

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

ISABELÊ LUISE ABRITTA COELHO

**A NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DA PUBLICIDADE VOLTADADA
AO PÚBLICO HIPERVULNERÁVEL EM FACE DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

UBERLÂNDIA

2017

ISABELÊ LUISE ABRITTA COELHO

**A NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO DA PUBLICIDADE VOLTADA
AO PÚBLICO HIPERVULNERÁVEL EM FACE DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis – Universidade Federal de Uberlândia (UFU), como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins.

UBERLÂNDIA

2017

Ao meu avô e grande amigo Luiz Curcino.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela vida e por todas as pessoas e oportunidades que colocou em meu caminho. Tenho certeza da Sua bondade, amor e compaixão infinitos com uma filha, por vezes, tão errante.

Aos meus pais, que nunca mediram esforços para que eu pudesse realizar os meus sonhos, inclusive abrindo mão dos seus próprios. Todo o meu amor. Sempre.

Aos meus irmãos, Víctor e Helena, minha ligação eterna nesse mundo com o meu amado pai.

Aos meus avós, Luiz e Dina, pelo carinho e apoio que sempre me deram, permitindo que eu viesse para Uberlândia a fim de dar continuidade aos meus estudos.

Aos meus padrinhos, Alexandra e Aldo, que sempre me incentivaram, me aconselharam e ajudaram nessa árdua caminhada no curso de Direito.

A todos os professores da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, agradecimento que faço especialmente à pessoa do meu orientador, Dr. Fernando Rodrigues Martins, verdadeira referência de ser humano e profissional, por todos os ensinamentos e pela disponibilidade em me assistir na conclusão desta etapa.

Ao Rafael Rabelo, por nunca me permitir desistir, ainda que muitas fossem as dificuldades. Pelo cuidado diário, especialmente no último ano do curso, pelo amor, apoio e por compartilhar sua vida comigo.

Ao Jhonatan Félix, amigo que, mesmo em virtude dos desencontros da vida, sempre esteve presente. Gratidão pelas mensagens de solidariedade, pela ajuda no início dessa caminhada e por me entender, mesmo quando era complicado.

Por fim, mas não menos importante, a todos os meus amigos que, de perto ou longe, contribuíram com palavras de encorajamento, entenderam a minha ausência e toda a minha preocupação na realização deste projeto.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar como a publicidade, empregada de forma ostensiva no cotidiano dos consumidores na pós-modernidade, tem o poder de incentivar o consumo e modificar hábitos, de forma a atender às necessidades do mercado. Se apresentando como uma verdadeira ferramenta de persuasão, a publicidade acaba por causar grande nocividade aos que com ela tenham contato. No tocante ao público hipervulnerável em foco, o problema se agrava ainda mais, na medida em que as pessoas desse grupo possuem pouca ou nenhuma capacidade de resistir aos abusos que a comunicação mercadológica pratica. Desse modo, busca-se a adequação da publicidade voltada para o público hipervulnerável com base na análise de aspectos sociais, econômicos e culturais, apoiado no diálogo de fontes, com a aplicação dos dispositivos do microssistema de defesa do consumidor, bem como de toda a legislação pátria, a fim de efetivar o princípio da dignidade humana nas relações jurídicas de consumo.

Palavras-chave: publicidade, consumidor, hipervulnerabilidade.

ABSTRACT

The objective of this work is to demonstrate how advertising, which is used in an ostensive way in consumers's day-to-day in the post-modernity, has the power of encourage the consumism and transform habits, in order to attend the market's needs. Presenting like a true persuasion tool, advertising ends up causing a huge malignancy to the people in contact with it. Regarding the hypervulnerable public in focus, the problem aggravates, once people of this group has few or none ability of resisting the abuses that marketing communication practices sometimes. Thereby, we seek for the advertising for the hypervulnerable people adequation based in the analysis of social, economic and cultural aspects, supported by the theory of sources dialogue, with the consumer's microsystem defense legislation application, as well as all the national legislation in the enforcement actualize the principle of the human person dignity in consumer legal relations.

Key-words: advertising, consumer, hypervulnerability.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – A publicidade no ordenamento jurídico brasileiro	10
1.1. Conceito e histórico da Publicidade	10
1.2. Tipos e funções da publicidade	13
1.3. Princípios da publicidade no Código de Defesa do Consumidor	15
1.3.1. Princípio da identificação da mensagem publicitária.....	15
1.3.2. Princípio da vinculação contratual da publicidade.....	17
1.3.3. Princípio da veracidade	18
1.3.4. Princípio da não abusividade.....	20
1.3.5. Inversão do ônus da prova.....	21
1.3.6. Princípio da transparência da fundamentação da publicidade.....	22
1.3.7. Correção do desvio publicitário	22
CAPÍTULO II – A publicidade voltada ao público hipervulnerável	24
2.1. A vulnerabilidade intrínseca de todo o consumidor	24
2.1.1. Vulnerabilidade técnica.....	26
2.1.2. Vulnerabilidade Jurídica	27
2.1.3. Vulnerabilidade Fática	28
2.1.4. Vulnerabilidade Informacional	28
2.2. O agravamento da vulnerabilidade – Hipervulnerabilidade.....	30
2.3. A publicidade em face dos grupos de consumo hipervulneráveis.....	32
2.3.1. A publicidade e a hipervulnerabilidade do consumidor criança	33
2.3.2. A publicidade e a hipervulnerabilidade do consumidor idoso	38
CAPÍTULO III – O controle da publicidade	43
3.1. Meios de controle da Publicidade	43
3.1.1. Sistema Autorregulamentar	44
3.1.2. Sistema Estatal	47
3.1.3. Sistema Misto.....	48
3.2. Órgãos responsáveis pela atuação no controle publicitário.....	49
3.2.1. CONAR.....	50

3.2.2. Ministério Público.....	54
3.2.3. PROCON.....	58
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

INTRODUÇÃO

Em se considerando a sociedade pós-moderna em que vivemos, percebe-se que o mercado capitalista, cada dia mais, forja necessidades, induzindo ao consumo desenfreado incentivado pelos veículos de mídia. No contexto pós Revolução Industrial, inicia-se o chamado consumo em massa e é nessa conjuntura que a comunicação mercadológica começa a visualizar a possibilidade de induzir o consumo de bens e serviços, modificando hábitos, distorcendo valores, bem como o comportamento da sociedade, e por que não dizer interferindo na noção de ética e moral dos sujeitos.

A questão da concorrência e o estímulo ao consumo fizeram com que os grandes fornecedores investissem pesado na publicidade, por intermédio de propagandas televisivas e mídias sociais, o que evidencia o avanço tecnológico, que nem sempre vem acompanhado do amparo legal necessário a salvaguarda dos consumidores.

Ainda nesse cenário, verifica-se que o mercado publicitário se vale da vulnerabilidade dos indivíduos, especialmente daqueles que não possuem tanto senso crítico, ou até mesmo capacidade intelectual para decifrar as mensagens subliminares nos anúncios, no intuito de vender, sem se preocupar com o cunho social e nos impactos negativos que possa causar. Dessa maneira, resta primordial resguardar os interesses dos consumidores, sobretudo os hipervulneráveis, na medida em que estão mais suscetíveis a sofrer prejuízos que não só lesariam a relação de consumo específica como também o próprio mercado.

Significa dizer que a publicidade do produto ou serviço precisa ser firmada em princípios que garantam a segurança de quem é atingido por ela, e, por conseqüência, não haja violação com relação à ética, moral e, sobretudo, à legislação vigente, principalmente quando se trata de grupos que possuem maior vulnerabilidade.

É neste contexto que o presente trabalho busca a adequação da publicidade para o público em comento. Para tanto, no primeiro capítulo é feito um breve apanhado histórico acerca da publicidade, bem como o seu conceito perante o ordenamento jurídico, norteando-se nos princípios expressos no Código de Defesa do Consumidor e também na doutrina especializada.

Já o segundo capítulo discorre sobre o público hipervulnerável, com enfoque na criança e nos idosos, mostrando as peculiaridades inerentes aos indivíduos do grupo, razão pela qual a comunicação mercadológica deve se adequar, de modo que não haja nenhum tipo de lesão ao público que a consome.

Por fim, o terceiro capítulo trata do controle da publicidade, explicitando os meios e os órgãos responsáveis para tanto, explicando que o país adota um sistema misto, ou seja, tem-se a moderação por parte do Estado e também por parte de agentes privados, o controle autorregulamentar.

A metodologia adotada no presente trabalho consiste na observação da ciência jurídica em face das dimensões sociais, políticas, culturais e econômicas. Neste sentido, foi realizada pesquisa bibliográfica, tanto no contorno nacional como no estrangeiro, na promoção do sistema dogmático-normativo e também documental, com a análise de textos legislativos e o entendimento jurisprudencial.

Assim, utiliza-se o método dedutivo e indutivo, além da filtragem do método hipotético-dedutivo, por intermédio da crítica jurídica em face dos paradigmas identificados. Dessa maneira, a pesquisa pontuará as diversas perspectivas da mensagem publicitária, com enfoque ao público hipervulnerável, justificando o urgente amoldamento de normas da relação de consumo.

CAPÍTULO I

A publicidade no ordenamento jurídico brasileiro

1.1. Conceito e histórico da Publicidade

Segundo Cláudia Lima Marques¹ a publicidade, no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, pode ser definida como “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias, incluindo nessa definição a publicidade governamental e o *merchadising*.”

Conforme define Adalberto Pasqualotto² em sua obra, a publicidade também pode ser vista como uma “ação planejada e racional, desenvolvida através dos veículos de comunicação para divulgação das vantagens, das qualidades e da superioridade de um produto, um serviço, uma marca, uma idéia, etc.”.

Em consonância com a o artigo 2º da Diretiva 84/450/CE de 10 de setembro de 1984 pode-se entender a publicidade como “qualquer forma de comunicação feita no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações”.

No entanto, conforme explicam Marques, Herman Benjamin e Miragem³ é preferível entender a publicidade, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, como “toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover, junto aos consumidores, a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou o meio de comunicação utilizado”.

Nesta definição exclui-se a propaganda política, que tem sua regulamentação na lei eleitoral e, também, a denominada publicidade governamental, que não tem o escopo de promover atos de consumo. Ao mesmo tempo distingue a publicidade da

¹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 829

² PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 20

³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 727

propaganda, sendo esta última a difusão de ideias e conceitos, cuja divulgação não se relaciona com a finalidade lucrativa ou obtenção de alguma vantagem econômica.

Bruno Miragem⁴, no entanto, adverte que essa distinção não é observada, em regra, na legislação, tendo em vista que esta utiliza os termos publicidade e propaganda preponderantemente como expressões sinônimas.

A origem da publicidade remonta à Antiguidade, ocasião em que os indivíduos, utilizando-se majoritariamente de linguagem oral e também de gestos, encontraram uma forma de transmitir informação. De início a propagação da mensagem era apenas informativa, ou seja, um meio de comunicar a existência de um produto ao mercado, indicando seu valor, suas características e onde encontrá-lo.

Com o advento da imprensa por Gutenberg no século XV, os caminhos da publicidade começaram a mudar, uma vez que a partir daquele momento os anúncios passaram a ser escritos. O primeiro anúncio impresso em inglês de que se tem notícia foi veiculado em 1477, na Inglaterra, anunciando livros religiosos.⁵

Os anúncios na época eram, basicamente, a respeito da venda de imóveis e escravos, leilões, entre outros, e não dotavam de refinada técnica, sendo simples, pouco objetivos e muitas vezes imprecisos. A maior preocupação do anunciante era descrever o objeto ou serviço anunciado, enumerando suas qualidades, revelando-se como uma mera apresentação do que estava sendo oferecido e esperando uma escolha racional do comprador.⁶

Naquele período a relação entre consumidor e fornecedor era fundada na confiança, ou seja, grande parte da decisão em adquirir um produto se dava à confiança que o consumidor depositava no fornecedor. Sobre o tema leciona Pasqualotto⁷:

⁴ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 249

⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O controle jurídico da publicidade. Revista de Direito do Consumidor, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 92

⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 28-29

(...) Como as relações entre ambos (*vendedor e comprador*) eram fundadas no conhecimento pessoal e na confiança, a publicidade refletia o conceito de seriedade e honestidade de que desfrutava o vendedor, assumindo um caráter de garantia de qualidade da mercadoria e conveniência de sua aquisição. As mudanças do mercado, decorrentes do aparecimento dos monopólios e oligopólios, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, exigiram da Publicidade uma nova função: a de orientar o consumo, estimulando necessidades e provocando demanda. Ela se transformou, ao mesmo tempo, na alma do comércio e no principal instrumento das empresas na luta concorrencial.

Com o decurso do tempo, o desenvolvimento das relações comerciais, a diversificação da produção, bem como a ampliação do capitalismo, que sustentou o arcabouço da publicidade, esta foi ficando mais arдил, passando da função informativa para uma função persuasiva, com o intuito de incitar o consumo da população, uma vez que o capitalismo tinha o afã de produção em massa. E se antes as relações eram baseadas na confiança, hoje o relacionamento se dá com base nas preferências, perfis e capacidade econômica do consumidor.

Em sua obra, Dias⁸ explica:

O caráter informativo da publicidade passa então a ser acompanhado de uma intensa função persuasiva. Ressaltam os publicitários, de um modo geral, que em um mercado de produção e comercialização massificado não bastaria à publicidade apenas informar sobre a existência de bens e serviços; é importante que o produto se torne atrativo para essa massa desconhecida e, *a priori* desinteressada de consumidores, o que ocorre por meio do uso da publicidade de recursos emocionais e do enaltecimento dos benefícios e vantagens de produtos e serviços anunciados.

Hoje, mais do que persuadir o consumidor a comprar um produto ou adquirir um determinado serviço, a publicidade busca vender um estilo de vida, ditando os padrões de consumo, tornando-se uma espécie de alavanca de compras irracionais e visando o preenchimento de carências afetivas.⁹

Bauman¹⁰ destaca nesse sentido que, na pós-modernidade, o mercado publicitário explora de forma inescrupulosa a culpa que o indivíduo sente por dedicar tanto tempo à carreira, por exemplo, sem poder oferecer o tempo e a atenção necessários aos seus entes queridos e familiares.

⁸ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 27

⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 93

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. 1 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

Dessa maneira, o mercado oferece um recurso para aliviar o remorso daquilo que não mais pode ser oferecido, materializando todos os sentimentos em produtos ou serviços que passam a ser ofertados como uma solução das relações hoje tão líquidas. O sociólogo segue dizendo que nesse contexto, e diante de um mercado que em tamanha rapidez se molda a produzir necessidades fabricadas, o indivíduo cada vez mais se torna fraco, hesitante e inseguro mediante a velocidade de tantas escolhas.

Lipovestky¹¹, por sua vez, realça:

Vetor estratégico da redefinição do modo de vida centrado no consumo e nos lazeres, a Publicidade contribui para desqualificar a ética da poupança em favor do dispêndio e do gozo imediato. (...) Para além das manifestações reais de homogeneização social, a publicidade trabalha paralelamente à promoção dos objetos e da informação, na acentuação do princípio da individualidade.

Ademais, pode se dizer que na nossa sociedade industrializada, informatizada e automatizada, os atuais moldes de publicidade fomentam a crise de identidade vivida pelo indivíduo, na qual os objetos de consumo não são mais duradouros, as marcas e produtos se sobressaem aos valores éticos da sociedade, que se tornam tão descartáveis quanto os bens e serviços que o mercado converte em obsoletos.

Tendo isso em vista e considerando que atualmente no âmbito das relações econômicas dar publicidade a uma mercadoria significa muito mais do que tornar aquele produto de conhecimento público, sendo, na realidade uma forma de despertar o interesse de aquisição no consumidor e visando um fim econômico vantajoso inerente à prática, fez-se necessário regulamentar as práticas publicitárias no Código de Defesa do Consumidor a fim de obstar os mais diversos abusos que pudessem ocorrer, de modo que a função persuasiva da publicidade coexista com as garantias do consumidor.¹²

1.2. Tipos e funções da publicidade

A depender de seu objetivo a publicidade pode se dividir em institucional ou promocional. Por institucional entende-se aquela em que o anúncio diz respeito à

¹¹ LIPOVETSKY, Gilles. O império do Efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p.197

¹² DIAS, Lúcia Ancona Lopes de Magalhães. Publicidade e Direito. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 23

própria empresa e não ao seu produto. O seu objetivo diz respeito à imagem da marca, reforçando sua credibilidade, valores e sendo especialmente utilizada em momentos de crise para afirmar a solidez da empresa, bem como suas diretrizes e a identificação positiva em favor do patrocinador, o que resulta em uma modificação em longo prazo da visão que o consumidor possui sobre este.

Já a publicidade promocional possui objetivos imediatos, em curto prazo, sendo o principal a expansão na venda de produtos ou serviços. Atua de forma a atingir o consumidor, influenciando-o a adquirir determinado produto ou serviço, utilizando-se para isso recursos de convencimento e até modificando hábitos de consumo.

Ainda, pode-se falar acerca do patrocínio, que consiste em fornecer recursos financeiros ou não para a organização de atividades específicas ou eventos em permutação de uma associação direta da marca, nome ou imagem de produto ou serviço ou, ainda, de uma empresa fornecedora com a realização destes. O patrocínio é um modelo de publicidade que procura o retorno financeiro bem como o institucional para os entes envolvidos. Destaca-se que o patrocínio, no Brasil, é mais comum às atividades esportivas, sendo a de maior visibilidade o futebol, mas também há patrocínio em atividades artísticas e culturais, encorajadas, principalmente, pela Lei nº 8.313/91 – Lei Rouanet – que concede algumas benesses a quem investe em ações culturais.

Na contemporaneidade a preponderante atribuição da publicidade, como já dito anteriormente, diz respeito à captação de consumidores, seja gerando empatia do consumidor com o produto ou serviço e promovendo certa identificação, seja por intermédio do estímulo ao consumidor de forma a acentuar a sua convicção naquele produto ou serviço. De qualquer forma, o maior objetivo é influenciar o comportamento do público visado.

1.3. Princípios da publicidade no Código de Defesa do Consumidor

De acordo com a classificação principiológica feita por Herman Benjamin¹³ e Nelson Nery Jr.¹⁴ podem ser abstraídos alguns princípios medulares da publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor.

Tais princípios visam regularizar a atividade publicitária perante o ordenamento jurídico brasileiro de forma a resguardar o consumidor e também de orientar o mercado publicitário a proceder sobre os ditames legais.

Ademais, vale a advertência de Herman Benjamin¹⁵ sobre o assunto:

Nesse ponto, impõe-se a cautela de não confundir princípios gerais da publicidade com princípios da proteção publicitária do consumidor. Estes pertencem, fundamentalmente, ao CDC; aqueles, diversamente, encontram amparo no feixe de normas, de direito público e privado, que rege o fenômeno publicitário nas suas diversas facetas.

1.3.1. Princípio da identificação da mensagem publicitária

O princípio da identificação da mensagem publicitária está abrigado no art. 36, em seu caput, do Código de Defesa do Consumidor¹⁶ e dispõe que a publicidade deve ser identificada como tal. Este princípio é alusivo à maneira com que a mensagem publicitária se apresenta para o público.

Como dito anteriormente, a publicidade atualmente tem uma função precipuamente persuasiva, sendo o seu objetivo convencer o consumidor a aderir a determinado serviço ou buscar tal produto. Com isso em mente, deduz-se que a mensagem publicitária será passada com extremo afínco, utilizando-se, inclusive, de apelos emocionais de modo que o consumidor sintá-se familiarizado e haja um processo

¹³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais: Da publicidade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Cap. 5. p. 251-503.

¹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, in Revista de Direito do Consumidor, n. 3, set-dez de 1992, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais, p. 67-70.

¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V.. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Cap. 8. p. 181-215.

¹⁶ O artigo 36, caput assevera que: "A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal."

de cooptação daquele indivíduo.¹⁷ Tal conduta é permitida pelo ordenamento jurídico, desde que o consumidor esteja consciente de que ele é o receptor da mensagem publicitária e saiba que o seu intuito é vender a ele um produto ou serviço.

A identificação da mensagem publicitária pode operar em duas frentes de acordo com Marques, Herman Benjamin e Miragem¹⁸, sendo a primeira atuando no sentido vedar a publicidade subliminar e a segunda afetando a prática de *merchandising*. Por publicidade subliminar entende-se como aquele que atua no estado inconsciente do indivíduo por intermédio de estímulos tênues e de rápida duração que não são captados na percepção consciente, mas são capazes de motivar determinados comportamentos.

No tocante ao *merchandising*, este se revela como uma técnica utilizada principalmente em programas televisivos nos quais o consumo ou exposição de uma marca são incorporados ao roteiro de forma sutil. Desta maneira, a mensagem publicitária é deduzida pelo consumidor, que irá fazer uma associação do produto a alguma circunstância positiva da narrativa do contexto.

A título de zelo, destaca-se que Nelson Nery Jr¹⁹ faz um contraponto a respeito da técnica de *merchandising*, dizendo ser possível que ela seja usada sem contrariar o princípio da identificação da publicidade, uma vez que o consumidor será avisado previamente de tal prática por meio do sistema de créditos. Apesar do entendimento do autor, sabe-se que geralmente não é o que ocorre na mídia, pois, na maioria das vezes, os créditos são passados apenas ao final do programa, o que viola a identificação imediata da publicidade, não sendo, portanto, possível nos moldes correntes.

Ainda no tema do princípio, faz-se necessário falar das redes sociais que em muito contribuíram no estreitamento da marca com o consumidor e, por intermédio de uma comunicação mais orgânica e fluida e da humanização da marca na figura de um indivíduo, criaram uma relação íntima entre o produto e quem o consome. Tal fato gerou uma dificuldade para o consumidor na identificação da mensagem publicitária, já

¹⁷ PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 93

¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 728

¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos relevantes do Código de Defesa do Consumidor. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 155, p. 77-95, jul./set. 1991. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dsapce/handle/2011/23281>>. Acesso em 20 abr. 2017.

que, por vezes, esta carrega um tom mais despojado, como se fosse uma mera indicação sem o plano de fundo monetizado.

Tendo tudo isso em vista, resume-se o princípio da identificação da mensagem publicitária como a função de sinalizar a mensagem patrocinada, permitindo ao consumidor que se deixe convencer pelo anúncio ou que resista - se assim quiser.²⁰

1.3.2. Princípio da vinculação contratual da publicidade

O princípio da vinculação contratual da publicidade está referendado no artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor²¹ e, apesar de inserido na seção de oferta, aplica-se da mesma forma à publicidade, passando esta a ser fonte de obrigação para o fornecedor.

Tal princípio foi elencado a fim de conferir cunho vinculante à mensagem publicitária, de modo a reconhecer a intervenção desta na decisão do consumidor e, assim, proteger suas expectativas advindas desta comunicação.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor quando a publicidade é suficientemente precisa, passa a ter os efeitos jurídicos de uma oferta, integrando o futuro contrato.

Nas palavras de Pasqualotto²²:

Na lei brasileira, o elemento precisão (publicidade *suficientemente precisa*), além de medida do conteúdo fático da mensagem, a ser contrastado com o princípio da veracidade, é, para o plano dos efeitos, elemento típico do ato publicitário. Quando esse elemento integra-se, há fato jurídico apto a formar vínculo obrigacional.

Ressalta-se que, no que concerne à precisão da mensagem, o mero exagero das qualidades do produto ou serviço – também chamado de *puffing* – não obriga o

²⁰ PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 84

²¹ O artigo 30 aponta: “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.”

²² PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 101

fornecedor. O que quer dizer que expressões tais como “o melhor bolo da cidade” podem ser utilizadas sem que o fornecedor, de fato, tenha que se obrigar a entregar aquilo.

Ademais, é importante observar que para que haja vinculação a mensagem publicitária deve ser veiculada em quaisquer meios de comunicação, de modo a atingir os consumidores. Ou seja, se uma proposta, embora planejada não for veiculada, não chegando ao conhecimento do consumidor, não há vínculo de obrigação.

Resta cristalino, portanto, que uma vez que a publicidade for veiculada aos consumidores apresentando informações suficientemente precisas, ela será equiparada à oferta, recobrando-se da natureza de declaração unilateral de vontade, passando a ser fonte de obrigações e integrando os termos do futuro contrato de maneira que o fornecedor estará vinculado a cumprir o que nela for expresso.

Acrescenta-se que esse princípio estabelece a eficácia vinculativa à publicidade independentemente da realização do contrato de consumo. Tal obrigação se dá diante da evidente inferioridade do consumidor perante o fornecedor, o que gera uma desigualdade na celebração do negócio, não podendo o consumidor ficar refém da publicidade vinculada por quem fornece.

1.3.3. Princípio da veracidade

O princípio da veracidade foi consagrado no Código de Defesa do Consumidor quando este definiu e vedou a publicidade enganosa em seu artigo 37, §1º.²³

É fato que não se pode reivindicar da publicidade neutralidade ou isenção, uma vez que o seu fim específico é mercantil, e por isso, terá sempre um caráter parcial a fim de alcançar o seu objetivo. Contudo, é necessário que o direito à informação do consumidor seja um freio a essa parcialidade da mensagem publicitária, já que entre a “entre a publicidade e a informação dos consumidores existe um conflito de

²³ O artigo 37, §1º ordena: “É enganosa 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.”

interesses, que deve ser superado pela observância de regras de interesse público, honestidade e lealdade.”²⁴

Entende-se, portanto, que a publicidade apesar de utilizar-se de recursos para alcançar o seu fim deve, ao mesmo tempo, prover ao consumidor informações adequadas, de sorte que assim estejam aptos a fazer escolhas baseadas em suas necessidades individuais.

Percebe-se que aqui, diferentemente do princípio da identificação, a preocupação do legislador não é com a forma com que a mensagem publicitária é transmitida, mas sim com o seu conteúdo. Ou seja, a intenção é resguardar o consumidor da informação que ele recebe enquanto publicidade, que deve ser autêntica, de modo a não induzir o indivíduo a erro e contribuindo para a eliminação dos abusos nesta seara.

A respeito do tema Maria Elizabete Villaça Lopes²⁵ ensina:

O escopo moderno desse princípio tem a ver não só com a autenticidade da informação publicitária, mas também com a prova da veracidade (o fornecedor deve possuir os dados fáticos, técnicos e científicos que embasem a mensagem). Ela exige mais: de um lado, a exata correspondência entre o conteúdo da mensagem e as características do produto ou do serviço, e, de outro lado, a proibição de fórmulas que possam induzir em erro inclusive pela ambigüidade ou pelo exagero imperceptível pelo consumidor médio. Em respeito à veracidade, proíbe-se a publicidade enganosa.

Adverte-se, no entanto, que a licença publicitária - denominada *puffing* - não viola o princípio da veracidade, uma vez que há uma flexibilização quanto aos recursos utilizados na difusão da mensagem.²⁶

São permitidos, por conseguinte, alguns exageros ou hipérboles para atrair a atenção dos consumidores para a peça publicitária, desde que tão logo sejam identificados nesta qualidade superlativa e não enganem o público no essencial, isto é, não omitam informações que devem ser divulgadas, como na hipótese das pertinentes

²⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 94

²⁵ LOPES, Maria Elizabete Villaça. O consumidor e a publicidade. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT. Vol. 1, 1992. p. 149-183

²⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 96

aos riscos do produto ou serviço, ou ainda das limitações da oferta publicitária quando for o caso.²⁷

1.3.4. Princípio da não abusividade

O princípio da não abusividade está resguardado no artigo 37, §2º²⁸ do Código de Defesa do Consumidor. A abusividade é um conceito jurídico indeterminado, que deve ser preenchido na construção do caso concreto²⁹, porém intimamente interligado aos valores éticos e morais de uma sociedade.

O princípio da não abusividade deve ser visto como uma forma do legislador de resguardar a integridade física e mental do consumidor, impedindo que a publicidade possa levá-lo a se portar de forma danosa a sua própria segurança, gerando, assim, qualquer tipo de mal ou de constrangimento a si próprio.

Ressalta-se que o rol trazido pelo artigo em comento não é taxativo, mas sim exemplificativo, conferindo amplitude. Significa dizer que pode ser considerada abusiva a publicidade para além do que é definido no aludido artigo.

Assim, conforme ensina Herman Benjamin³⁰:

É abusivo tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das Leis, não seja enganoso.

(...)

Leva em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana. Entre eles, estão os valores da dignidade da pessoa humana, do trabalho, do pluralismo político, da solidariedade, do repúdio à violência e a qualquer comportamento discriminatório de origem, raça, sexo, cor, idade, da intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas, da valorização da família, da proteção ampla à criança, ao adolescente e ao idoso, da tutela energética da saúde, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural.

²⁷ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 5 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. p. 257

²⁸ O artigo 37, §2º dispõe que: “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, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

²⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 139

³⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais: Da publicidade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Cap. 5. p. 251-503.

1.3.5. Inversão do ônus da prova

O princípio da inversão do ônus da prova encontra-se no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor³¹ e diz respeito a uma distribuição ordinária do encargo probatório e não a uma inversão, como é comum se afirmar.³² Afinal, ao anunciante incumbe provar a fidedignidade das informações veiculadas em sua própria mensagem publicitária que pode ter levado os consumidores a erro.

Tal princípio refere-se a dois aspectos da publicidade, quais sejam a veracidade e a correção. A respeito do tema ensina Herman Benjamin³³:

A veracidade tem a ver com a prova de adequação ao princípio da veracidade. A correção, diversamente, abrange, a um só tempo, os princípios da não abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária.

Ademais, ao contrário daquela fixada no artigo 6º, VII do Código de Defesa do Consumidor³⁴ em que se dá ao juiz a faculdade de inverter o ônus da prova, uma vez observados os critérios de verossimilhança das alegações bem como a hipossuficiência do consumidor, a inversão do ônus da prova aqui é *ope legis*, e, portanto, obrigatória.

Não se dá qualquer faculdade ao juiz, devendo este sempre inverter o ônus da prova, que ficará a cargo do fornecedor, em toda alegação de publicidade enganosa ou abusiva.

³¹ O artigo 38 estipula que “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

³² PASQUALOTTO, Adalberto. Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 171

³³ BENJAMIN, Antônio Herman V.. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Cap. 8. p. 181-215.

³⁴ O artigo 6º dispõe: “São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

1.3.6. Princípio da transparência da fundamentação da publicidade

O princípio da transparência da fundamentação da publicidade é acolhido expressamente no parágrafo único do artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor.³⁵

Em verdade, conforme ensina Herman Benjamin³⁶, tal princípio possui o propósito de colaborar com o princípio da veracidade, desenvolvendo um papel eminentemente preventivo. De acordo com o que se abstrai do texto legal, o fornecedor deve ter consigo os dados fáticos, técnicos e científicos que estruturam a mensagem, garantindo, dessa maneira, a consagração do princípio da veracidade, uma vez que a fundamentação da peça publicitária deve ser correspondente à mensagem veiculada.

Destaca-se aqui, a título de conhecimento, e em contramão ao entendimento firmado acima, a consideração de Fábio Ulhôa Coelho³⁷. O autor assevera não ter sido adotado pelo Código de Defesa do Consumidor este princípio no tocante à publicidade, uma vez que a transparência só se aplicaria nas relações de consumo individuais, nas quais é obrigação do fornecedor informar de forma prévia, ampla e adequada acerca do objeto de seu fornecimento ao consumidor, mas não nas relações coletivas, diante da vasta gama de consumidores.

1.3.7. Correção do desvio publicitário

O princípio da correção do desvio publicitário foi reconhecido no artigo 56, XII do Código de Defesa do Consumidor³⁸, quando impõe a contrapropaganda como

³⁵ O artigo 36, §único diz: "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."

³⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais: Da publicidade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Cap. 5. p. 251-503.

³⁷ COELHO, Fábio Ulhôa. O empresário e os Direitos do Consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 257-258

³⁸ O artigo 56, XII dispõe: "As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: (...) XII - imposição de contrapropaganda."

penalidade administrativa àquele que opera à margem do ordenamento. Logo após, o artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor³⁹ inflige a sanção de contrapropaganda às práticas de publicidade enganosa e abusiva.

Assim, tem-se que, uma vez que o desvio publicitário ocorra, além da reparação civil e a repressão administrativa e penal, impõe-se, de mesmo modo, que os seus malefícios sejam corrigidos, ou seja, que o seu impacto sobre os consumidores seja aniquilado.

A contrapropaganda, portanto, é o instrumento capaz de minar a força persuasiva da publicidade anterior, enganosa ou abusiva, devendo ser realizada sempre a expensas do infrator, utilizando-se da divulgação no mesmo veículo de comunicação, bem como com as mesmas características da publicidade feita anteriormente, como duração, espaço, local e horário. Adverte-se que a contrapropaganda deverá ser realizada ainda que haja a suspensão da difusão da publicidade que deu ensejo à sanção, não mais levando outros consumidores a erro.

Atenta-se ao alerta feito por Herman Benjamin⁴⁰ com relação ao vocábulo utilizado pelo legislador:

A expressão é, sem dúvida, inadequada. Dever-se-ia falar em contra publicidade e não em contrapropaganda. O uso, contudo, impôs em detrimento da técnica. A contrapropaganda nada mais é que uma publicidade obrigatória e adequada que se segue a uma publicidade voluntária, enganosa ou abusiva. Seu objetivo é “lavar” a informação inadequada da percepção do consumidor, restaurando, dessa forma, a realidade dos fatos.

³⁹ O artigo 60 aduz: “A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.”

⁴⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais: Da publicidade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Cap. 5. p. 251-503.

CAPÍTULO II

A publicidade voltada ao público hipervulnerável

2.1. A vulnerabilidade intrínseca de todo o consumidor

Para se falar de vulnerabilidade é necessário entender o contexto do seu nascedouro e os motivos que a fazem ser considerada um princípio do Direito do Consumidor. A Magna Carta consagra em seu texto o princípio da igualdade⁴¹, a fim de conceder tratamento isonômico a todos os indivíduos.

Entretanto, é necessário reconhecer que em algumas situações – e as relações de consumo aqui se encaixam – os sujeitos da relação jurídica não se encontram em similar posição, sendo necessário que, em casos onde haja um desequilíbrio, o tratamento isonômico não se resume a tratar os pólos de maneira objetivamente igual. Em verdade, tratar com igualdade objetiva apenas ressaltaria a desarmonia da relação.

Sendo assim, faz-se necessário restabelecer o equilíbrio, ou ao menos diminuí-lo, permitindo que as partes se encontrem em termos semelhantes. Para tanto, o ordenamento jurídico estabelece regras com o fim de tutelar a parte mais frágil da relação e é nesse contexto que a vulnerabilidade do consumidor se encontra, de modo que a igualdade material seja alcançada em vez da mera igualdade formal.

Nesse sentido, a vulnerabilidade do consumidor poderia ser entendida, conforme os ensinamentos de Cláudia Lima Marques⁴² como sendo “situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.”

⁴¹ O artigo 5º, caput da Constituição Federal determina “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.”

⁴² MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Cap. 3. p. 67-88.

De acordo com Moraes⁴³ a vulnerabilidade seria:

O princípio do qual o sistema jurídico brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação.

É possível dizer que o princípio vulnerabilidade seria a pedra fundamental do direito do consumidor, de onde parte toda a aplicação normativa. Ele está positivado no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4º, inciso I⁴⁴ e visa garantir a igualdade formal e material aos sujeitos da relação jurídica de consumo.

Sabe-se que há um desequilíbrio de forças entre os agentes da relação de consumo, consumidor e fornecedor, em que o primeiro fica a mercê das manobras oportunistas do segundo, razão pela qual tais relações são díspares.

É necessário que a fragilidade do consumidor frente ao mercado seja tutelada de forma especial, atendendo as necessidades do consumidor e respeitando o princípio da dignidade humana, minimizando o desequilíbrio e conferindo harmonia. Nesse sentido, é importante considerar a defesa do consumidor baseada numa legislação que visa proteger o sujeito mais fraco na relação de consumo.

Bruno Miragem⁴⁵ em sua obra explica que a vulnerabilidade está ligada às condições particulares de um sujeito ou à posição que este se encontra com relação ao outro. Senão vejamos:

A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. Neste sentido, há a possibilidade de sua identificação ou determinação *a priori*, *in abstracto*, ou ao contrário, a sua verificação *a*

⁴³ MORAES. Paulo Valerio dal Pai. Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 96.

⁴⁴ O artigo 4º, I preconiza: “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: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”

⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 122

posteriori, in concreto, dependendo, neste último caso, da demonstração da situação de vulnerabilidade.

Importa dizer que o nosso legislador brasileiro optou por considerar presumida a vulnerabilidade de todo o consumidor, uma vez que resta cristalino que este se encontra em posição de desvantagem em relação ao fornecedor, já que está exposto ao mercado.

Cláudia Lima Marques⁴⁶ classifica a vulnerabilidade do consumidor em: (i) vulnerabilidade técnica, (ii) vulnerabilidade jurídica, (iii) vulnerabilidade fática e (iv) vulnerabilidade informacional, que seria a vulnerabilidade básica do consumidor.

2.1.1. Vulnerabilidade técnica

A vulnerabilidade técnica do consumidor revela-se na medida em que este não detém o conhecimento suficiente e específico acerca do produto ou serviço que ele adquire ou utiliza, podendo ser mais facilmente enganado quanto às especificidades do produto bem como à utilidade do serviço. De outro lado, é presumido que o fornecedor detenha tal conhecimento, uma vez que este produto ou serviço é por ele oferecido.

Bruno Miragem⁴⁷ ressalta que “exige-se (*do fornecedor*) em muitos casos o dever de conhecimento como extensão do dever de cuidado (o *duty of care* presente no direito norte-americano)”. É claro que do consumidor não se pode exigir esse conhecimento, já que em muitas vezes, apesar de adquirir o produto ou utilizar o serviço, ele não faz a menor ideia do processo por detrás daquilo que ele está consumindo.

A título de exemplo pode-se falar em um indivíduo que compra um telefone celular e a empresa fabricante do produto. Por óbvio, o indivíduo não detém instrução acerca das minúcias do item, enquanto ao fabricante presume-se conhecer cada detalhe da produção daquele objeto.

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 323

⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 123

Nesse sentido, percebe-se que em uma relação de consumo o indivíduo encontra-se em uma posição desfavorável em face da empresa fabricante, dada a sua ignorância no que concerne à fabricação, bem como todos os pormenores do produto ou serviço adquirido.

2.1.2. Vulnerabilidade Jurídica

Já a vulnerabilidade jurídica refere-se à falta de conhecimentos, por parte do consumidor, dos direitos e deveres particulares da relação de consumo da qual faz parte, bem como à carência de entendimento acerca das consequências jurídicas dos contratos que promove.

Ainda são considerados como no interior da vulnerabilidade jurídica a inexistência estudo em áreas como o direito, contabilidade, economia, dentre outras, motivo pelo qual ao consumidor torna-se difícil compreender a relação jurídica de consumo de forma equiparada ao fornecedor.

Assim sendo, o consumidor não possuiria suficiente “experiência ou conhecimento econômico nem a possibilidade de recorrer a um especialista”⁴⁸, enquanto o fornecedor disporia de um vasto corpo de profissionais competentes de todas as áreas a fim de auxiliá-lo.

Tal vulnerabilidade irá se manifestar, especialmente, na ponderação das adversidades que o consumidor encontrará na defesa de seus direitos, uma vez que a escassez de tais conhecimentos será um óbice na luta pela concretização dos seus direitos.

⁴⁸ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198

2.1.3. Vulnerabilidade Fática

A vulnerabilidade fática é aquela que se revela na desproporção de forças⁴⁹ que caracterizam a relação de consumo, sejam elas intelectuais ou econômicas, sendo estas últimas mais comuns.

Por intermédio desta vulnerabilidade é que se reconhece a debilidade do consumidor frente ao fornecedor, na medida em que o primeiro não possui o mesmo poderio econômico do segundo, razão pela qual fica a mercê dos interesses daquele que prepondera economicamente no mercado.

Assim, pode-se dizer que o consumidor, por não possuir as mesmas condições financeiras que o fornecedor - que detém uma posição de monopólio, seja ele fático ou jurídico, e que “por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe a sua superioridade a todos que com ele contratam”⁵⁰ - se vê numa posição de fragilidade e com menor poder de ação.

Ainda, é (hiper) vulnerável faticamente, segundo Bruno Miragem⁵¹, o consumidor criança e o consumidor idoso, os quais, em virtude de qualidades específicas como o reduzido discernimento e a falta de percepção, são mais suscetíveis aos recursos dos fornecedores, conforme se verá adiante.

2.1.4. Vulnerabilidade Informacional

Segundo Cláudia Lima Marques⁵² a vulnerabilidade informacional é uma espécie de vulnerabilidade intrínseca à relação de consumo. Esta espécie emana da vulnerabilidade técnica, porém deve ser tratada de forma independente, na medida em que decorre da dinâmica das relações de consumo pós-modernas, especialmente considerando a era da informação – digital e tecnológica – na qual o acesso a

⁴⁹ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198

⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Cap. 3. p. 67-88.

⁵¹ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 124

⁵² MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 336

informação é condição originária para a tomada de decisão por parte de quem adquire produtos ou serviços.

Dessa maneira, entende-se que o fornecedor, único detentor da informação sobre seu produto ou serviço, deve repassá-la ao consumidor, com o objetivo de auxiliá-lo em seu processo de compra. Importante ressaltar que a informação deve ser de qualidade, correspondendo à verdade, porém o que normalmente ocorre é a repasse de dados insuficientes ou manipulados, por vezes com linguagem complexa e demasiadamente técnica, razão pela qual o consumidor fica prejudicado pela falta de inteligibilidade.

Sabe-se que a informação inadequada de produtos e serviços é uma poderosa fonte geradora de danos. Cláudia Lima Marques⁵³ traz em sua obra exemplos de produtos e serviços cuja informação é essencial para a incolumidade do consumidor, como o aviso de que determinado produto alimentício contém elementos geneticamente modificados ou que o produto causa vício, como no caso do tabaco. Menciona ainda o artigo 220 da Constituição Federal⁵⁴, o qual regula a publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, medicamentos e outros produtos.

Para finalizar, Bruno Miragem⁵⁵ indica a vulnerabilidade informacional como uma subespécie da vulnerabilidade fática. Nesse sentido:

Depreende-se daí (da vulnerabilidade fática) como subespécie, a vulnerabilidade informacional, característica da atual sociedade, conhecida como sociedade da informação, em que o acesso às informações do produto, e a confiança despertada em razão da comunicação e da publicidade, colocam o consumidor em uma posição passiva e sem condições, *a priori*, de atestar a veracidade dos dados, bem como suscetível aos apelos do *marketing* dos fornecedores.

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 337

⁵⁴ O texto do artigo 220, §4º da Constituição Federal demonstra: “A Manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa Constituição. §4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior e conerá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 124

2.2. O agravamento da vulnerabilidade – Hipervulnerabilidade

Como dito anteriormente, a vulnerabilidade é característica intrínseca de todo o consumidor, por conta da desigualdade de forças entre os dois pólos da relação de consumo. Entretanto, é possível observar que em certos grupos de consumidores tal vulnerabilidade é ainda mais evidente, de sorte que esses consumidores passam a lidar com o seu agravamento. Nesse sentido, podemos falar em hipervulnerabilidade, fenômeno que ocorreria quando a fragilidade de alguns indivíduos fosse superior à ordinária, como no caso de consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, os analfabetos, de idade pequena ou avançada e, ainda, aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo.⁵⁶

Na opinião de Cláudia Lima Marques⁵⁷, a hipervulnerabilidade poderia ser entendida como:

(...) situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor como sua idade reduzida (assim o caso da comida para bebês ou da publicidade para crianças) ou sua idade alentada (assim os cuidados especiais com os idosos, no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso, e a publicidade de crédito para idosos) ou sua situação de doente (assim o caso do glúten e as informações na bula de remédios). Em outras palavras, enquanto a vulnerabilidade ‘geral’ no art. 4º, I se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista sua posição nos contratos), a hipervulnerabilidade seria inerente e ‘especial’ à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade)

Entendendo que a vulnerabilidade é uma característica intrínseca de todo o consumidor e que a este, devido às suas particularidades, pode ser imputado o agravamento da vulnerabilidade, Bruno Miragem⁵⁸ ensina:

O princípio da vulnerabilidade estabelece a presunção de absoluta fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado de consumo, de modo a fundamentar a existência de normas de proteção e orientar sua aplicação na

⁵⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais: Da publicidade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Cap. 5. p. 251-503.

⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 361

⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 125

relação de consumo. Poderá, todavia, variar quanto ao modo como se apresenta em relação a cada consumidor, em face de suas características e suas condições econômicas, sociais, e intelectuais.

E da mesma forma, certas qualidades pessoais do consumidor pode dar causa a uma soma de fatores de reconhecimento da vulnerabilidade, razão pela qual se pode falar em situação de vulnerabilidade agravada, ou como também vem denominando a doutrina, hipervulnerabilidade do consumidor.

Tanto a doutrina como a jurisprudência hoje reconhecem o agravamento da vulnerabilidade resultando em uma hipervulnerabilidade. Na doutrina, há o entendimento da gradação da vulnerabilidade, ou seja, há uma exacerbação desta em consumidores específicos em relação aos outros consumidores de maneira geral.

Na jurisprudência o termo foi consolidado no julgamento de um Recurso Especial⁵⁹ cujo relator era o Ministro Herman Benjamin, de quem as palavras aqui são colacionadas para ilustrar a ideia do surgimento dessa potencialização da vulnerabilidade do consumidor:

Ao Estado Social não importam apenas os vulneráveis, mas, sobretudo, os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a 'pasteurização' das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. Ser diferente ou minora, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos.

Com isso em mente, entende-se que o agravamento da vulnerabilidade se dá em razão de que a individualidade do consumidor passa a ser vista e cuidada em cada relação de consumo com o intuito de alcançar uma proteção mais efetiva. Nesse sentido, os produtos e serviços que se destinam a esse grupo de consumidores, bem como toda a publicidade que a eles é dirigida devem ser atender critérios mais adequados que visem coibir o abuso, podendo ensejar danos.⁶⁰

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 586.316/MG. 2ª Turma. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 17 de Abril de 2007. Disponível em: < <http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/2008885.PDF>> Acesso em 15 mai. 2017.

⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 199

2.3. A publicidade em face dos grupos de consumo hipervulneráveis

Levando em conta o que já foi dito no capítulo anterior, o consumidor, apesar de viver em uma época em que a informação e a tecnologia estão muito mais presentes no seu cotidiano, experimentando a sensação de viver em um mundo muito mais veloz e globalizado, especialmente com o advento da internet, acaba sendo lesado em sua integridade, na medida em que juntamente com esse progresso alia-se a distorcida utilização de todas as ferramentas de tecnologia para como forma de aproveitamento sobre os mais vulneráveis nas relações de consumo.

Cláudia Lima Marques⁶¹, em sua obra fala da informação no mundo pós-moderno de maneira brilhante, explicitando que ela “não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária”.

Por óbvio, o mercado manipula o consumidor, por intermédio da publicidade a fim de produzir necessidades, incitar o consumo e escoar a sua produção. Portanto, em se considerando a chamada hipervulnerabilidade e diante da consciência de que existem, de fato, grupos de consumo hipervulneráveis, é necessário entender que a publicidade deve se adequar de modo a atender as peculiaridades destes conjuntos.

A intenção é que a publicidade segmentada a esse público se ajuste de modo a não ofender essas pessoas que carecem de uma proteção mais efetiva. Sendo assim, é necessário coibir as práticas da comunicação mercadológica que de alguma forma gerem abusividade, algo que já é hodiernamente feito, mas que deve demandar uma maior atenção no que diz respeito ao público em foco.

Como se demonstrará adiante existem grupos de consumo que sofrem mais frequentemente com o bombardeio da publicidade, o que não significa que outros grupos de consumo não possam ser considerados hipervulneráveis. No presente trabalho o estudo focará em dois grupos, quais sejam: as crianças e os idosos.

⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 335

2.3.1. A publicidade e a hipervulnerabilidade do consumidor criança

Na legislação pátria, a proteção à criança, entendida como o indivíduo com até doze anos incompletos, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente⁶², encontra abrigo no artigo 227 da Magna Carta.⁶³ Tal artigo incumbe à família, à sociedade e ao Estado uma série de deveres de modo a garantir à criança, ao adolescente e ao jovem a efetivação de inúmeros direitos, consagrando o princípio da absoluta prioridade do interesse da criança, o que se relaciona com o fato desta ser um sujeito de direitos hipervulnerável, pois conforme o que se depreende de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem⁶⁴ “a vulnerabilidade é um estado a priori, considerando que a vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, que pode ser ‘ferido’ ou é vítima facilmente”.

Ademais, o artigo 17 do mencionado Estatuto garante a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança, decorrentes do direito ao respeito.⁶⁵ Ainda podemos falar da Declaração dos Direitos da Criança⁶⁶, adotada pela Assembleia das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil, que reconhece a criança como vulnerável, na medida em que afirma “a criança, por motivo de sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes quanto depois do nascimento”.

⁶² O artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

⁶³ O artigo 227 da Constituição Federal preconiza: “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.”

⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 129

⁶⁵ O artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente aduz: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.”

⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração dos Direitos das Crianças. 1959. Disponível na Internet em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em 15 mai. 2017

O Código de Defesa do Consumidor também trata de forma expressa a questão da publicidade voltada para esse grupo de consumo, de modo que a hipervulnerabilidade da criança está devidamente reconhecida em sua gênese. Assim, entende-se que alguns parâmetros devem ser adotados de modo a garantir a proteção a esse grupo em especial.

Diante de tal cenário e em se considerando que estudos comprovam que a criança não possui o seu desenvolvimento psíquico completo nem maturidade ou conhecimento suficiente⁶⁷ para entender o mercado de consumo, ela passa a ser vista pela doutrina e jurisprudência como sujeito hipervulnerável, carecendo, portanto de ao menos uma tutela mais efetiva por parte do Estado no que concerne à publicidade direcionada a ela.

Se por um lado a criança não possui o discernimento completo para identificar a mensagem publicitária como tal, por outro, segundo indicam pesquisas, ela possui um enorme poder de influência nos adultos que por ela são responsáveis, de modo que facilmente consegue convencê-los a adquirir aqueles produtos que a ela interessam.⁶⁸

Como já dito anteriormente, a publicidade é a arte de forjar necessidades. Se para um adulto essa realidade já é difícil, para uma criança em desenvolvimento – em todos os aspectos – ela torna-se brutal. O que o mercado publicitário vende é a ideia de que a criança depende daquele produto para se inserir na sociedade, para ser bem vista no seu grupo de amigos; cria-se a demanda dessa maneira, instigando a criança de que ela só será feliz diante da aquisição daquele produto ou serviço.

Na presença desse desejo pré-fabricado os infantes são colocados em risco, uma vez que a comunicação mercadológica está a serviço do mercado de consumo e este não mede esforços para a obtenção de lucro, sem se importar com as ofensas à dignidade humana. Na atualidade, é possível citar inúmeros de exemplos em que a publicidade infantil contribui para que alguns problemas apareçam.

⁶⁷ Informações extraídas de “Publicidade dirigida à infância – Impactos e Consequências”, elaborado pelo Instituto Alana. Disponível em <www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/.../cdc/...publicidade.../ANDI>. Acesso em 25 mai. 2017.

⁶⁸ Informações extraídas de “Como atrair o consumidor infantil, atender expectativa dos pais e, ainda, ampliar vendas”, elaborado por Interscience – Informação e Tecnologia aplicada. Disponível em <<http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Doc-09-Interscience.pdf>>. Acesso em 25 mai. 2017

O primeiro a ser tratado é a obesidade infantil. Com números alarmantes, os índices de sobrepeso e obesidade infantil vêm crescendo exponencialmente⁶⁹ no mundo todo, contudo, o estímulo ao consumo de alimentos com altos índices de sódio, açúcares e gorduras como lanches de *fast food* e bebidas de baixo valor nutricional continua cada vez mais forte.

Como exemplo disso, podemos falar dos brinquedos colecionáveis que acompanham os lanches das grandes redes de *fast food*. A criança, nesse caso, é constantemente encorajada a consumir os produtos da marca em um período de tempo para conseguir completar a sua coleção. Ressalta-se que essas coleções geralmente ficam disponíveis durante uma curta temporada, na intenção de que a criança consuma os produtos da rede com certa frequência para conseguir todos os brinquedos.

Para os indivíduos que vivem em uma realidade mais dura, quer dizer, em uma situação econômica mais difícil, a questão torna-se ainda mais complicada, uma vez que, influenciados a consumir certos produtos e serviços e sem o capital necessário para a aquisição destes, a criança passa a buscar alternativas para satisfazer aquele desejo consumista.

Muitas dessas crianças vivem o cruel cenário da exploração sexual infantil⁷⁰ em troca de brinquedos, roupas, calçados e tudo o mais que vêm nas mensagens publicitárias como itens extremamente necessários para materializar os seus anseios de felicidade, beleza, aceitação, dentre outros.

A segunda alternativa que os infantes vêm para conseguir alcançar os sonhos de consumo que a publicidade os fazem acreditar ser imprescindíveis é a violência. Muitas crianças partem para o mundo do crime⁷¹ vendo uma possibilidade de adquirir os produtos e serviços que desejam. Os índices apontam para infrações relacionadas

⁶⁹ Informações extraídas de “Mapa da obesidade”, elaborado por Associação Brasileira para o Estudo da Obesidade e Síndrome Metabólica. Disponível em: <<http://www.abeso.org.br/atitude-saudavel/mapa-obesidade>>. Acesso em 25 mai. 2017.

⁷⁰ Informações extraídas de “Criança e Consumo – Erotização Precoce e Exploração Sexual Infantil”, elaborado por Instituto Alana. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/wpcontent/uploads/2014/02/Crian%C3%A7a-e-Consumo-Entrevistas-Vol-2.pdf>>. Acesso em 25 mai. 2017.

⁷¹ Informações extraídas de “Criança e Consumo – Violência”, elaborado por Instituto Alana. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Crian%C3%A7a-e-Consumo-Entrevistas-Vol-6.pdf>>. Acesso em 25 mai. 2017

ao patrimônio, como roubo e furto e, ocasionalmente, o tráfico de drogas que renderia o dinheiro para a aquisição desses produtos.

A publicidade para o segmento infantil é, por si só, carregada de abusividade, uma vez que se vale da deficiência de julgamento da criança para alcançar êxito. É nesse sentido que atualmente discute-se o caráter totalmente ilegal da publicidade para o público infante, já que, segundo os princípios basilares da publicidade no Código de Defesa do Consumidor, a mensagem deve ser identificada como tal (princípio da identificação da mensagem publicitária) e no contexto infantil, já é sabido que os pequenos até certa idade não conseguem sequer distinguir o conteúdo do programa que estão acompanhando na televisão, por exemplo, da mensagem patrocinada com intenção de venda.

Nesse sentido, colaciona-se o entendimento de Herman Benjamin⁷²:

A noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreender o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária. Em consequência, qualquer publicidade dirigida à criança abaixo de certa idade não deixa de ter um enorme potencial abusivo. A utilização de crianças em publicidade é uma realidade no nosso País.

(...)

Assim, tal modalidade publicitária não pode exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto a adquirir produtos ou serviços; não pode explorar a confiança especial que a criança tem em seus pais, professores, etc.; as crianças que aparecem em anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade.

A publicidade infantil atualmente, apesar de muito mais agressiva, é surpreendentemente sutil, de sorte que hoje existem inúmeros profissionais treinados no sentido de aperfeiçoar a mensagem, baseando-se, inclusive, em estudos psicossociais para transmiti-la.

Ademais, a publicidade torna-se sorrateira, como em inúmeros casos que vemos nas redes sociais, onde inúmeros anúncios publicitários são travestidos de

⁷² BENJAMIN, Antônio Herman V.. Oferta e Publicidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Cap. 8. p. 181-215.

conteúdo. Um exemplo disso é o chamado *unboxing* – nesse caso voltado para o universo infantil, que basicamente consiste em uma criança em frente às câmeras desembulhando “presentes” recebidos de grandes empresas (de brinquedos, do gênero alimentício, entre outros) e falando das características do produto. Esses vídeos são postados em mídias sociais e, por conta do mundo altamente globalizado e da era tecnológica em que vivemos, em poucos segundos alcança casas no mundo inteiro.

Por óbvio, as empresas não enviam os seus produtos despreziosamente. A intenção é que a criança receba o produto e fale sobre ele em sua rede social, de modo que ela venha a influenciar outros indivíduos da mesma faixa etária a também consumir aquele produto. A criança, sentindo-se representada na figura do transmissor da mensagem, acaba por comprar a ideia que está sendo vendida, ainda que ela não tenha a menor noção disso.

Como mencionado no capítulo anterior, o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor assenta que a mensagem publicitária deve ser identificada como tal. No que diz respeito ao universo infantil, posteriormente, a Resolução 163⁷³ do CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente) veio corroborar com esse entendimento, dispondo acerca da abusividade de todo o tipo de comunicação mercadológica dirigida à criança e ao adolescente. Dentre os artigos da Resolução, faz-se um destaque ao artigo 2º, o qual aqui se reproduz na íntegra:

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 e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

- I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
- II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
- III - representação de criança;
- IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
- V - personagens ou apresentadores infantis;
- VI - desenho animado ou de animação;
- VII - bonecos ou similares;
- VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e

⁷³ CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. Resolução 163, de 04 de Abril de 2014. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=268725>>. Acesso em 25 mai. 2017.

IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

§ 1º O disposto no caput se aplica à publicidade e à comunicação mercadológica realizada, dentre outros meios e lugares, em eventos, espaços públicos, páginas de internet, canais televisivos, em qualquer horário, por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto.

§ 2º Considera-se abusiva a publicidade e comunicação mercadológica no interior de creches e das instituições escolares da educação infantil e fundamental, inclusive em seus uniformes escolares ou materiais didáticos.

§ 3º As disposições neste artigo não se aplicam às campanhas de utilidade pública que não configurem estratégia publicitária referente a informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde, entre outros itens relativos ao melhor desenvolvimento da criança no meio social.

Dessa maneira, percebe-se que a comunicação mercadológica direcionada a este público está revestida de ilegalidade, visto que, devido à particular condição desses pequenos consumidores, o princípio da identificação da mensagem publicitária é transgredido.

Ademais, segundo brilhantemente expões Cláudia Lima Marques⁷⁴ a respeito do tema da publicidade infantil:

A condição peculiar de pessoas em desenvolvimento é reconhecida nos arts. 19, 69 e 71 do ECA (Lei 8.069/1990), o Código de Defesa do Consumidor reconheceu a vulnerabilidade especial das crianças (e adolescentes) impondo que a publicidade respeite a sua ‘dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade das crianças’. As crianças são consideradas o público-alvo mais vulnerável e suscetível aos efeitos persuasivos da publicidade, devendo o diálogo de fontes protetivas (seja como consumidor, seja como criança, seja como sujeito de direitos recebendo ofertas) assegurar a sua proteção integral (art. 227 da CF/1988).

2.3.2. A publicidade e a hipervulnerabilidade do consumidor idoso

Segundo o artigo 230 da Constituição Federal⁷⁵ é dever solidário Estado, sociedade e da família amparar as pessoas idosas, entendidas como aqueles indivíduos

⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 369

⁷⁵ O texto integral do artigo 230 da Constituição Federal diz: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

com idade igual ou superior a 60 anos, segundo o Estatuto do idoso⁷⁶. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 39, inciso IV trata a respeito da vedação ao fornecedor de prevalecer-se do consumidor em razão da sua idade⁷⁷, o que revela o reconhecimento da vulnerabilidade desse sujeito de direitos.

Graças à melhoria na qualidade de vida, aos avanços na seara da medicina e à conscientização do cuidado com a saúde nota-se um aumento na expectativa de vida em todo o mundo. Em atenção a isso o mercado publicitário começou a ver no consumidor idoso um importante nicho, passando a criar mensagens publicitárias dirigidas especialmente para esse público em diversos segmentos de produtos e serviços. O consumidor idoso é merecedor do acolhimento de uma proteção especial diante da publicidade justificada em suas próprias características.

Em razão do avançar da idade, o consumidor idoso passa enfrentar uma série de situações que o colocam na posição de sujeito hipervulnerável. O passar do tempo faz com que naturalmente os indivíduos desse grupo em foco sofram perdas funcionais, tais como a redução da acuidade visual, enfraquecimento muscular e consequente diminuição da mobilidade, perda da função auditiva, dificuldade no raciocínio em razão do declínio das capacidades cerebrais, entre inúmeras outras.

Além de toda debilidade fisiológica, o idoso também padece com a pouca ou nenhuma intimidade com as novas tecnologias em todas as suas formas de manifestação. Percebe-se a dificuldade desse indivíduo frente aos novos tipos de relação de consumo na pós-modernidade, especialmente na eclosão do comércio eletrônico e na virtualização da vida cotidiana, na qual as mudanças ocorrem com uma velocidade assustadora, pois em outros tempos as relações não eram tão líquidas.

Miragem, ao falar da vulnerabilidade do consumidor idoso, traz dois aspectos responsáveis por caracterizá-la, sendo: (i) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; (ii) a necessidade e catividade em relação a

⁷⁶ O Estatuto do Idoso em seu artigo 1º assevera: “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

⁷⁷ O texto integral do artigo 39, IV do Código de Defesa do Consumidor garante: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores.⁷⁸

Em se considerando esse cenário, percebe-se que o mercado publicitário aproveita-se da condição do idoso, valendo-se da sua fragilidade, para dirigir-lhe mensagens com uma alta carga persuasiva e influenciando, por intermédio de técnicas eficazes, a aquisição de um produto ou adesão a um serviço.

Muito comumente observamos a publicidade de suplementos alimentares⁷⁹ e compostos homeopáticos⁸⁰ muitas vezes travestidos de medicamentos “milagrosos” em programas de televisão que prometem inúmeras melhorias, supostamente resolvendo todos os sintomas que o indivíduo sente ou servindo como prevenção de doenças que, em verdade, não podem ser prevenidas.

Percebe-se que a comunicação mercadológica se aproveita da frágil condição psicológica do idoso para vender produtos, que, diga-se de passagem, não lhe farão diferença significativa em sua saúde, a preços exorbitantes, caracterizando um abuso por parte fornecedor que age de má fé.

Conforme ilustra Cláudia Lima Marques⁸¹:

Em outras palavras, as exigências de boa-fé em relação ao consumidor idoso são mais altas, há que ser reconhecida sua vulnerabilidade em matéria de saúde (por exemplo, limitando a publicidade de remédios e dos profissionais da medicina), há que ser reconhecido que é mais suscetível às práticas emocionais e agressivas de veda, muitas proibidas pelo artigo 39 do CDC.

O idoso, já sem condições de pleno discernimento e com a sua saúde debilitada em alguns aspectos vê naquele medicamento extraordinário uma chance de alívio para

⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 128

⁷⁹ MIGALHAS. Laboratório é condenado por propaganda enganosa de medicamento para disfunção erétil. Publicado em 31 de Julho de 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI205219,31047>>. Acesso em Junho de 2017.

⁸⁰ G1 MATO GROSSO. Farmácia é notificada por propaganda enganosa de remédio “antidengue”. Publicado em 19 de Janeiro de 2016. Disponível em: < <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2016/01/farmacia-e-notificada-por-propaganda-enganosa-de-remedio-antidengue.html>>. Acesso em Junho de 2017

⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 379

os indicativos que sente, sendo manipulado pela mídia a adquirir produtos que na realidade nem precisa.

Outra publicidade dirigida ao idoso que traz consequências alarmantes é a publicidade de crédito consignado. Com mensagens voltadas ao público aposentado e prometendo baixas taxas para esses indivíduos os fornecedores de crédito valem-se da ingenuidade do idoso para gerar lucro.

Ao fazer empréstimos sem ter consciência de seu orçamento e sem ter uma educação financeira que o ajude compreender que muitas vezes as parcelas financiadas totalizam quase o que recebe por mês, o idoso se vê na triste e dura realidade do superendividamento que assola boa parte da população brasileira.

Inserido nesse cenário, o indivíduo não consegue cumprir com o pagamento combinado com o credor ou, por vezes, ao realizar com pagamento devido se vê sem condições de prover o seu próprio sustento, o que caracteriza uma ofensa indelével ao princípio da dignidade humana.

Acerta do tema, Cláudia Lima Marques⁸² também expõe o seu entendimento em seu livro:

Não bastariam as regras gerais de direito do consumidor já existentes no Brasil, mas necessitaríamos regras especiais para este grupo, de forma a diminuir e evitar a discriminação. O Estatuto do Idoso é uma delas, mas ainda há muito a fazer, principalmente em matéria de crédito ao consumidor idoso e da publicidade a ele voltada.

Em consideração às peculiaridades do consumidor idoso, o Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento⁸³, aprovado pela Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento convocada em 1978 pela Assembleia Geral da ONU traz, em sua recomendação de número dezoito, diretrizes para a garantia da proteção desses consumidores, as quais se lêem abaixo:

Os Governos deverão:

⁸² MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 375

⁸³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento. 1982. Disponível na Internet em: <<http://www.ufrgs.br/epsico/publicas/humanizacao/prologo.html>>. Acesso em 25 mai. 2017

a) Garantir que os alimentos, os produtos domésticos, as instalações e os equipamentos cumpram normas de segurança levando em conta a vulnerabilidade das pessoas de idade;

b) Incentivar o uso seguro dos medicamentos, os produtos químicos domésticos e outros produtos, exigindo que os fabricantes coloquem nesses produtos as advertências e as instruções necessárias para seu uso;

c) Facilitar a disponibilidade de medicamentos, aparelhos auditivos, próteses dentárias, óculos e outras próteses, para que os idosos possam continuar uma vida ativa e independente;

d) Limitar a publicidade intensiva e outras técnicas de venda destinadas fundamentalmente a explorar os escassos recursos dos idosos.

Os organismos governamentais deverão colaborar com as organizações não-governamentais em programas de educação do consumidor. Deve-se insistir junto às organizações internacionais interessadas para que promovam uma ação conjunta dos Estados Membros para proteger os consumidores idosos. **(grifo nosso)**

Dessa maneira, o idoso fica ainda mais suscetível a sofrer um resultado danoso na relação de consumo, o que significa dizer que o natural desequilíbrio entre consumidor e fornecedor é potencializado em virtude de fatores biológicos e sociais inerentes à qualidade de consumidor idoso, tais como eventuais problemas de saúde, aliada à limitada familiaridade com as novas tecnologias e a decorrente dificuldade de ler e interpretar contratos que, por vezes, possuem termos de difícil compreensão.

Surge então a necessidade de instrumentos de proteção mais eficazes diante do maior desequilíbrio na relação de consumo como garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da solidariedade. O Estado deve defender a dignidade e o bem-estar do idoso, não podendo olvidar-se da tarefa de proteger de uma forma mais ampla esse público a fim de fazer justiça no caso concreto, de forma a evitar ou ao menos diminuir consideravelmente os danos que o idoso pode sofrer na relação de consumo em razão da sua própria hipervulnerabilidade.

CAPÍTULO III

O controle da publicidade

3.1. Meios de controle da Publicidade

A expansão do mercado capitalista, o desenvolvimento das relações comerciais, a massificação da produção e a necessidade constante do escoamento da produção resultaram no desenvolvimento da publicidade como uma ferramenta de persuasão.

Neste contexto, a atividade publicitária - como qualquer outra - não restaria isenta de controle. O mercado publicitário e as pessoas interessadas nesta atividade defendem que ela seria uma manifestação artística decorrente da liberdade de expressão e, por este motivo, estaria garantida constitucionalmente contra censura. De outro lado, há o entendimento de que “o eventual caráter artístico não desnatura a essência econômica da publicidade comercial que, enquanto função de venda, tem no mercado de consumo o destinatário de sua atenção. Arredada sua finalidade econômica, a publicidade comercial sequer chegaria existir”.⁸⁴

De nenhuma maneira a regulamentação da publicidade visa a censurar ou a restringir indevidamente a liberdade de expressão publicitária, mas sim proteger o consumidor, que é constantemente bombardeado com essa estratégia. Aqui, segundo Herman Benjamin “a questão deixa de ser a de supressão pura e simples da publicidade e passa a ser a de sua contenção ou controle de seus abusos, fazendo-a cumprir sua função social”.⁸⁵

Ademais, não há dúvidas que a sociedade esteja em constante processo de mudanças sócio-econômicas e que as normas devem acompanhar essas mudanças sob pena de ser tornarem letra morta. Em se considerando a relevante influência da publicidade nas relações de consumo, não é admissível que se fechem os olhos para tal

⁸⁴ NUNES JÚNIOR. Vidal Serrano. Publicidade Comercial: proteção e limites na Constituição de 1988. São Paulo: Juarez Oliveira, 2001. p. 205

⁸⁵ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O controle jurídico da publicidade. Revista de Direito do Consumidor, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

fenômeno, especialmente levando em conta o processo de globalização e a velocidade com que as informações se propagam atualmente.

Entende-se que caso a mensagem publicitária causasse algum tipo de dano, estes não atingiriam apenas um indivíduo isoladamente, mas sim um grande número de pessoas, o que impõe uma regulamentação efetiva a fim de evitar os abusos no exercício da atividade, bem como limitar o seu poder de modificar padrões culturais, garantindo um fluxo adequado de informações sobre produtos e serviços, oportunizando a concorrência entre os agentes econômicos e evitando o monopólio.⁸⁶

Destarte, a classificação empreendida por grande parte da doutrina dividiria a regulamentação em três sistemas⁸⁷, sendo eles: (i) sistema autorregulamentar; (ii) sistema estatal e (iii) sistema misto, os quais serão abordados a seguir.

3.1.1. Sistema Autorregulamentar

O sistema autorregulamentar consiste em uma espécie de controle interno no qual o próprio ramo publicitário regulamentaria a publicidade por intermédio de um código de ética e de órgãos próprios que atuariam no sentido de coibir os eventuais abusos advindos dela. Sua origem remonta à década de 30 na França quando o *Code International de Pratiques Loyales en Matière de Publicité*⁸⁸ foi editado pela Câmara de Comércio Internacional, uma entidade privada formada por comerciantes, banqueiros e financistas.

Percebe-se que os agentes econômicos interessados na atividade publicitária se esforçam a favor da autoregulação na tentativa de afastar a intervenção do Estado na iniciativa privada, por se sentirem ameaçados por ele.

⁸⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O controle jurídico da publicidade. Revista de Direito do Consumidor, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O controle jurídico da publicidade. Revista de Direito do Consumidor, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁸⁸ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 67

Chaise⁸⁹ ressalta como traços essenciais desse modelo: (i) existência de uma associação de representantes do mercado publicitário sob a égide do regramento do direito privado, a qual seria de adesão voluntária; (ii) existência de um código de ética com o intuito de determinar os limites para os anúncios comerciais e, ao mesmo tempo, furtar-se da arbitrariedade dos órgãos de controle; (iii) criação de um órgão responsável para fiscalizar o cumprimento das normas ora fixadas e competente para aplicar sanção aos que a elas infringem, por intermédio de um poder coercitivo.

Entretanto, é prudente observar, conforme explicita Caristina⁹⁰, que nenhuma norma advinda de órgão de autorregulamentação, por mais privado que seja, pode ser indiferente às normas de ordem pública, bem como aos parâmetros morais da sociedade.

O que se pode apontar de positivo em tal sistema é a rapidez, a ausência de onerosidade para o consumidor e carga moral de suas decisões sobre os associados. Ademais, o que se percebe nos Códigos de Ética das associações de autorregulamentação é um conteúdo contratual, em verdade, que obriga aqueles que a ele aderiram de forma voluntária. Ainda, ao menos em tese, seria permitido aos associados que se sentissem prejudicados por condutas que destoassem das normas autodispostas que buscassem tutela judicial com fulcro na responsabilidade civil contratual.⁹¹

Além disso, conforme Herman Benjamin⁹²:

(...) aos consumidores e seus representantes, diante do patente caráter de estipulação em favor de terceiro destes regramentos, é lícito pleitear judicialmente medidas contra as condutas desconformes, sejam de prevenção, sejam de reparação. Tais normas privadas, de feição fortemente contratual, são, naquilo que superarem a normativa estatal, aplicáveis em favor do consumidor, que, como se disse, é o favorecido – ao lado do concorrente – dessa estipulação em favor de terceiro.

⁸⁹ CHAISE, Valéria Falcão. A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25.

⁹⁰ CARISTINA, José Eduardo Aguiar. Os modelos jurídicos na auto-regulamentação econômica. Prisma Jurídico, São Paulo, v.5, p. 121, 2006

⁹¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O controle jurídico da publicidade. Revista de Direito do Consumidor, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁹² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O controle jurídico da publicidade. Revista de Direito do Consumidor, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

Dentre as desvantagens da escolha desse modelo de sistema, podemos dizer que, em que pese o importante papel no atual cenário, tal sistema não é visto com bons olhos pelos consumidores, o que também reflete no posicionamento majoritário da doutrina, diante do fato que quem gere o sistema e atua no sentido de regulamentação é justamente aquele que patrocina as mensagens publicitárias, revelando-se como um suspeito paradoxo.

Ademais, embora útil e de certa ajuda ao sistema estatal, como se verá adiante, a autorregulamentação não se revela como sendo um meio adequado para a concreta proteção do consumidor.

Nesse sentido, Marques Neto⁹³ defende que tal sistema seria:

(...) forma de regulação que surge a partir do interesse dos atores econômicos atuantes num dado subsistema, buscando a preservação das condições de exploração econômica, o fechamento deste sistema a novos entrantes ou a anulação ou absorção das interferências externas, de origem estatal ou não. A autorregulamentação tem caráter quase exclusivamente de regulação econômica. Seu caráter de regulação social é nulo ou meramente residual.

Significa dizer que a finalidade precípua do sistema de autorregulamentação é, em verdade, olvidar-se de um controle estatal, que se revelaria prejudicial aos interesses do importante mercado da publicidade. A maior preocupação deste sistema não é o consumidor, ainda que seu objetivo seja consolidar uma “imagem limpa” acerca dos abusos comerciais, evitando o constrangimento das empresas, mas sim o controle da concorrência.

Vale lembrar ainda que as suas normas, por não possuírem um caráter legal, são dotadas de uma limitada eficácia, visto que o poder coercitivo desse sistema revela-se apenas como uma mera pressão para que aqueles infringem as normas se retratem. Acrescenta-se que as decisões do órgão somente possuem eficácia perante os seus membros, ou seja, aqueles que voluntariamente aderiram ao código de ética da instituição.

⁹³ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Regulação econômica e suas modalidades. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, a. 7, n. 28, p. 27-42, out./dez. 2009. p. 37

3.1.2. Sistema Estatal

Assim como dito no tópico anterior, o sistema de autorregulamentar mostra-se insuficiente para coibir os abusos publicitários, visto que, dada a sua natureza privada, suas regras não possuem poder de coerção e são válidas apenas para aqueles que voluntariamente as aderiram. Ademais, o controle da publicidade não é feito pela perspectiva do consumidor, mas sim do mercado, de modo que as preocupações pouco têm a ver com ele, parte vulnerável da relação de consumo.⁹⁴

Sendo assim, em certo momento os incentivos do mercado e o controle privado não se mostram satisfatórios para coibir os abusos publicitários, fazendo-se necessário a intervenção do Estado por meio de um sistema estatal de regulamentação da publicidade.

No mesmo sentido, Pasqualotto⁹⁵ menciona em sua obra:

Diante da importância da publicidade no mundo moderno, não restava alternativa ao Estado senão a de intervir para impor limites à sua atuação, como ocorre toda vez que uma atividade privada coloca em risco o interesse público.

Nesse contexto, sobreveio o Código de Defesa do Consumidor, com influência tanto do direito norte-americano como do direito francês, por intermédio do *Projet de Code de La Consommation*, que estabeleceu preceitos acerca da ética publicitária.

O controle estatal, chamado de externo, é feito sob o ângulo do consumidor, indivíduo vulnerável, com vistas a protegê-lo. Para tanto, as condutas destoantes das normas estabelecidas no diploma legal são fiscalizadas pelas entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e julgadas pelo Poder Judiciário.

Tal controle pode ser feito em três frentes, quais sejam, a legislativa, a administrativa e a jurisdicional, na medida em que o processo de regulamentação é baseado na criação de normas e fiscalização de seu cumprimento. Portanto, pode se dizer que o sistema estatal se revela na necessidade de adequar a publicidade o mercado

⁹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais: Da publicidade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Cap. 5. p. 251-503.

⁹⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 69.

de consumo, o que é feito por intermédio da intervenção do Estado, ou seja, ele é baseado na promulgação de normas de ordem pública, cuja inobservância poderá acarretar em sanções de ordem jurídica, o que é visto como uma enorme vantagem, por conta da coercitividade que lhe é característica.

Aliás, no que diz respeito às vantagens desse sistema, Herman Benjamin⁹⁶ sugere:

Há fortes argumentos em favor de uma participação do Estado no controle da publicidade: sua perícia técnica (através de órgãos especializados), sua capacidade de observar, analítica e continuamente, o mercado, sua ampla gama de poderes e instrumentos, inclusive de coação.

Como desvantagens desse sistema podemos apontar tanto a burocracia na atuação, revelada pela lentidão e o formalismo, quanto a dificuldade, expressada pela delonga, em acompanhar as mudanças da sociedade – ocorridas de forma cada vez mais veloz –, que refletem em ajustes no mercado.

3.1.3. Sistema Misto

O sistema misto sintetiza-se no controle interno, realizado por órgãos autorregulamentares, e no controle externo, realizado pelo Estado, inferindo que a autorregulamentação não atua de forma imperiosa a ponto de tornar desnecessária a interferência do Estado. Do mesmo modo que apenas a intervenção estatal, isoladamente empregada apresenta riscos para o consumidor de maneira semelhante.

Tem-se, portanto, a ideia de que a efetividade do controle da publicidade depende de alguns elementos, os quais se podem numerar como *(i)* responsabilidade empresarial, individual e coletiva, *(ii)* um sistema autorregulamentar e *(iii)* controle da publicidade pelo Estado.⁹⁷

⁹⁶ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O controle jurídico da publicidade. Revista de Direito do Consumidor, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O controle jurídico da publicidade. Revista de Direito do Consumidor, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

Nesse sentido, fundamenta Herman Benjamin⁹⁸:

A precisão e o caráter técnico do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, assim como a boa vontade e esforço dos seus implementadores, não foram (como não são) suficientes para impedir, isoladamente, todo sorte de abusos praticados contra os interesses dos consumidores. Daí ter o Código de Defesa do Consumidor, buscando um sistema misto de controle, conjugando auto-regulamentação e participação da Administração e do Poder Judiciário.

Assim sendo, o sistema misto foi adotado no Brasil, de modo que a autorregulamentação é vista como um sistema acessório que não afasta, de qualquer maneira, a regulamentação por parte do Estado, pois com ela é compatível.

Em sentido contrário, Pasqualotto adverte que, embora muitos afirmem que no país utiliza-se um sistema misto de regulamentação, parte pelo Estado e parte pela autorregulamentação, na realidade o país somente possui regulamentação Estatal, na medida em que as normas do órgão autorregulamentador possuem um caráter inteiramente privado, não sendo aptas para a produção de efeitos jurídicos perante terceiros.⁹⁹

Ainda de acordo com esse entendimento, com o advento da regulamentação estatal, cujo caráter é imperativo, o espaço antes ocupado pela autonomia privada foi extinto, já que a deu oportunidade para a regulamentação privada dessa matéria.

3.2. Órgãos responsáveis pela atuação no controle publicitário

Em se considerando a necessidade de controle da atividade publicitária, muitos são os órgãos que se cumprem esse papel, seja no sistema autorregulamentar, no sistema estatal ou no misto, adotado pelo legislador brasileiro no Código de Defesa do Consumidor. No presente trabalho, alguns merecem destaque, conforme se verá adiante.

⁹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Das práticas comerciais: Da publicidade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Cap. 5. p. 251-503.

⁹⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 69.

3.2.1. CONAR

O CONAR (Conselho de Autorregulamentação Publicitária) foi fundado em 05 de Maio de 1980, na cidade de São Paulo, caracterizando-se como uma associação civil sem fins lucrativos, custeada pelas contribuições das grandes entidades do meio publicitário brasileiro e seus filiados, como anunciantes, agências de publicidade e veículos de mídia.

Sua criação decorreu do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, elaborado no final da década de 70, em meio à ameaça do governo federal em sancionar uma lei estipulando uma espécie de prévia censura às mensagens publicitária, o que, segundo seus idealizadores, geraria uma imensa burocracia e retrocesso à liberdade de expressão.

O Código veio então com o intuito de zelar pela liberdade de expressão e defender os interesses dos atores envolvidos no mercado publicitário, engavetando o projeto de censura prévia e ficando CONAR encarregado de dar efetividade a ele.¹⁰⁰

O Conselho de Ética do CONAR é composto por oito Câmaras, sendo sete localizadas em quatro diferentes capitais de estados brasileiros: São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Pernambuco, e uma localizada na capital federal. Os conselheiros do órgão somam ao número de cento e oitenta, divididos entre membros efetivos e suplentes selecionados entre profissionais do ramo publicitário e representantes da sociedade civil que trabalham voluntariamente. É vedada a participação no Conselho de pessoas com investidura em cargos públicos, quer seja por nomeação ou por eleição, bem como candidatos a cargo eletivo em qualquer nível.¹⁰¹

O objetivo do CONAR, segundo o próprio Conselho é promover e controlar a observância dos limites éticos da publicidade, na forma do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, impedindo os eventuais constrangimentos ao consumidor ou a empresas advindos de uma publicidade enganosa ou abusiva, além de

¹⁰⁰ Informações extraídas do documento “História”, elaborado pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 13 jun. 2017

¹⁰¹ Informações extraídas do documento “Quem Somos”, elaborado pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em 13 jun. 2017

defender a liberdade de expressão comercial, resguardando suas prerrogativas constitucionais.

Frise-se que a finalidade precípua do CONAR no controle da ética publicitária, cuja amplitude e conteúdo, embora tenham caráter deontológico, e em grande parte das vezes tem como consequência uma decisão que harmoniza com a proteção do indivíduo consumidor, não pode ser confundida com o controle jurídico realizados pelas normas imperativas do Código de Defesa do Consumidor.¹⁰²

Nessa ambientação, o artigo 5º de seu Estatuto social¹⁰³ arrola como suas finalidades:

Artigo 5º

São finalidades do CONAR:

- I. Zelar pela comunicação comercial, sob todas as formas de propaganda, fazendo observar as normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que prevalecerão sobre quaisquer outras.
- II. Funcionar como órgão judicante nos litígios éticos que tenham por objeto a indústria da propaganda ou questões a ela relativas.
- III. Oferecer assessoria técnica sobre ética publicitária aos seus associados, aos consumidores em geral e às autoridades públicas, sempre que solicitada.
- IV. Divulgar os princípios e normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, visando a esclarecer a opinião pública sobre a sua atuação regulamentadora de normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda a atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias.
- V. Atuar como instrumento de concórdia entre veículos de comunicação e anunciantes, e salvaguarda de seus interesses legítimos e dos consumidores.
- VI. Promover a liberdade de expressão publicitária e a defesa das prerrogativas constitucionais da propaganda comercial.

Sua atuação é no sentido de atender denúncias realizadas pelos consumidores – qualquer cidadão pode encaminhar suas reclamações ao CONAR -, instituições de defesa do consumidor, autoridades e, por vezes, até mesmo denúncias formuladas pelos seus próprios membros. Tais denúncias são analisadas e julgadas pelo Conselho de Ética, sendo oportunizado o direito de defesa das partes.

¹⁰² MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 269.

¹⁰³ CONSELHO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Estatuto Social do CONAR, 22 de Maio de 1980. Disponível em: <WWW.conar.org.br>. Acesso em 13 jun. 2017.

As punições previstas são de advertência ao anunciante, recomendação de alteração ou correção do anúncio veiculado, recomendação de sustação da veiculação e divulgação da posição do CONAR no caso em que não forem acatadas as suas decisões. Importante ressaltar que o CONAR não realiza censura prévias as peças publicitárias, de forma que caso a campanha tenha flagrante infração ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a sustação é recomendada liminarmente aos veículos de comunicação, o que pode ser feito em um curto intervalo de tempo a partir do conhecimento da denúncia. Ainda, é possível que o processo seja arquivado na oportunidade em que o órgão entender não ter havido nenhuma violação.

Cabe ainda frisar que as decisões do Conselho, na realidade, não têm força normativa, caracterizando-se como meras recomendações de cumprimento espontâneo.¹⁰⁴ Contudo, em se considerando a adesão dos membros de forma voluntária ao seu estatuto social e seu conteúdo contratual, conforme mencionado anteriormente, entende-se que essas recomendações podem ser discutidas pelas partes na seara do Poder Judiciário.

Nesse sentido, Bruno Miragem¹⁰⁵ explica:

(...) tanto a submissão dos anúncios publicitários ao CONAR, quanto a eficácia de suas decisões tem por fundamento vínculo associativo das partes envolvidas e o conselho. Decorre de vínculo obrigacional. Nesse sentido, sua exigibilidade e eventual descumprimento de decisões do conselho resolvem-se como inadimplemento, ao contrário da cogência e autoridade da decisão estatal, especialmente por parte do Poder Judiciário, relativamente à proibição da publicidade ilícita, e a adoção das providências necessárias para assegurar a efetividade da medida.

Apesar do cumprimento voluntário, o que se nota, conforme as estatísticas disponibilizadas em sítio eletrônico do próprio Conselho, via de regra, é o efetivo cumprimento das recomendações feitas por este. Segundo dados internos, foram 9.219 processos instaurados desde a sua criação até o mês de Dezembro do ano passado.

Só no ano de 2016 foram 308 processos instaurados, sendo 196 deles por denúncia do consumidor, 65 por representação de associados, 13 pelo Conselho Superior e 34 pelo próprio CONAR de ofício. Nota-se que mais da metade dos

¹⁰⁴ PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 68.

¹⁰⁵ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 269-260

processos instaurados foram mediante denúncia do consumidor, visto que seu índice chega à casa dos 63,6%, o que prestigia o papel do indivíduo que consome nesse modelo de fiscalização.

Ademais, as peças publicitárias com maior número de representações são dos setores de medicamentos, cosméticos e outros produtos e serviços para a saúde (19,5%), seguido de alimentos, sucos e refrigerantes (14,6%) e bebidas alcoólicas (11%). A maioria dos questionamentos se volta à veracidade das informações prestadas no anúncio (39,9%) e respeitabilidade (22,4%). Apenas 1,9% dos questionamentos referem-se à adequação às leis.¹⁰⁶

Dentre os casos analisados no corrente ano, vale o destaque à representação de nº223/16¹⁰⁷, julgada em Março, em que o CONAR, mediante queixa de consumidor instaurou o procedimento para averiguar a violação aos dispositivos do Código de Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Na ocasião, um anúncio teria sido veiculado sob a forma de vídeo *unboxing* em um canal de mídia social, mostrando o produto da linha Kinder Ovo que oferecia, sob a forma de brinde, brinquedos da linha Peppa Pig. O CONAR entendeu que havia a incitação ao consumo por intermédio de itens colecionáveis, o que viola as diretrizes do Código.

Em sede de defesa, as empresas alegaram não ter nenhum tipo de relacionamento com o canal que veiculou o vídeo de *unboxing*, apontando o seu autor como único responsável pelo anúncio veiculado. O autor do vídeo confirmou que não havia recebido nada para fazer a divulgação do produto. Ainda assim, a relatora propôs advertência a todos os envolvidos e no voto complementar foi sugerido a sustação da ação publicitária.

As empresas, tanto do gênero alimentício quanto da linha de brinquedos, em sede recursal, alegaram ser excessiva a penalidade imposta, reiterando que o anúncio

¹⁰⁶ Informações extraídas do documento “Estatísticas”, elaborado pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: < <http://www.conar.org.br/>>. Acesso em Junho de 2017

¹⁰⁷ CONAR. Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras e Câmara Especial de Recursos. Representação nº223/16. Relatores: Leticia Lindenberg de Azevedo, José Maurício Pires Alves e Ricardo Gonçalves de Melo. Março de 2017. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4572>>. Acesso em Junho de 2017

veiculado não poderia ser considerado publicidade. O relator do recurso considerou indiscutível o caráter publicitário da ação, entretanto, acolheu a tese de revogação da advertência às empresas envolvidas, por restar comprovado que a divulgação dos produtos não se deu em caráter oneroso, ficando advertido apenas o canal que idealizou o anúncio, e mantida a sustação da ação publicitária.

3.2.2. Ministério Público

O Ministério Público é uma importante instituição pública cujo dever é defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme preconiza o artigo 127 da Magna Carta¹⁰⁸ Atua, sem dúvida, como notável defensor de direitos difusos e coletivos, sendo uma das suas funções a promoção do inquérito civil e da ação civil pública no intuito de salvaguardar tais interesses.¹⁰⁹

No que tange à defesa do consumidor, o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor¹¹⁰ estabelece que todas as suas disposições são de ordem pública e interesse social, o que significa dizer que é obrigatória a presença do Ministério Público nas ações propostas com fulcro nos dispositivos do microsistema de defesa do consumidor como forma de velar pelos interesses sociais, conforme constitucionalmente instituído.

Já o artigo 5º do mesmo Código¹¹¹ determina que sejam instituídas Promotorias de Defesa do Consumidor no âmbito no Ministério Público com o afimco de efetivar a Política Nacional de Consumo. Por fim, artigo 82, I do Código de Defesa do

¹⁰⁸ O artigo 127 da Constituição Federal aduz: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

¹⁰⁹ O artigo 129, III da Constituição Federal afirma: “São funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

¹¹⁰ Segundo o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

¹¹¹ Conforme se depreende do artigo 5º, inciso II do Código de Defesa do Consumidor: “Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros: II – instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público.”

Consumidor consagra a legitimidade do Ministério Público no exercício das ações civis públicas e das ações coletivas cujo objeto for relacionado com a tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, de acordo com o artigo 81 deste regramento.

Por direitos difusos entendem-se aqueles que atingem um número indeterminado de pessoas, ligadas por relação meramente factual. Sua titularidade é indeterminável, de modo que não se pode mensurar o *quantum* que cabe a cada um. São aqueles interesses que não estão apoiados em uma relação base delineada, sendo o vínculo entre as pessoas sintetizado a fatores conjunturais ou genéricos.¹¹²

Já os direitos coletivos, apesar de natureza indivisível, seriam aqueles pertencentes a um grupo ou categoria de pessoas determináveis, cuja ligação seria realizada por uma mesma relação jurídica de base. Assim sendo, entende-se que para a caracterização de um direito coletivo existente não se faz necessário apontar concretamente um titular específico real, podendo demandar conjuntamente as pessoas que gozariam dos mesmos benefícios.¹¹³

Os direitos individuais homogêneos se traduzem naqueles individuais e divisíveis, ou seja, os seus titulares são perfeitamente identificáveis e é possível se mensurar o *quantum* pertencente a cada um. Bruno Miragem explica que a razão que os faz serem tutelas de maneira coletiva reside em dois fatores: (i) sua origem comum e homogeneidade e (ii) a possibilidade e conveniência de sua tutela coletiva, como forma de evitar o desdobramento de processos e a ameaça de decisões contraditórias.¹¹⁴

De igual maneira, expõem Nery Júnior e Rosa Nery¹¹⁵:

(...) direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. O que caracteriza um direito individual comum como homogêneo é a sua origem comum. A grande novidade trazida pelo CDC no particular foi permitir que esses direitos individuais

¹¹² NERY JÚNIOR, Nelson. O Ministério Público e a sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo. Jutitia, São Paulo, n. 160, p.244-250, 1992. Trimestral. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/18729a.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

¹¹³ NERY JÚNIOR, Nelson. O Ministério Público e a sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo. Jutitia, São Paulo, n. 160, p.244-250, 1992. Trimestral. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/18729a.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

¹¹⁴ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 676

¹¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 813.

pudessem ser defendidos coletivamente em juízo. Não se trata de pluralidade subjetiva de demanda (litisconsórcio), mas de uma única demanda, coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos.

No tocante a mensagem publicitária, resta ainda mais evidente a razão da legitimidade do Ministério Público em propor ações, uma vez que dado ao caráter da própria publicidade, que implica uma divulgação ostensiva a um sem número de pessoas. Nesse contexto, caso alguma conduta seja abusiva, irá afetar uma quantia indeterminada de pessoas, o que justifica a ação do *Parquet* em uma defesa ampla e coletiva, de modo a resguardar os interesses de todos esses consumidores.

Herman Benajamin¹¹⁶, por sua vez, acerta:

A intervenção do Ministério Público na proteção ao consumidor não tem seu fundamento na hipossuficiência econômica do consumidor. Alicerça-se, de fato, no caráter de indisponibilidade dos interesses protegidos, exatamente na medida em que, pela sua extensão coletiva e qualidade difusa, extrapolando a órbita individual, exigem tutela do Estado. Protege-se o consumidor individualmente pelo fato de enxergá-lo integrante de um sistema mais amplo de interesses e direitos, denominados “direitos ao consumo”.

Ressalta-se que o Ministério Público pode ingressar com todas as ações necessárias para a concretização dos direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor. No que tange ao assunto em comento no presente trabalho, sabe-se que o *Parquet* pode ingressar com ação cautelar, por exemplo, para retirar de circulação a ação de comunicação mercadológica que vai de encontro aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, caracterizando-se como um abuso.

Contudo, a sua atuação não se resume à área processual. É notório o seu desempenho em diversos instrumentos que não o processo. Bruno Miragem divide a atuação do Ministério Público em processual e extraprocessual, sendo esta última a competência do órgão para expedir requisições e recomendações, instaurar

¹¹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; FILOMENO, José Geraldo Brito. A proteção ao consumidor e o Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, v. 47, n. 131-a, p. 58-78, set. 1985. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30791>>. Acesso em: 18 jun. 2017

procedimentos investigatórios (Inquéritos Cíveis), realizar audiências públicas e celebrar termos de ajustamento de conduta.¹¹⁷

Nesse sentido, o mencionado autor¹¹⁸ completa:

Em muitas situações há de se reconhecer a complementaridade dos procedimentos extraprocessuais e processuais, o que é evidenciado no caso do inquérito civil, o qual poderá servir para prévia investigação e produção de provas que sustentem a pretensão de futura ação civil pública. Por outro lado, a expedição de requerimentos e a audiência pública podem servir tanto para informar o convencimento do próprio agente do Ministério Público competente, como também para permitir a oitiva das partes envolvidas e a possibilidade de participação de todos os interessados.

Estas são, em apertadíssima síntese, as atribuições do Ministério Público como um órgão do sistema estatal agindo no controle da publicidade.

A título de informação, ressalta-se que o STJ, em julgamento histórico¹¹⁹, após ação civil pública ingressada pelo Ministério Público de São Paulo, entendeu ser abusiva a publicidade de alimentos dirigida à criança porque desobedece aos dispositivos (artigos 37, §2º e 39, I) do Código de Defesa do Consumidor. No caso em questão, uma empresa do gênero alimentício utilizava-se de linguagem lúdica e dirigida ao universo infantil para anunciar um de seus produtos, o que ainda se agravava com relação à venda casada, pois ao anunciar o produto, um biscoito, era também ofertado um “brinde”, que ficava condicionado à compra de cinco unidades do biscoito.

A conduta foi rechaçada pelos ministros, de modo que o recurso da empresa não prosperou, ficando irretocável o acórdão de origem que condenou a empresa a pagar uma indenização no valor de R\$ 300.000,00 ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

¹¹⁷ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 677.

¹¹⁸ MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 678.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0). Recorrente: Pandurata Alimentos LTDA. Recorrido: Ministério Público. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 10 de março de 2016. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/ITA.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

3.2.3. PROCON

A origem do PROCON se deu antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, em 1976 na cidade de São Paulo, em meio a uma sociedade que estava passando por inúmeras mudanças socioeconômicas e políticas. Tais mudanças corroboraram para a organização de entidades que pressionassem os órgãos públicos para uma efetiva defesa do consumidor. Nessa ambientação, ainda foram criados o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor em 1987 e a Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/SP em 1989.

Os PROCONs são órgãos administrativos criados por lei (estadual ou municipal) integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, sendo punir administrativamente os fornecedores que infringem as normas de proteção ao consumidor, conforme o Código de Defesa do Consumidor e também o Decreto 2.181/97¹²⁰, o seu objetivo mais conhecido.

Leonardo Roscoe Bessa afirma qualquer que seja a ofensa à norma de defesa do consumidor, ela enseja a aplicação das penalidades administrativas elencadas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor. O autor destaca que não apenas os direitos elencados no Código são capazes de fazer incidir a sanção, mas sim “a ofensa a qualquer norma que objetiva a tutela dos interesses materiais e morais do consumidor”.

121

Dessa maneira, ainda acrescenta¹²²:

Na verdade, a delimitação de deveres do fornecedor decorre de análise conjunta de diversas normas, em *diálogo de fontes*, com relevo para a Constituição Federal e o CDC (art. 7º, caput). Os direitos dos consumidores que se relacionam diretamente com tais deveres resultam necessariamente de

¹²⁰ BRASIL. Decreto nº 2.181, de 20 de Março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990, revoga o Decreto nº 861, de 09 de Julho de 1993, e dá outras providências. Brasília, DF, 20 de Março de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em Junho de 2017

¹²¹ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 320-345.

¹²² BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 320-345.

análise do ordenamento jurídico – e não apenas do Código. Ordenamento jurídico, no caso, traz consigo a ideia de análise *ampla, sistemática e congruente* da Constituição Federal e das normas infraconstitucionais aplicáveis ao setor.

As sanções administrativas aos fornecedores que violam normas de defesa do consumidor estão presentes no artigo 56 do Código de Defesa do consumidor, sendo a multa a mais conhecida delas. Mas ainda são sanções aplicáveis a apreensão do produto e a sua inutilização, cassação do registro do produto junto ao órgão competente, proibição de sua fabricação, suspensão de fornecimento dos produtos e serviços, dentre outras. A aplicação de sanções objetiva reprimir a conduta abusiva do fornecedor, bem como prevenir que ele volte a praticar a mesma espécie de lesão.

Para que o procedimento administrativo seja válido, é importante que o fornecedor tenha conhecimento do conteúdo da representação que lhe foi feita, oportunizando-lhe os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, de forma que ele possa apresentar provas, construindo sua defesa por intermédio de argumentos que levariam à improcedência da reclamação. Contudo, há uma previsão legislativa no parágrafo único¹²³ do artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor sobre a possibilidade de aplicação de medidas cautelares, o que significa que não é necessária prévia manifestação do fornecedor.

No que tange à seara da publicidade, pode-se dizer que o PROCON desempenha um importante papel, no sentido de ser competente para punir administrativamente anúncios publicitários que violem as diretrizes de proteção ao consumidor. Ressalta-se, porém, que o órgão não é competente para suspender a veiculação de uma ação publicitária, por exemplo, o que ficaria a cargo do Ministério Público.

Para além da aplicação de sanções administrativas, o PROCON também atua no âmbito preventivo, ou seja, na educação dos consumidores e fornecedores acerca de seus direitos e deveres. O órgão informa, por intermédio de cartilhas e diversos materiais didáticos, como proceder diante de situações que possam causar lesão ao

¹²³ O artigo 56, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor diz: “As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.”

consumidor, bem como orienta os fornecedores a não infringir as normas de consumo, atendendo ao seu dever de educar e informar.¹²⁴

Com a popularização do órgão, os consumidores passaram a ficar mais atentos aos abusos que sofriam do mercado, levando suas reclamações ao PROCON para que elas pudessem ser atendidas. No mesmo sentido, os fornecedores também passaram a observar com mais cautela as condutas abusivas que praticavam. Diante dessa conscientização, objetivou-se diminuir as infrações à legislação de proteção do consumidor.

O PROCON também elabora pesquisas de preço e qualidade dos produtos e serviços, além de diversos estudos com o objetivo de esclarecer ao consumidor quais são os melhores preços praticados no mercado, bem como atestar a qualidade de produtos e serviços.

O consumidor que se sente lesado por qualquer prática do mercado antes de ajuizar ação no âmbito do Poder Judiciário pode se dirigir ao PROCON e apresentar uma reclamação perante o órgão por desrespeito a qualquer norma de defesa do consumidor. O órgão pode tentar solucionar de forma prévia e gratuita as contendas entre consumidores e fornecedores, por intermédio da conciliação, evitando o litígio no sobrecarregado Poder Judiciário. Esclarece-se que o atendimento do fornecedor às questões reclamadas pelo consumidor ao PROCON serve de circunstância atenuante na estipulação de penalidade administrativa.¹²⁵

Ainda, faz-se necessário mencionar que o PROCON possui legitimidade para ajuizar ação coletiva para tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor, conforme preconiza o artigo 82, III do Código de Defesa do Consumidor.

¹²⁴ O artigo 4º, IV do Código de Defesa do Consumidor estabelece: “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: IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.

¹²⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 320-345.

CONCLUSÃO

Em síntese, o trabalho procura perquirir o conceito de publicidade e todos os seus princípios norteadores, especialmente no tocante à mensagem publicitária destinada ao público hipervulnerável, com o enfoque na criança e nos idosos, no intuito de justificar a regulamentação e adequação da publicidade voltada a esses consumidores.

A publicidade no mundo pós-moderno, considerada como uma ferramenta de persuasão e não mais meramente informativa como no passado, transforma a sociedade, ditando padrões de consumo e obrigando as pessoas a consumirem em nome do escoamento da produção e percepção de lucro.

Dentre os princípios desse instrumento de comunicação mercadológica, destacam-se: *(i)* identificação publicitária, que obriga que o conteúdo publicitário seja identificado como tal, de forma a não induzir a erro os consumidores; *(ii)* vinculação contratual, que obriga o fornecedor a cumprir com aquilo que anuncia; *(iii)* veracidade, que obriga o anunciante a repassar informações autênticas com relação ao produto anunciado, evitando os abusos do mercado; *(iv)* não abusividade, cuja intenção é resguardar a incolumidade física e psíquica do consumidor, de modo que a publicidade não o leve a se portar de forma danosa a si próprio.

O consumidor é por si só considerado vulnerável, visto a sua desproporção de forças frente aos fornecedores. Nesse sentido, o que o microssistema de defesa do consumidor busca é restabelecer o equilíbrio de forças, permitindo que as partes se encontrem em igualdade ou o mais próximo possível disto.

No caso das crianças e idosos – tema foco do presente trabalho – o que se percebe é o agravamento de tal condição, caracterizando uma hipervulnerabilidade. A hipervulnerabilidade do consumidor estabelece a sua absoluta fraqueza, seja por suas características ou por suas condições econômicas, sociais ou intelectuais, de modo que é necessária a existências de normas de proteção a fim de resguardar esses consumidores frente ao mercado de consumo.

No tocante à publicidade infantil, percebe-se que a conduta publicitária dirigida às crianças é completamente revestida de ilegalidade, visto que esses pequenos consumidores, por características que lhe são próprias – como o reduzido discernimento – não são capazes de entender a publicidade como tal. Desse modo, o que se configura é a violação de princípios do Código de Defesa do Consumidor, como o da identificação da mensagem publicitária.

Nesse sentido, a comunicação mercadológica voltada para esses indivíduos mostra-se extremamente nociva, haja vista sua equivocada percepção sobre os anúncios com os quais os fornecedores os bombardeiam a todo instante. Como comprovado, apesar de não identificar os anúncios publicitários, as crianças têm um enorme poder de influência sobre os adultos que por elas são responsáveis, muitas vezes convencendo-os na aquisição de produtos que elas vêem nos diversos meios de comunicação.

Já no que se refere aos idosos, a sua hipervulnerabilidade se encontra em duas frentes diferentes, ou seja, na sua diminuição ou perda total de aptidões físicas e intelectuais e sua necessidade em relação a determinados produtos e serviços. Tais condições o colocam em uma posição extremamente dependente com relação aos fornecedores.

Nesse contexto, a publicidade vale-se da fragilidade do idoso com o afim de dirigir-lhe mensagens persuasivas diversas, influenciando-o na aquisição de produtos ou adesão de serviços.

A fim de proteger os interesses desse público, é imprescindível o controle da publicidade que pode ser feito por três sistemas: *(i)* sistema autorregulamentar; *(ii)* sistema estatal; *(iii)* sistema misto, sendo este último o adotado pelo Brasil.

Diversos são os órgãos que buscam a moderação da publicidade frente aos interesses dos consumidores, merecendo destaque o *(i)* CONAR, órgão que reúne diversos atores do segmento publicitário ao aderirem voluntariamente ao seu Estatuto Social e que, apesar de decisões cujo cumprimento é espontâneo, busca de uma forma ou de outra regular os abusos da publicidade; *(ii)* Ministério Público, importante instituição pública que atua na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, buscando a tutela dos mais frágeis; *(iii)* PROCON, órgão integrante do

Sistema Nacional de Defesa do Consumidor que busca a defesa dos consumidores por intermédio das sanções administrativas aos fornecedores que violam as normas consumeristas.

Levando em consideração todo o exposto, revela-se imprescindível a concretização do princípio da dignidade humana nas relações de consumo. A defesa dos consumidores frente ao mercado inescrupuloso e inseqüente, que visa tão somente à percepção do lucro, é, principalmente, múnus do Estado, devendo a proteção aos interesses consumeristas ser redobrada quando se trata de consumidores hipervulneráveis, que por si só já carecem de uma tutela mais efetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. 1 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O controle jurídico da publicidade**. Revista de Direito do Consumidor, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; FILOMENO, José Geraldo Brito. **A proteção ao consumidor e o Ministério Público**. Justitia, São Paulo, v. 47, n. 131-a, p. 58-78, set. 1985. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30791>>. Acesso em: 18 jun. 2017

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 2.181, de 20 de Março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990, revoga o Decreto nº 861, de 09 de Julho de 1993, e dá outras providências. Brasília, DF, 20 de Março de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em Junho de 2017

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 586.316/MG. 2ª Turma. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA**. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 17 de Abril de 2007. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/2008885.PDF>> Acesso em Maio de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.558.086 - SP (2015/0061578-0). Recorrente: Pandurata Alimentos LTDA. Recorrido: Ministério Público**. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 10 de março de 2016. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/ITA.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

CARISTINA, José Eduardo Aguiar. **Os modelos jurídicos na auto-regulamentação econômica**. Prisma Jurídico, São Paulo, v.5, p. 121, 2006

CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhôa. **O empresário e os Direitos do Consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CONAR. Quinta, Sexta, Sétima e Oitava Câmaras e Câmara Especial de Recursos. **Representação nº223/16. Relatores: Letícia Lindenberg de Azevedo, José Maurício Pires Alves e Ricardo Gonçalves de Melo**. Março de 2017. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=4572>>. Acesso em 13 jun. 2017.

CONSELHO DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Estatuto Social do CONAR**, 22 de Maio de 1980. Disponível em: <WWW.conar.org.br>. Acesso em 13 jun. 2017.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

G1 MATO GROSSO. **Farmácia é notificada por propaganda enganosa de remédio “antidengue”**. Publicado em 19 de Janeiro de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2016/01/farmacia-e-notificada-por-propaganda-enganosa-de-remedio-antidengue.html>>. Acesso em 15 jun. 2017

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do Efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Regulação econômica e suas modalidades**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, a. 7, n. 28, p. 27-42, out./dez. 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIGALHAS. **Laboratório é condenado por propaganda enganosa de medicamento para disfunção erétil**. Publicado em 31 de Julho de 2014. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI205219,31047>>. Acesso em 13 jun. 2017.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES. Paulo Valerio dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Aspectos relevantes do Código de Defesa do Consumidor**. Justitia, São Paulo, v. 53, n. 155, p. 77-95, jul./set. 1991. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/23281>>. Acesso em 20 abr. 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson. **O Ministério Público e a sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo**. Justitia, São Paulo, n. 160, p.244-250, 1992. Trimestral. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/18729a.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, in Revista de Direito do Consumidor, n. 3, set-dez de 1992, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor/Editora Revista dos Tribunais, p. 67-70.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

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

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PELEGRINI, Ada. et al. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.