

A PUBLICIDADE RESPONSÁVEL: A IMPORTÂNCIA DA REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE COM A INCLUSÃO DE NOVAS CLASSES SOCIAIS AO MERCADO CONSUMERISTA

THE RESPONSIBLE ADVERTISING: THE IMPORTANCE OF ADVERTISING REGULATION BECAUSE THE INCLUSION OF A NEW SOCIAL CLASSES INTO THE MARKET CONSUMERIST

Ivaneide Almeida Pinheiro da Silva¹
Especialista em Direito e Pesquisadora
Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de
Ariquemes (IESUR/FAAr) - Ariquemes (RO)

RESUMO: Desde o início do século XXI, toda a população brasileira luta para que seja obtida uma justa distribuição de renda entre os cidadãos brasileiros. Com mais de 10 anos de luta, observa-se que os cidadãos de baixa renda que outrora não consumiam, hoje em dia, estão comprando. Estas classes consomem os seus sonhos de consumo, como TV, celulares, computadores, jogos eletrônicos, entre outros, regularmente por meio de “suaves” prestações. Contudo, essas novas classes sociais (C e D) que foram forjadas mesmo com toda dificuldade e recessão econômica não sabem lidar com os enganadores ou embusteiros que os iludem para que estes cidadãos comprem mais do que podem. Tratar desta problemática é o objetivo do artigo cuja metodologia é a revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Publicidade sustentável. Consumo consciente. Mercado consumerista.

ABSTRACT: Since the beginning of the century, the Brazilian population fight for

¹Graduada e Pós Graduada em Direito. Pesquisadora do Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdade Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR), na qualidade de voluntária associada do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito - NUPES/DIR. O artigo insere-se no cruzamento das Linhas Editoriais da Revista: Direito Fundamentais e suas dimensões e Sociedade, Empresa e Sustentabilidade. Pesquisa financiada pelo IESUR/FAAr. Advogada. E-mail: s.ivaneide@ig.com.br..

a fair distribution of income among Brazilian citizens is obtained. With over 10 years of struggle, it is observed that the low-income people who once did not consume today, are buying. These classes consume their dreams of consumption, such as TV, mobile phones, computers, electronic games, among others, regularly through “soft” benefits. However, these new social classes (C and D) were even forged with every difficulty and economic recession can not deal with cheaters or liars who deceive the citizens so that they buy more than they can. Address this problem is the purpose of the article whose methodology is the literature review.

KEYWORDS: Sustainable Advertising. Conscious consumption. Consumerist market.

INTRODUÇÃO

A necessidade de consumir é inerente ao ser humano e para que tal manifestação ocorra é necessário que chegue a seu conhecimento a existência do produto ou serviço. Isto ocorre através da divulgação que é uma importante ferramenta pela qual o fornecedor deve apresentar de forma transparente seus produtos ou serviços. É também através dela que o fornecedor ou produtor se faz conhecer no mercado de consumo.

Mais que informar, o fornecedor precisa atrair seu público-alvo buscando convencê-lo de que seu produto é melhor que o do seu concorrente. Boas estratégias podem e devem ser usadas para atrair o consumidor.

Contudo, tais estratégias não podem ser usadas para trazer vantagens que o favoreça em detrimento do consumidor, que é o lado vulnerável da relação de consumo.

A publicidade é relevante instrumento de aproximação dessa relação de consumo. Esteja ela num anúncio de TV ou simplesmente no rótulo de um produto. Trata-se de um dos principais instrumentos pelo qual o consumidor poderá deliberar se deseja ou não adquirir certos bens ou produtos. Também é através dela que o fornecedor exerce seu direito de anunciar seu produto. É um direito e não uma obrigação. Porém, a partir do momento em que o fornecedor opta por tal instrumento, deverá ser fiel às características de seu produto ou serviço. Na disputa pela preferência do consumidor, muitas empresas recorrem à concorrência desleal ou fraudulenta.

Desta forma, várias surgirão com o intuito de nortear e regulamentar essa relação de consumo, podendo assim ser aplicado o Direito do Consumidor em qualquer que seja a área do Direito na busca de coibir práticas abusivas contra o consumidor que por longos anos se limitou a aceitar as condições impostas pelo fornecedor.

A referida pesquisa propõe discorrer sobre a propaganda enganosa e abusiva no território brasileiro e sobre importância da atenção do legislador em face da prática da publicidade comercial.

1. CONSUMIDOR, PRODUTO E ANÚNCIO À LUZ DA LEGISLAÇÃO E DOUTRINA BRASILEIRA

Neste item será apresentada uma breve análise conceitual de consumidor, produto, anúncio, briefing, propaganda, publicidade, informação e informação “distorcida”, esta última como aquela traz divergência capaz de fazer com que o consumidor adquira determinado produto ou o serviço que na realidade não condizem com a informação prestada pelo fornecedor.

1.1 Breve histórico

A defesa do consumidor, já implantada mundialmente, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental através do artigo 5º, inciso XXXII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nele o Estado avoca a defesa do consumidor na forma da lei.

Dois anos mais tarde foi sancionada a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), tornando-se grande marco na história e evolução da defesa do consumidor brasileiro, inclusive de ordem processual, sendo considerada hoje uma das mais modernas do mundo. Através desta lei foram criados Departamentos e Secretarias, além de várias outras entidades e Associações todas com regras que norteiam e regulamentam a relação de consumo a fim de trazer maior proteção na defesa dos interesses do consumidor.

Também será conceituada oferta, sua força vinculante, o Princípio da vinculação contratual da publicidade ou obrigatoriedade do cumprimento, bem como as sanções cabíveis no caso do descumprimento da oferta. O erro, suas respon-

sabilidades e consequências, as alternativas cabíveis ao consumidor e quando se justifica o descumprimento da oferta pelo lojista.

Serão abordados o controle da publicidade no ordenamento jurídico brasileiro. O consumidor e o princípio da vulnerabilidade, os tipos de vulnerabilidade, a publicidade enganosa e os tipos comuns de publicidade enganosa.

Acerca da propaganda abusiva, serão abordados o princípio da não abusividade da publicidade, da publicidade dirigida às crianças, da venda casada, publicidade comparativa, concorrência e seus aspectos, efeitos da prática de concorrência desleal, terminando o capítulo falando sobre propaganda comparativa.

Serão abordados os princípios norteadores da publicidade como o Princípio da identificação da publicidade, o Princípio da não abusividade da publicidade, o Princípio da veracidade da publicidade e o Princípio da inversão do ônus da prova da publicidade.

Com efeito, será abordada a prática de publicidade enganosa no Brasil, definição, Princípios que norteiam a publicidade como o Princípio da correção do desvio publicitário - contrapropaganda, Princípio da transparência da fundamentação da publicidade, Princípio da transparência e a mensagem subliminar, Princípio da identificação da publicidade.

Finalizando com uma análise geral sobre a importância da prática da publicidade comercial na relação de consumo, da necessidade da regulamentação dada pelo ordenamento jurídico brasileiro, como importante defesa do consumidor que é a parte vulnerável nessa relação.

2. ANÁLISE CONCEITUAL DOS INSTITUTOS E PRINCÍPIOS JURÍDICOS RELATIVOS AO TEMA

A defesa do consumidor, já implantada mundialmente, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental através do artigo 5º, inciso XXXII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nele o Estado avoca a defesa do consumidor na forma da lei.

2.1 Consumidor

A definição legal de consumidor consta no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que o define como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza

produto ou serviço como destinatário final². Presentes os elementos subjetivos (sujeito) e objetivos que são os produtos ou serviços estará caracterizada a relação de consumo podendo assim ser aplicado o Direito do Consumidor.

Segundo a legislação consumerista³ o conceito de consumidor também se estende a terceiros equiparados a consumidores para efeitos de tutela legal, conforme disposições contidas no parágrafo único do art. 2.º e nos arts. 17 e 29. Em caráter difuso, são os chamados consumidores por equiparação: a coletividade, a vítima de acidente de consumo (art. 17 CDC) pessoas expostas às práticas comerciais e à disciplina contratual (art. 29 CDC) onde basta a simples exposição do consumidor às práticas comerciais ou à disciplina contratual.

Contudo é necessário que este consumidor atingido seja o destinatário final para que seja amparado pelo CDC, conforme leciona Tartuce⁴:

“[...] fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pelo CDC, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo”.

É a hipótese em que o fornecedor veicula publicidade enganosa. Neste caso não se faz necessário que o consumidor adquira o produto ou serviço ou tenha danos efetivos, bastando, tão somente, que haja a veiculação da publicidade enganosa para a configuração da relação de consumo e a consequente aplicação das penalidades previstas no CDC.

2.2 Produto

É o fruto de uma produção, de algo que foi produzido para entrar no mercado de consumo. Neste conceito incluem-se bens, serviços, facilidades, instituições,

²Artigo 2º do CDC.

³GIANCOL, Brunno Pandori; ARAUJO, Júnior Marco Antonio. Elementos subjetivos da relação jurídica de Consumo: o consumidor: Definição legal de consumidor. In: Direito do consumidor: Difusos e Coletivos. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 31-32.

⁴TARTUCE, Flávio; NEVES Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: Direito material e processual. In: Os elementos subjetivos da relação de consumo. 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014, P. 81-82.

conceitos ou ideias que sejam promovidos pela publicidade. Quanto às suas características podem ser: produtos móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, duráveis ou não duráveis.

Ao nuncio é uma modalidade de publicidade realizada em espaço ou tempo paga pelo anunciante com intuito de levar ao conhecimento do público um fato, um produto ou serviço, seja por qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade. O consumidor deve compreender que está diante de um anúncio publicitário.

A agência de publicidade receberá do anunciante um conjunto de dados também conhecido como briefing para se orientar na elaboração do processo de planejamento de uma campanha publicitária. A campanha publicitária integra o contrato que vier a ser celebrado e obriga o anunciante a cumprir a oferta que a fizer veicular ou dela se utilizar. Trata-se do Princípio da vinculação contratual da publicidade, elencado nos artigos. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor.

2.3. Publicidade

Na seara consumerista, publicidade nada mais é que toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover incitamento de massas junto à aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado.

É considerada a principal ferramenta para o capitalismo, por se tratar de um método mais eficaz e lucrativo para atingir os consumidores. Urge assim a necessidade do direito discipliná-la com intuito de proteger os consumidores das chamadas publicidades ilícitas, mais especificamente da publicidade enganosa, que se caracteriza a técnica mais utilizada pelos fornecedores na publicidade ilícita.

2.4 Diferenças entre informação e publicidade

Para que uma informação se configure como publicidade, é necessário que haja a informação com objetivo de incentivar o consumidor a compra produtos ou adquirir serviços. Porém para que o consumidor seja atingido pelo o anunciante é essencial que haja a difusão dessa informação. A difusão é elemento finalístico essencial para a configuração da publicidade.

Essa modalidade de publicidade será enganosa quando se puder compará-la ao produto ou serviço real, concreto, da forma como ele se apresenta, para que serve, como é utilizado etc., e na comparação se puder identificar divergência que haja sido capaz de fazer com que o consumidor tenha adquirido o produto ou o serviço. É a chamada Informação “distorcida”.

Tal ordenamento permite que o consumidor rescinda o contrato e pleiteie perdas e danos. Acerca de “perdas e danos”, observa Rizzatto Nunes⁵:

(...) é expressão que há de ser entendida como danos materiais (emergentes e lucros cessantes) e morais. As perdas e danos garantidos no inciso III do art. 35 não nascem nem de defeito típico (hipótese dos arts. 12 a 14) nem do defeito decorrente do não saneamento do vício (casos do inciso II do § 1º do art. 18, do inciso IV do art. 19 e do inciso II do art. 20).

Quando se tratar de um contrato, o consumidor poderá optar também por rescindi-lo junto ao fornecedor com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

3. O CONTROLE DA PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A proteção do consumidor tem início antes mesmo da realização do contrato de consumo, inicia-se na expectativa de consumo que é despertada por meio das técnicas de estimulação do consumo. A relação de consumo não é apenas a contratual.

Como a mais importante dessas técnicas, a publicidade, recebeu especial atenção no código. Falar em controle da publicidade é falar em controle da mensagem publicitária em seu conteúdo, ou seja, do anúncio em si em qualquer que seja a forma utilizada para veiculá-la.

Por se tratar de um instrumento de dominação e estipulação de comportamento em massa como nenhum outro, a publicidade recebeu especial atenção do código no que se refere ao controle de seu conteúdo na comunicação. Seu controle se dá na mensagem publicitária, ou seja, no conteúdo da comunicação,

⁵NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 497-498.

independentemente dos meios utilizados para veiculá-la. O Código de Defesa do Consumidor protegerá o polo mais vulnerável (consumidor) da relação, além, também, de punir os fornecedores do anúncio.

Das sanções aplicadas segundo o artigo 56 do CDC, a mais comum e a mais branda em caso de violação dos direitos do consumidor é a de multa.

A forma de intervenção mais severa é aquela que faz cessar a veiculação da mensagem e interrompe a comunicação do anunciante com o seu público-alvo. Quando necessário e com alguma frequência, o CONAR lança mão da medida liminar de sustação.

4. CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

O consumidor, que é fonte de lucro do mercado de consumo, é legalmente considerado vulnerável diante da indústria cultural que constantemente o seduz ao ato de consumo. Reconhecer no mercado de consumo a vulnerabilidade do consumidor é reconhecer que ele representa o elo fraco da relação de consumo especialmente pelo fato de que ele está afastado de todo o processo produtivo e com isso não tem acesso às informações que gera os produtos e os serviços. Esse afastamento o torna vulnerável.

Importante observar que a lei pressupõe a vulnerabilidade do consumidor pessoa física. Já a pessoa jurídica deve provar sua vulnerabilidade a ser demonstrada em situação concreta da relação existente entre fornecedor e consumidor.

4.1. Vulnerabilidade técnica

A falta de conhecimento específico do consumidor sobre que está adquirindo faz com que a confiança na boa-fé da outra parte seja sua única base ao adquirir o produto e/ou serviços podendo, portanto, ser mais facilmente iludido no momento da contratação.

Para alguns juristas, a vulnerabilidade técnica está ligada aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. Tal situação é muito comum, por exemplo, em se tratando de telefonia.

4.2. Vulnerabilidade jurídica ou científica

Refere-se à falta de conhecimentos jurídicos ou de outros pertinentes à relação, como economia, contabilidade e matemática financeira na relação de consumo. Materializa-se nas dificuldades que o consumidor enfrenta na luta pela defesa de seus direitos, quer na esfera administrativa ou judicial.

4.3. Vulnerabilidade fática ou econômica

Trata-se da imposição da posição de superioridade do parceiro contratual numa relação contratual em decorrência do grande poderio econômico deste último, seja pela sua posição de monopólio, ou em razão da essencialidade do serviço que presta. Sobre este prisma afirma Rizzatto Nunes⁶:

(...) diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral.

4.4. Publicidade enganosa

O artigo 67, cominado com o artigo 37 do CDC pune com uma pena de detenção de três meses a um ano mais multa o ato de “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva”. É assim qualificado como crime comissivo, instantâneo, de mera conduta, de perigo abstrato e próprio, sendo cometido com dolo direto (“saber”) e dolo eventual (“dever saber”)⁷.

4.5. Publicidade enganosa omissiva

É aquela que induz o consumidor em erro pela falta um dado essencial para o consumidor. Informações essas que se fosse dada ao consumidor para aquela

⁶Op. Cit. NUNES, 2012, p. 178-179.

⁷CAPEZ, Fernando; COLNAGO Rodrigo. Direito do consumidor II. In: *Direito penal do consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 73.

relação de consumo que levaria o consumidor a agir de forma diferente.

Nela o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, isto é, deixa de dizer algo que é. O consumidor é induzido a erro ao comprar um produto cujas características verdadeiras desconhece.

4.6. Publicidade enganosa comissiva

Decorre de uma informação positiva daquilo que não é que não corresponde à realidade do produto ou serviço. Trata-se de uma ação mal-intencionada do fornecedor. O que a diferencia da enganabilidade omissiva onde temos a ausência de ação. O consumidor é induzido a erro quando compra um produto baseado numa publicidade falsa.

5. PROPAGANDA ABUSIVA

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 37, § 2º assim classifica como propaganda abusiva:

É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

5.1. Princípio da não abusividade da publicidade

A abusividade da publicidade concretiza-se quando o estabelecimento comercial abusa dos direitos do cliente, induzindo-o a consumir determinado produto, usando de violência, medo e outras formas de persuasão dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração. A propaganda enganosa tem aptidão a induzir em erro o consumidor muitas vezes fragilizado.

5.2. Princípio da veracidade da publicidade

Pelo Princípio da veracidade da publicidade, qualquer dúvida ou alegação sobre a engenhosidade ou abusividade do anúncio, caberá ao fornecedor-anunciante o ônus da prova da veracidade e correção da informação e/ou comunicação publicitária como assim determina o artigo 38 do CDC: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

No caso de inobservância das especificações do briefing pela agência contratada, o anunciante pode responsabilizá-los.

Em contrapartida, o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária. É uma regra explícita no artigo 30 do CDC e por tal motivo o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária sem qualquer justificativa ou fundamento para se valer das opções aqui previstas. Basta a manifestação da vontade⁸.

É defeso ao fornecedor se recusar a cumprir a oferta, apresentação e/ou publicidade. Por tal motivo, o consumidor poderá:

Exigir o cumprimento forçado da oferta. O fornecedor é obrigado a cumprir rigorosamente o que é prometido. Por isso, mensagem transmitida pelo anúncio publicitário precisa ser fiel às características daquilo que é ofertado. Dessa maneira, o consumidor tem o direito de exigir que o fornecedor cumpra a oferta de acordo com a informação divulgada por meio da publicidade.

Lamentavelmente, com a cultura de desrespeito ao consumidor fatalmente o cumprimento de tal exigência levará ao processo judicial para a execução específica da oferta não adimplida.

Para Rizzatto Nunes⁹, o erro como escusa do cumprimento da oferta, só deve ser aceito se a própria mensagem deixar o erro patente, pois, caso contrário, afirma ele, o fornecedor sempre poderia alegar que agiu em erro para negar-se a cumprir a oferta.

No entanto, sobre o princípio da boa-fé objetiva, um erro crasso justifica o descumprimento da oferta pelo lojista. Cabe ao fornecedor análise entre o preço normal do produto e aquele informado por engano ao consumidor.

⁸Idem. NUNES, 2012, p. 497.

⁹Idem. NUNES, 2012, p. 470.

No caso em que o fornecedor se recusa a dar cumprimento a oferta, mas apresenta uma saída oferecendo outro produto ou serviço no lugar do ofertado. O consumidor poderá aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente independente da norma.

Destaque-se que a norma não estabelece limite ao meio de comunicação no qual a mensagem será transmitida. Quando se diz¹⁰ toda e “qualquer forma ou meio de comunicação” inclui-se televisão, rádio, cinema, jornal, revista, mala direta, folheto, cartaz, outdoor, telemarketing etc.

Ainda seguindo o raciocínio de Rizzato Nunes, inclui-se que a mera apresentação do produto na vitrina, na prateleira, no balcão etc. já se caracteriza como oferta.

5.3. Publicidade dirigida às crianças

Se “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal”, a criança não tem condições de entender as mensagens publicitárias que lhes são dirigidas, por não conseguirem compreender o caráter persuasivo da publicidade. É natural a criança misturar fantasia com realidade. Logo, a publicidade não pode por sua vez se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, portanto, ilegal.

Isto posto toda e qualquer publicidade direcionada diretamente ao público infantil será sempre carregada de abusividade e ilegalidade, uma vez que será beneficiada por sua deficiência de julgamento e experiência.

Toda publicidade que incentive a criança ou adolescente a consumir é considerada abusiva¹¹.

Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço (...).

¹⁰Idem. NUNES, 2012, 469.

¹¹RESOLUÇÃO Nº 163, DE 13 DE MARÇO DE 2014.

5.4. Venda casada

Compra casada ou venda casada é exigência da compra de outro produto do mesmo fornecedor na compra daquele que se deseja.

O Código de Defesa do Consumidor protege a liberdade de escolha do consumidor quanto ao que ele deseja consumir bem como à quantidade. Não é permitido que se faça qualquer tipo de violação a este direito constituindo tal prática infrativa.

Considerada um crime contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, a “venda casada” caracteriza-se pela vinculação obrigatória ou imposição a limites quantitativos, uma prática abusiva, vedada pelo artigo 39, I, do Código de Defesa do Consumidor

5.5. Publicidade comparativa

Publicidade comparativa é um elemento da técnica promocional em que o anúncio tenta mostrar a superioridade de seu produto ou serviço na relação com o de seu(s) concorrente(s). Tal técnica é aceita desde que respeite os seguintes princípios e limites conforme regula o Artigo 32 do CONAR:

- a) o fim da comparação deve ser o esclarecimento e/ou a defesa do consumidor (art. 32, a);
- b) a comparação deve ser feita de forma objetiva, evitando o uso de alusões de caráter subjetivo, e deve ser passível de comprovação (art. 32, b e c);
- c) os modelos a serem comparados devem ter sido produzidos no mesmo ano. A comparação entre modelos de épocas diferentes só é possível se pretender demonstrar evolução, que deve ficar claramente caracterizada (art. 32, d);
- d) não se pode estabelecer confusão entre produtos, serviços e marcas concorrentes (art. 32, e);
- e) não se pode caracterizar concorrência desleal nem denegrir a imagem do produto, serviço ou marca concorrente (art. 32, f);
- f) não se pode utilizar injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros (art. 32, g);
- g) se se tratar de comparação entre produto ou serviço cujo preço seja de desigual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada (art. 32, h)¹².

¹²Idem. NUNES, 2012, p. 516.

6. CONCORRÊNCIA EM SEUS ASPECTOS GERAIS

O processo de concorrência se faz por dois fortes elementos: qualidade e preço. A livre concorrência é uma garantia ao consumidor e ao mercado consumo de produtos e serviços melhores que os de seu concorrente. A exploração da produção e de oferta de produtos e serviços com melhores qualidade e preço possíveis é a meta. Contudo, o princípio da livre iniciativa encontra limitação no abuso do poder econômico. A livre concorrência e a livre iniciativa estão amparadas na nossa Carta Magna, *verbis*: Art. 170. *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, [...]*.

A repressão à concorrência desleal e à dominação do mercado de consumo é um dos meios de proteção ao consumidor. A concorrência passa a ser nociva quando se torna desleal¹³ envolvendo práticas competitivas desonestas de cunho industrial ou comercial de um agente em relação ao seu concorrente no mesmo segmento produtivo.

Os efeitos da prática de concorrência desleal são: Causar confusão- no caso de produtos com embalagens semelhantes. Induzir ao erro- produto com rótulo adulterado. Tirar vantagem das realizações de terceiro (parasitismo)- é o caso dos chamados “produtos piratas” ou ainda das propagandas comparativas onde há deslealdade ou abusividade do poder econômico, infringindo a ordem econômica.

7. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PUBLICIDADE

7.1. Princípio da identificação da publicidade

Ao veicular a publicidade de seus produtos e serviços com objetivo comercial, o fornecedor deve fazê-lo de modo claro, inteligível, de forma que o consumidor compreenda que está diante de um anúncio publicitário. (art.36, caput).

A falta de identificação coloca em risco não apenas o consumidor que pode estar sendo enganado como também pode ocultar importantes regras como, por exemplo, de restrições ao uso de alguns produtos.

¹³BRASIL. LEI Nº 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em 1º nov. 2014.

Segundo a CONAR, uma exceção a esta regra está o “teaser”, assim entendida como a mensagem que visa a criar expectativa ou curiosidade no público, que poderá prescindir da identificação do anunciante, do produto ou do serviço¹⁴. Na sequência da campanha o assunto é esclarecido. Como exemplo podemos citar um outdoor com a foto do vulto de um carro e nela escrito “ele está chegando!”.

7.2. Princípio da não abusividade da publicidade

Nas palavras de Rizzatto Nunes¹⁵: “[...]Pode-se definir o abuso do direito como o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular.”. O mesmo autor supracitado assevera que:¹⁶ “[...] A legislação brasileira, adotando a doutrina do abuso do direito, acabou por regular uma série de ações e condutas que outrora eram tidas como meras práticas abusivas, tornando-as ilícitas”.

A abusividade da publicidade concretiza-se quando o estabelecimento comercial abusa dos direitos do cliente, induzindo o consumidor, muitas vezes fragilizado, a consumir determinado produto, usando de violência, medo e outras formas de persuasão dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes¹⁷.

Publicidade é um direito do fornecedor que, ao ser exercido, deve atender aos princípios da transparência e da veracidade da publicidade, sob pena de sanção.

Independente de culpa, a empresa que veicula anúncio publicitário, seja ela rádio, televisão, ou outros, é solidariamente responsável pelo pagamento de indenização a consumidor lesado por empresa que, anunciando seu produto, efetua propaganda enganosa por não agir com a devida diligência.

É o que está disposto no parágrafo único do artigo 7º e ainda, no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor:

¹⁴Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária Código e Anexos - CONAR Artigo 9º, § 2º.

¹⁵Nunes, Luis Antonio Rizzatto Curso de direito do consumidor- página 188 / Rizzatto Nunes. - 7. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2012

¹⁶Ibid., mesma página.

¹⁷BRASIL. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.Código Civil Art. 187. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm> Acesso em jan de 2015.

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Segundo o CDC, cabe a quem patrocina o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária. E o Princípio da inversão do ônus da prova da publicidade apresenta-se fundamentado no art. 5º da CF:

Todos somos 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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

A inversão do ônus da prova no Direito do consumidor é open juris. Contudo na publicidade a inversão é open legis, ou seja, tem força de lei, cabendo a quem a patrocina. Tal princípio básico para a facilitação da defesa do consumidor em juízo, cabendo ao fornecedor demonstrar que sua publicidade foi veiculada dentro dos princípios expostos. (art. 38) cominado com o art.36 do CDC.

Acerca deste tema destaca Cavalieri¹⁸:

Dispõe o § 3º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar (...) (grifamos).

No mesmo sentido o § 3º do art. 14: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar [...]” (grifamos). Temos aí, indubitavelmente, uma inversão do ônus da prova quanto ao nexo causal, porquanto, em face da prova da primeira aparência, caberá ao fornecedor provar que o defeito inexistente, ou a ocorrência de qualquer outra causa de exclusão de responsabilidade”.

¹⁸CAVALIERI Sergio Filho. A responsabilidade civil nas relações de consumo. Disponível em <<http://www.sergiocavaliere.com.br/bio.php>>. Acesso em 1º dez. 2014

Entende o renomado jurista que seja a correta a posição do Código, visto que se para a vítima é praticamente impossível produzir prova técnica ou científica do defeito, para o fornecedor isso é perfeitamente possível, ou pelo menos muito mais fácil. Ele que fabricou o produto, ele que tem o completo domínio do processo produtivo, tem também condições de provar que o seu produto não tem defeito. O que não se pode é transferir esse ônus para o consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término da referida pesquisa, percebemos que a prática da publicidade comercial é de relevante importância no mercado de consumo, sendo tida como uma das principais ferramentas do processo de divulgação e colocação no mercado de produtos e serviços.

É através da publicidade, esteja ela num anúncio de TV ou simplesmente num rótulo de um produto, que o consumidor poderá deliberar-se deseja ou não adquirir certos bens ou produtos. Também é através dela que o fornecedor exerce seu direito de anunciar seu produto. É um direito e não uma obrigação. Contudo, a partir do momento em que o fornecedor opta por tal instrumento, deverá ser fiel às características de seu produto ou serviço.

O consumidor vem desenvolvendo um poder de compra que antes só era possível às classes mais abastardas. O mercado de consumo atento a esse fenômeno explora a ideia de que comprar traz status e felicidade criando-se a imagem de que consumir é sinônimo de bem-estar.

É neste contexto que a necessidade da regulamentação da publicidade se faz amplamente presente, como um importante mecanismo de equilíbrio e proteção ao consumidor que é comprovada e acertadamente tida pelo nosso ordenamento jurídico como a parte vulnerável nessa relação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acessado em 05 jan. 2015.

_____. **LEI Nº 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acessado em 05 jan. 2015.

_____. **LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Código Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acessado em 06 jan. 2015.

GIANCOL Brunno Pandori; ARAUJO Júnior Marco Antonio. Elementos subjetivos da relação jurídica de Consumo: o consumidor: definição legal de consumidor. *In: difusos e Coletivos DIREITO DO CONSUMIDOR.* 3. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Rizzatto **Curso de direito do consumidor.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Rizzatto. **O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial.** São Paulo: Saraiva, 2010.

REVISTA JURÍDICA CONSULEX. Brasília: Editora Consulex, Quinzenal- ISSN 1519-8065.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. *In: Os elementos subjetivos da relação de consumo,* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014.

Artigo recebido em: 30.11.2014

Revisado em: 5.12.2014

Aprovado em: 20.12.2014