltar que dificilmente uma celebridade faria publicidade sem qualquer vantagem recebida pelo fornecedor. Neste sentido, as celebridades que publicarem sem informar explicitamente aos consumidores de que se trata de uma mensagem patrocinada e que recebeu vantagem para postá-la em seu meio de comunicação, deveriam ser severamente punidas para que inibisse, desta forma, a conduta reiterada.

Nota-se, todavia, que “mesmo que o direito não possa ser uma resposta imediata a publicidade invisível, pelo fato de ser difícil sua identificação, o cidadão não aceita ser ludibriado”¹⁴², fazendo com que o consumidor mais informado perceba a manipulação feita tanto pelo fornecedor como pela celebridade e acabe por não mais consumir aquela marca e acreditar mais naquele artista. Ou seja, “o consumidor brasileiro tende a usar seu consumo para punir empresas que de alguma forma o desrespeitem ou que possuam

¹⁴² EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN. Laís Gomes; GIBRAN. Fernanda Mara. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. **Revista de direito do consumidor – RDC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 20, v. 81, jan-mar./2012, p.111.

uma conduta que não coaduna com os valores de responsabilidade socioambiental e a premiar as empresas que se adequam e respeitam seus direitos.”¹⁴³

¹⁴³ EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN. Laís Gomes; GIBRAN. Fernanda Mara. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. **Revista de direito do consumidor – RDC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 20, v. 81, jan-mar./2012, p.111.

4 CONCLUSÃO

A presente pesquisa oportunizou o estudo a respeito da publicidade clandestina e a influência na sociedade de consumo nos *blogs* dos dias atuais, trabalho este importante em razão do grande avanço tecnológico dos meios eletrônicos de comunicação social, que oportunizam práticas publicitárias corriqueiras e constantes.

Primeiramente, partiu-se de uma breve exposição da disciplina jurídica da publicidade no Código de Defesa do Consumidor, elencando os princípios norteadores desta prática, sendo eles o princípio da identificação, o princípio da veracidade e o princípio da não abusividade. Posteriormente, verificou-se que dentre os princípios, o da identificação se mostra de extrema importância, tendo em vista que o seu descumprimento acarreta a enganosidade do consumidor quanto ao conteúdo exposto, fazendo-o acreditar ser somente uma manifestação de pensamento ocasionada pela liberdade de expressão e não ter qualquer caráter publicitário.

Em um segundo momento, estudou-se os limites do exercício da atividade publicitária e a publicidade ilícita, analisando-se as formas clássicas encontradas no CDC, sendo elas: a publicidade enganosa e a publicidade abusiva. Ainda, para melhor elucidar a problemática proposta no presente trabalho foi necessário efetuar um estudo simplório sobre a conceituação da publicidade clandestina e da publicidade dissimulada, as quais possuem vício de identificação, isto é, são mascaradas pelo anunciante. Na exposição sobre a publicidade clandestina, objeto principal deste estudo, constatou-se que ela visa induzir os consumidores a erro quanto à verdadeira origem e natureza das alegações transmitidas, sendo, então, qualificada pela doutrina com modalidade mais abrangente que a publicidade enganosa. Pode ser, desta forma, uma afirmação ou utilização do produto ou serviço (como, por exemplo, um testemunho de celebridade ou postagem de foto utilizando o produto ou serviço) sem qualquer identificação de que a mensagem veiculada tem caráter publicitário, ou seja, não aparenta ao público que a pessoa anunciante recebeu de forma direta ou indireta alguma vantagem para fazê-la.

Após, adentrou-se na análise do direito do consumidor à informação e a publicidade testemunhal, iniciando pela delimitação dos titulares do dever de informação e suas responsabilidades quanto à este dever, assim como qual é o conteúdo deste dever e

quais as informações essenciais para que o consumidor possa efetivar seu direito de escolher o que quer adquirir livremente. Concluiu-se, neste subcapítulo, que todos os ligados a publicidade tem o dever de informar corretamente os consumidores sobre todos os itens mencionados no artigo 31 do CDC, dando informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa.

Por fim, analisou-se a responsabilidade por danos ao consumidor no caso de publicidade testemunhal, tanto quando há falsidade notória da mensagem publicitária como quando há falsidade do testemunho sobre o uso pessoal do produto ou serviço, de forma subsidiária em caso de dolo ou culpa grave da celebridade/consumidor comum/especialista envolvido.

Com o estudo, confirmou-se a grande preocupação que todos devem ter em relação a publicidade clandestina nos meios sociais eletrônicos nos dias atuais. No presente estudo se atentou mais a publicidade testemunhal nestes meios, as quais indicam o uso pessoal do produto ou serviço sem informar ao consumidor o caráter publicitário da mensagem, pois ocasionam uma maior confiabilidade na mensagem que aparenta ser idônea e sem qualquer patrocínio da empresa do produto veiculado.

Ainda, diversas vezes estas mensagens são lançadas aos consumidores como testemunhos de uso e de aprovação de produtos ou serviços, quando nem ao menos o portador da mensagem utilizou o produto ou quando nem mesmo têm conhecimento de que o produto tenha ou não aquelas qualidades que afirmou possuir. Aqui não está se tratando da publicidade feita por celebridade como “porta voz” do fabricante, onde ela tem um texto pré-escrito e somente empresta sua voz e imagem para divulgar o produto, não informando em nenhum momento que o utilizou e o aprovou (isto é, concordou com as características veiculadas pelo fabricante).

A questão principal deste trabalho foi tratar da identificação destas mensagens testemunhais (verbais ou não) como publicitárias nos meios de comunicação sociais atuais e da sua regulamentação para que não engane o consumidor, o induzindo ao ato de consumo.

Sabe-se que a publicidade visa beneficiar o fornecedor na venda de seus produtos ou serviços, pois gera grande influência aos consumidores ainda mais com o uso das variadas técnicas de persuasão do mercado. Todavia, estas técnicas devem ser

controladas pelos órgãos competentes para que não ocorra nenhum abuso desta atividade que atinge os consumidores em sua maior vulnerabilidade.

Ademais, notou-se que mesmo sendo previsto no CDC que toda publicidade deve ser identificada facilmente, ainda se está muito longe da perfeição, diante da grande dificuldade que se tem atualmente de comprovar estas publicidades mascaradas de testemunhos livres (manifestação do pensamento). Outra dificuldade que se apresenta é a velocidade das mensagens publicitárias que chegam ao conhecimento de milhões de consumidores instantaneamente e irrestritamente, transmissão de dados sem fronteiras que advêm do uso da internet, fazendo com que a publicidade tenha um grande potencial danoso.

Para que se possa, diante disto, efetivar uma melhor identificação deste caráter publicitário nas mensagens testemunhais veiculadas nos *blogs* (meios sociais eletrônicos) sugiro que estas imagens de uso ou testemunhos de uso tenham sempre uma identificação ostensiva do caráter publicitário, como, por exemplo, um carimbo ou logo de publicidade nas imagens ou letras garrafais nos textos, tanto no início como no fim, de que se tratam de publicidade, efetivando, deste modo, os princípios da informação e da identificação dos consumidores. Esta previsão deveria ser obrigatória nas mensagens, sob pena de responsabilização do portador que as fizerem.

Ainda, quando for um vídeo proveniente de testemunho de uso viralizado na internet, que tenha caráter publicitário, deveria ter as duas previsões acima, assim como um aviso verbal feito pelo portador da mensagem e durante toda a transmissão do vídeo um selo na tela avisando tratar-se de publicidade.

Não deve se olvidar que, em casos de comprovação do caráter publicitário da mensagem e não identificado esta característica aos consumidores, certa é a responsabilização por má fé do portador da mensagem, sendo esta celebridade ou consumidor comum.

Destarte, por todo o exposto, conclui-se haver necessidade de uma regulamentação específica das publicidades testemunhais sobre uso pessoal feitas principalmente nos meios de comunicação eletrônicos, diante da grande influência que acarretam aos consumidores, que é agravada quando feita por celebridades ou pessoas conhecidas em determinados meios, em razão da maior confiabilidade que transmitem

ao testemunhar sobre uso pessoal de determinado produto, fazendo com que o consumidor acredite no benefício descrito e adquira-o induzido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. _____. 6. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BOLKENHAGEN, Lina. *Merchandising* como técnica de publicidade. **Revista de direito do consumidor – RDC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 20, v. 80, out-dez/2011, p. 337-403.

BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de set de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 15 de abril de 2016

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de out de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 22 de abril de 2016.

_____. **Lei 10.692**, 11 de out. de 2004. Dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.962.htm> Acesso em: 15 de maio de 2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1317338/ MG /Recurso Especial 2011/0275068-0**, Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorrido: Intelig Telecomunicações S/A. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão Julgador T2-Segunda Turma, Publicado em 01 de abril de 2013. Disponível em: <<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=2011%2F0275068-0+ou+201102750680&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>>. Acesso em 16 de jun. de 2016)

_____. _____. **REsp 1.558.086/ SP /Recurso Especial 2015/0061578-0**, Recorrente: Pandurata Alimentos Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Humberto Martins, Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Publicado em 15 de abril de 2016. Disponível em: <<<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?livre=2015%2F0061578-0&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>>. Acesso em 16 de jun. de 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

COUTO, Rute. Publicidade: Dimensão do Direito do Consumidor à informação. **Revista luso-brasileira de direito do consumo**. Curitiba: v. 3, n. 9, mar. 2013, p. 51-67.

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

EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN. Laís Gomes; GIBRAN. Fernanda Mara. A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor. **Revista de direito do consumidor – RDC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 20, v. 81, jan-mar./2012, p.91-116.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebidades que dela Participam**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Biblioteca de direito do consumidor – V. 16)

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, NERY JÚNIOR, Nelson e DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto** – 10. ed. rev. atual. e ref. - Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108)

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. _____. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações de contratuais. 6 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZON, Marília. O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva. **Revista de direito do consumidor – RDC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 20, v. 78, abr.-jun./2011, p.225-268.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor: com exercícios** 5. ed. rev. ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 6 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2011, p.545.

SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. **Publicidade Enganosa e Abusiva. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil.** São Paulo: v.12, n. 83, p. 34-62, maio/jun 2013.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor.** Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 1997.